

Internet-„Auktionen“ als strafbares Glücksspiel gem. § 284 StGB?

Von Prof. Dr. **Thomas Rotsch**, Wiss. Mitarbeiterin **Marie Heissler**, Augsburg*

I. Einführung

Sog. Internet-„Auktionen“ haben seit Jahren Konjunktur. Für den Anbieter einer Ware vereinen sie die Vorteile einer Auktion mit denen des Internet. So kann der potentielle Verkäufer zum einen über die Auktion im Idealfall einen Verkauf zum aktuellen Marktpreis erreichen und die Zahlungsbereitschaft seiner Kunden optimal ausschöpfen. Zum anderen hat er über das Internet die Möglichkeit, die Reichweite seines Angebotes zu vergrößern. Aber auch manch potentieller Käufer hofft auf ein „Schnäppchen“, geht er doch davon aus, „im Netz“ günstigere Preise geboten zu bekommen als im Multimedia-Kaufhaus im nächstgelegenen Gewerbegebiet. Die Auktion bietet ihm zudem die Möglichkeit, im Rahmen seiner Preisvorstellung Gebote zum Erwerb des betreffenden Gegenstandes abgeben zu können.

Im Internet hat sich daher bereits seit geraumer Zeit eine Vielzahl von preiswerten Einkaufsmöglichkeiten etabliert, von denen die „Versteigerung“ für viele einen besonderen Reiz ausmacht. Allerdings geraten Anbieter immer wieder in den Verdacht, bei den von ihnen betriebenen Internet-„Auktionen“ handele es sich um unerlaubte Glücksspiele. In der Praxis zieht dies häufig nicht nur eine verwaltungsrechtliche Verbotsverfügung nach sich, die schon für sich geeignet ist, die berufliche Existenz des Betreibers zu vernichten. Auch die Staatsanwaltschaft wird dann schnell tätig, weil gem. § 152 Abs. 2 i.V.m. § 160 Abs. 1 StPO der Anfangsverdacht einer Straftat nach § 284 StGB im Raume steht. § 284 StGB untersagt es, ohne behördliche Erlaubnis öffentlich ein Glücksspiel zu veranstalten. Aber auch der potentielle Käufer gerät in den Fokus der Strafverfolgungsbehörden, stellt doch § 285 StGB die Beteiligung – also die Teilnahme als Spieler – an einem öffentlichen Glücksspiel i.S.d. § 284 StGB unter Strafe.

Vor diesem Hintergrund untersucht der folgende Beitrag die Frage, inwieweit sog. Internet-„Auktionen“ strafbare Glücksspiele darstellen. Dabei beschränken wir uns auf eine Untersuchung zweier unterschiedlich ausgestalteter Modelle, für die beispielhaft „swoopo“ und „ebay“ genannt sind.

Im Folgenden werden zunächst die hier untersuchten Modelle sog. Internet-„Auktionen“ in tatsächlicher Hinsicht vorgestellt (unter II.). Anschließend ist vorab zu klären, worum es sich bei den im Internet angebotenen Auktionen zivilrechtlich handelt (unter III.), bevor ein kurzer Blick auf den Straftatbestand des § 284 StGB geworfen wird (IV.). Danach kann – unter V. – die strafrechtliche Bewertung erfolgen. Unter VI. werden die Ergebnisse der Untersuchung zusammengefasst.

* Der Beitrag basiert auf einem von den *Verf.* erstatteten Rechtsgutachten. Der Autor *Rotsch* ist Inhaber der Professur für Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Völkerstrafrecht der Universität Augsburg und Leiter des CCC – Center for Criminal Compliance der Universität Augsburg, siehe www.jura.uni-augsburg.de/ccc. Die Autorin *Heissler* ist Wiss. Mitarbeiterin bei Prof. *Rotsch*.

II. Modelle sog. Internet-„Auktionen“ am Beispiel von „swoopo“ und „ebay“

Bei den im Internet durchgeführten sog. Internetauktionen lassen sich zwei grundsätzliche Modelle unterscheiden, für die im Folgenden exemplarisch „swoopo“¹ und „ebay“ einer eingehenderen Betrachtung unterzogen werden sollen.

I. Swoopo

In diesem Fall werden auf der Website verschiedene neue hochwertige Produkte vom Veranstalter der Auktion selbst zum Verkauf angeboten. Der Anbieter bezeichnet sich selbst als Auktionshaus: „Swoopo ist das spannendste Auktionshaus im Internet. Täglich werden hier Top-Marken-Produkte zu einem Bruchteil ihres Marktwertes versteigert.“

Dabei ist es möglich, zwischen unterschiedlichen Arten von Auktionen zu wählen. Ganz grundsätzlich bestehen zwei Möglichkeiten der Teilnahme: Gebote können entweder im Internet (s. unter a) oder telefonisch (s. unter b) abgegeben werden. Bei der Teilnahme im Internet ist zunächst zwischen der eigenhändigen Abgabe des Gebotes – per Mausklick – (s. unter aa) und dem Einsatz eines sog. „Biet-Butlers“ (s. unter bb) zu unterscheiden. Innerhalb dieser letzten Differenzierung, die den technischen Vorgang der Gebotsabgabe betrifft, können dann jeweils verschiedene Arten von Auktionen unterschieden werden. Von dem Regelfall der Auktion (unter [1]) sind bis zum 31.12.2008 die sog. „Festpreis“-Auktionen (unter [2]) und die „Endpreis geschenkt“-Auktionen (unter [3]) zu unterscheiden gewesen. Der Vollständigkeit halber wird auf sämtliche Auktionsarten eingegangen.

a) Die Teilnahme per Internet

Zunächst besteht die Möglichkeit, an der Auktion über das Internet teilzunehmen. Hierzu richtet der Teilnehmer ein Konto ein, das – wie in solchen Fällen üblich – über einen selbst gewählten Nutzernamen und ein selbst gewähltes Passwort zugänglich ist. Die Anmeldung ist kostenlos. Der Teilnehmer erhält nach Festlegung seines Nutzernamens, seines Passwortes und der Angabe einer gültigen E-Mail-Adresse zunächst eine Bestätigungs-E-Mail vom Anbieter. Erst nachdem der in dieser Mail aufgeführte Link angeklickt worden ist, ist die Anmeldung komplett. Der ganze Vorgang dauert nur wenige Minuten; unmittelbar nach Freischaltung des Nutzerkontos kann der Nutzer nun an der Auktion teilnehmen.

Hierzu sind vom Teilnehmer zunächst – vor der Teilnahme an einer Auktion – Gebote (d.h.: das Recht, Gebote abgeben zu dürfen) zu kaufen. Jedes Gebot kostet 0,50 €, wobei die Gebote in sogenannten „bid-packs“ zu erwerben sind. Die

¹ Anbieter, die nicht nach dem mittlerweile allgemein bekannten Modell von ebay arbeiten, treten z.Zt. verstärkt am Markt auf, vgl. z.B. auch <http://www.dealstreet.de>, die sich an dem Prinzip von swoopo ausrichten.

„bid-packs“ gibt es in Paketen zu 250 € (= 500 bids), 100 € (= 200 bids), 50 € (= 100 bids), 25 € (= 50 bids) sowie 10 € (= 20 bids). Der Teilnehmer muss also zunächst mindestens Gebote zu einem Gegenwert von 10 € erwerben. Dabei wird eine Vielzahl von Zahlungsoptionen angeboten, wie sie heute beim Erwerb über das Internet üblich sind (Kreditkarte, paypal etc.). Der Gegenwert der vom Kunden erworbenen bid-packs wird diesem auf einem Gebotskonto gutgeschrieben. Mit jeder Abgabe eines Gebotes auf einen angebotenen Artikel verringert sich das Guthaben auf dem Konto um 0,50 €.

Mit der Abgabe eines Gebotes ist dieses endgültig verbraucht. Das gilt auch, wenn die Abgabe des Gebotes nicht zum Gewinn der Auktion geführt hat.² Während sich ein Auktionator traditionell meist über eine Provision oder Kommission finanziert, erfolgt die Finanzierung in diesem Fall über die für die Gebote zu entrichtenden Gebühren. Damit handelt es sich bei den Gebühren für die Gebote letztlich um ein Äquivalent zu der bei einer traditionellen Auktion zu entrichtenden Provision bzw. Kommission, wobei die Höhe dieses Äquivalents für den Veranstalter – anders als sonst üblich – stets erst nach Ende der Auktion feststeht. Das Risiko von Verlustgeschäften trägt also der Veranstalter. Wirtschaftliche Rentabilität dieses Modells entsteht über eine Mischkalkulation anhand der insgesamt abgegebenen Gebote und der hierfür entrichteten Gebühren.

Sämtliche Produkte sind von dem Veranstalter vor Auktionsbeginn käuflich erworben worden; er selbst stellt dann die betreffenden Artikel ins Netz und tritt als Anbieter auf. Dabei wird jedes Produkt zu einem Startpreis von 0,00 € angeboten. Bei jedem von einem Teilnehmer abgegebenen Gebot steigt nun der Preis für den Artikel um einen vor Beginn der Auktion festgelegten und für alle Teilnehmer sichtbaren Betrag. Die Höhe dieses „Aufschlags“ bleibt während der gesamten Zeit, in der die Auktion läuft, konstant.

Außerdem verlängert sich mit jedem Gebot die Restdauer der Auktion, freilich nur innerhalb der vom Anbieter zuvor festgelegten Höchstdauer (= maximale Laufzeit) von zumeist einem Monat. Die Dauer der durch die Abgabe eines Gebotes bewirkten Verlängerung (= Restzeit) ist vor der Auktion festgelegt und liegt bei bis zu 20 Sekunden. Die Restdauer wird allen Nutzern angezeigt, diese können dann während der verlängerten Zeitdauer erneut Gebote abgeben, was wiederum zu einer Preiserhöhung und einer Zeitverlängerung führt. Die Auktion endet vor Erreichen der maximalen Laufzeit,

wenn innerhalb der Restzeit keine weiteren Gebote mehr abgegeben werden.

Damit hat die Abgabe eines Gebotes also folgende drei Konsequenzen: Zunächst verringert sich das Guthaben des Teilnehmers auf seinem Gebotskonto um 0,50 €. Zugleich erhöht sich der Preis für den betreffenden Artikel im Regelfall der Auktion um 0,10 €. Schließlich beginnt die Restzeit der Auktion erneut zu laufen, die neben dem betreffenden Artikel eingeblendete digitale Zeitanzeige „springt“ gewissermaßen „zurück“, etwa auf die seit der Abgabe des ersten Gebotes laufende Zeit von 20 Sekunden.

Das System ist in der Lage bei Eingang mehrerer Gebote die genaue Eingangszeit im Millisekundenbereich festzustellen. Das zuletzt eingehende Gebot ist das Höchstgebot. Dabei werden die Gebotsschritte auf der Homepage allerdings nur im Sekundenbereich angezeigt, so dass es in einer Sekunde dazu kommen kann, dass der Preis sich, je nach Anzahl der eingegangenen Gebote, um mehrere Stufen erhöht. Die „Countdown-Zeit“ wird jedoch nur einheitlich auf z.B. 20 Sekunden hoch gesetzt; eine Erhöhung erfolgt auch bei mehrfacher gleichzeitiger Gebotsabgabe nicht. Dies ist nur beim Einsatz des Biet-Butlers anders (s. u. bb).

Der bei Auktionsende Höchstbietende „ersteigert“ dabei das verbindliche Angebot des Veranstalters auf Abschluss eines Kaufvertrages. Es steht dem Gewinner sodann frei, dieses Angebot – per Bestätigungs-Klick – innerhalb von 21 Tagen nach Ablauf der Auktion anzunehmen. (Nur) In diesem Fall kommt ein Kaufvertrag zustande. Die in §§ 434 ff. BGB geregelte gesetzliche Mängelgewährleistung bei einem zustande gekommenen Vertrag übernimmt der Veranstalter. Das heißt, dass dieser als Händler und Verkäufer dem Kunden unmittelbar zunächst zur Nacherfüllung, sowie ggf. zur Erbringung der weiteren Gewährleistungsrechte verpflichtet ist. Die von dem Veranstalter ausdrücklich angebotene Verweisung an den Hersteller bei Reklamationen schließt diese Rechte des Kunden nicht aus, sondern ergänzt sie.

In dem Fall des Abschlusses eines Kaufvertrages sind damit für den Höchstbietenden folgende Kosten entstanden: Der Kaufpreis, der sich aus der Anzahl der insgesamt – also von allen (erfolglosen wie [einem] erfolgreichen) Bietern – abgegebenen Gebote ergibt, die „Bietsumme“, die sich aus der Anzahl der vom erfolgreichen Bieter abgegebenen Gebote ergibt (Anzahl der Gebote mal 0,50 €) sowie die von dem Veranstalter für jeden Bieter vor der Auktion angegebenen Versandkosten. Auch bei einem Rücktritt vom Vertrag werden die entstandenen Kosten für die Gebote nicht erstattet.

Bestätigt der Gewinner das von dem Veranstalter gemachte Angebot auf Abschluss eines Kaufvertrages nicht innerhalb der Frist von 21 Tagen, kann der Veranstalter sein Angebot auf Abschluss eines Kaufvertrages zurücknehmen.

aa) Die eigenhändige Abgabe der Gebote

In dem Ausgangsfall der Auktion erfolgt die Abgabe der Gebote manuell per Maus-Klick.

(1) Der Ausgangsfall der Auktion

Der Regelfall ist diejenige Auktion, die nicht „Festpreis“-Auktion oder „Endpreis geschenkt“-Auktion ist. Die Auktion

² Mittlerweile wird von swoopo die Möglichkeit angeboten, den Artikel unter Anrechnung des Wertes der eingesetzten Gebote direkt zu einem Vergleichspreis (dem Marktpreis) zu kaufen. Wenn die Auktion verloren ist und der Bieter sich für den Kauf des Gerätes entscheidet, bleiben also zumindest die für die abgegebenen Gebote aufgewendeten Kosten erhalten. Diese zusätzliche Option hat allerdings keine Auswirkung auf die abstrakt zu betrachtende Auktion, da der Verlust des Gegenwertes des Gebotes grundsätzlich bereits mit Abgabe des Gebotes eintritt und eine spätere Kompensation, die auch noch auf einem eigenen neuen Willensentschluss des Bietenden beruht, keine Berücksichtigung finden kann.

zeichnet sich dadurch aus, dass mit der Abgabe eines Gebotes der Kaufpreis jeweils entweder um 0,10 € oder – in Sonderfällen – um 0,01 €, 0,02 €, 0,05 € bzw. 0,20 € steigt. Wird vor Ablauf der „Countdown-Zeit“ – diese liegt meist bei 10, 15 oder 20 Sekunden – ein Gebot abgegeben, beginnt die Zeit erneut zu laufen. Wird etwa bei einer Auktion mit einer festgelegten „Countdown-Zeit“ von 20 Sekunden bei einem Zählerstand von noch 3 Sekunden ein Gebot abgegeben, springt die „Countdown-Zeit“ wieder auf 20 Sekunden zurück; die Auktion verlängert sich um 17 Sekunden. Wird bei einer solchen Auktion bei einer Restzeit von 15 Sekunden ein Gebot abgegeben, springt der Zähler ebenso auf 20 Sekunden zurück, die Auktion verlängert sich dann also nur um 5 Sekunden. Die Verlängerung der Restzeit variiert dabei im Rahmen einer Auktion; sie richtet sich nach dem zwischenzeitlich erreichten gebotenen Preis. Beim Erreichen eines zuvor festgelegten, für alle Teilnehmer sichtbaren Preises kann eine Umstellung der „Countdown-Zeit“ – etwa von zuvor 20 auf jetzt nur noch 15 Sekunden – erfolgen. In sämtlichen Fällen kostet die Abgabe eines Gebotes 0,50 €.

(2) „Festpreis“-Auktionen

Bis zum 31.12.2008 war von dem Ausgangsfall der Auktion zunächst die sog. „Festpreis“-Auktion zu unterscheiden; sie wird seit dem 1.1.2009 nicht mehr angeboten. Sie zeichnete sich dadurch aus, dass stets der vor der Auktion von dem Veranstalter bestimmte und bei dem betreffenden Artikel angegebene Festpreis zu zahlen war, und zwar unabhängig davon, welcher „Höchstgebotspreis“ durch die Abgabe der Vielzahl von Geboten erreicht wurde. Für den Letztbietenden ergaben die von ihm zu tragenden Kosten sich also aus dem von Beginn an feststehenden Festpreis, den für die Anzahl der abgegebenen Gebote aufgewandten Kosten und den Versandkosten.

(3) „Endpreis geschenkt“-Auktionen

Bei der ebenfalls seit dem 1.1.2009 nicht mehr angebotenen „Endpreis geschenkt“-Auktion wurde dem Letztbietenden unabhängig von dem konkret erreichten „Höchstgebotspreis“ ein Verkaufspreis nicht in Rechnung gestellt. Für ihn ergaben die von ihm zu tragenden Kosten sich hier also allein aus den für die Anzahl der abgegebenen Gebote aufgewandten Kosten und den Versandkosten.

bb) Der Einsatz des Biet-Butlers

Zudem wird denjenigen Teilnehmern, die per Internet registriert sind, die Benutzung eines sog. „Biet-Butlers“ angeboten. Dieses Computerprogramm ermöglicht bei einigen Auktionen die – elektronisch gesteuerte – Abgabe von Geboten, ohne dass der Nutzer die Entwicklung der „Versteigerung“ selbst live verfolgen muss. Der Biet-Butler gibt nach den zuvor vom Nutzer eingestellten Vorgaben automatisch Gebote ab. Dabei kann vom Teilnehmer vorab festgelegt werden, wie viele Gebote im Rahmen einer bestimmten Preisspanne abgegeben werden sollen. Setzt der Bietende einen Biet-Butler ein, wird das Gebot automatisch innerhalb der letzten 10 Sekunden vor Auktionsende abgegeben. Die „Countdown-

Zeit“ beginnt dann, wie bei der eigenhändigen Gebotsabgabe durch den Bieter, erneut zu laufen; mit jeder durch den Biet-Butler vorgenommenen Abgabe eines Gebots läuft die Zeit also wieder von vorn, startet also z.B. erneut bei 20 Sekunden.

Dabei besteht die Möglichkeit, dass mehrere Biet-Butler gegeneinander bieten. Damit ist der Fall gemeint, dass mehrere Biet-Butler von unterschiedlichen Bietern für dieselbe Preisspanne gebucht sind. Hier werden alle Gebote automatisch zum selben Zeitpunkt – mit Beginn des Erreichens der Preisspanne – abgegeben. Die „Countdown-Zeit“ erhöht sich in diesem Fall um maximal 20 Sekunden pro Gebot, wobei eine Multiplizierung mit der Anzahl der Biet-Butler erfolgt. Damit kann sich in diesem Fall die Restlaufzeit auch auf einige Minuten verlängern. Höchstbietender ist dabei derjenige, der den Biet-Butler zuletzt gebucht hat.

b) Die Teilnahme per Telefon

Eine Teilnahme per Telefon ist über eine Sonderrufnummer möglich. Auch hier kostet jedes Gebot auf einen Artikel 0,50 €. Nach der Wahl einer Sonderrufnummer gibt der Teilnehmer die auf der Homepage einsehbare Auktionsnummer ein. Bestätigt er sodann diese Eingabe mittels der Raute-Taste seines Telefons, wird sein Anruf als Gebot gezählt. Dabei fallen insgesamt für den ganzen Anruf 0,50 € als Gebotskosten an, es entstehen keine weiteren Telefongebühren. Die Abrechnung erfolgt über die Telefonrechnung des Teilnehmers. Jeder Anruf zählt als ein Gebot. Möchte der Teilnehmer mehrmals bei einer Auktion bieten, so muss er den Vorgang wiederholen.

c) Teilnahmebeschränkungen

Die Auktionsteilnahme wird von Seiten des Veranstalters für jeden Teilnehmer so beschränkt, dass er innerhalb von 28 Tagen maximal acht Auktionen gewinnen kann. Zudem kann auf nicht mehr als acht Auktionen gleichzeitig geboten werden, solange bei den einzelnen Auktionen jeweils eine Gewinnchance besteht.

Bei hochwertigen Artikeln findet eine zusätzliche Beschränkung der Bietmöglichkeit insofern statt, als nach einem System farblicher Markierung aus bestimmten Produktgruppen nur eine „Versteigerung“ innerhalb von vier Wochen gewonnen werden kann. Unabhängig davon können jedoch insgesamt nie mehr als acht Auktionen in vier Wochen gewonnen werden.

2. Ebay

Bei der zweiten grundsätzlichen Konstellation von Internetauktionen werden Produkte aller Art – gebraucht wie neu – von bei dem Veranstalter registrierten Kunden zum Kauf angeboten. Anders als bei swoopo liegt bei „Versteigerungs“-plattformen wie ebay im Normalfall ein fixes Auktionsende vor.

Auch wird der zu ersteigernde Gegenstand nicht von dem Anbieter selbst zur Verfügung gestellt, sondern von verschiedenen Verkäufern. Diese können gewerblich oder privat handeln. Nach einer kostenlosen Registrierung ist es ihnen

möglich, ein Angebot einzustellen, wobei ebay nur als Vermittler dient. Der Verkäufer kann dabei Angebotsdauer und Startpreis festlegen. Für das Einstellen eines Angebots fallen – unabhängig von einem erfolgreichen Verkauf – Gebühren in Höhe von 0 € bis 4,80 € an. Die Höhe der Verkäufergebühr ist davon abhängig, welchen Startpreis der Verkäufer wählt. Zusätzlich hat der Verkäufer eine Provision an ebay abzuführen, deren Höhe sich nach dem Endpreis bestimmt.

Der interessierte Käufer hat nunmehr die Möglichkeit, auf den Artikel zu bieten. Die Abgabe eines Angebots ist kostenlos, der Bieter muss sich lediglich registrieren. Die Abgabe eines Gebots kann manuell erfolgen, indem der Interessent ein Einzelgebot abgibt. Es besteht auch die Möglichkeit, ein automatisches Bietsystem zu nutzen. Möchte der Erwerber diese Möglichkeit nutzen, muss er ein Maximalgebot angeben. Dieses Gebot wird von dem ebay-internen System mit den Geboten anderer Bieter verglichen und nur um den kleinstmöglichen Betrag erhöht, der nötig ist, damit der Bietende weiterhin der Höchstbietende ist.

In jedem Fall kann der Käufer überboten werden, wenn ein anderer Käufer vor Auktionsende ein höheres Maximalgebot abgibt. Im Erfolgsfall bezahlt der Höchstbietende den Kaufpreis sowie die Versandkosten, Gebühren fallen für ihn keine an. Alle kurz vor Ablauf einer Auktion abgegebenen Gebote sind gültig, selbst wenn sie in der letzten Sekunde abgegeben wurden.³ Wenn am Ende der Bietfrist mehrere Höchstgebote vorliegen, hat das zeitlich frühere Vorrang.⁴ Auffällig dabei ist, dass viele Gebote bei Auktionen mit einem festen Ende erst in den letzten Minuten eingehen.⁵ Die späte Abgabe eines Gebots, das sog. „Sniping“, kann oftmals dazu führen, dass das Gebot nicht rechtzeitig übermittelt wird und somit nicht zu einem Erfolg führt.⁶ Ebay wollte auf Nachfrage nicht erläutern, wie technisch festgestellt wird, welches das letzte gültige Höchstgebot ist, wenn Gebote annähernd zeitgleich eingehen.

III. Die zivilrechtliche Einordnung sog. Internet-„Auktionen“

Bei den üblichen „Versteigerungen“ im Internet – die bekannteste Form stellt wohl ebay dar – handelt es sich grundsätzlich nicht um Versteigerungen im Sinne des § 156 BGB, sondern um einen gewöhnlichen Vertragsschluss.⁷ Einigkeit besteht hier noch insoweit, als die in das Internet eingestellte Offerte jedenfalls keine *invitatio ad offerendum* ist. Umstritten ist freilich, ob es sich beim Einstellen des Kaufgegenstandes um eine vorweg abgegebene, auf Abschluss eines

Kaufvertrags gerichtete verbindliche Erklärung, das Höchstgebot anzunehmen,⁸ oder um ein Angebot handelt.⁹

In der Regel – wenn also in den AGBen nichts Abweichendes geregelt ist – wird es sich bei dem in das Internet gestellten Angebot um einen Antrag im Rechtssinne nach § 145 BGB handeln; der Inhalt der Erklärung muss ausgelegt werden, wobei die einbezogenen AGBen der Versteigerungplattform maßgeblich sind.¹⁰ Im Fall von ebay wird in § 10 Nr. 1 der AGBen folgende Regelung getroffen:

„Stellt ein Anbieter auf der eBay-Website einen Artikel im Angebotsformat Auktion ein, gibt er ein verbindliches Angebot zum Abschluss eines Vertrags über diesen Artikel ab. Dabei bestimmt der Anbieter einen Startpreis und eine Frist (Angebotsdauer), binnen derer das Angebot per Gebot angenommen werden kann. Der Bieter nimmt das Angebot durch Abgabe eines Gebots über die Bieten-Funktion an. Das Gebot erlischt, wenn ein anderer Bieter während der Angebotsdauer ein höheres Gebot abgibt. Bei Ablauf der Auktion oder bei vorzeitiger Beendigung des Angebots durch den Anbieter kommt zwischen Anbieter und Höchstbietendem ein Vertrag über den Erwerb des Artikels zustande, es sei denn, der Anbieter war gesetzlich dazu berechtigt, das Angebot zurückzunehmen und die vorliegenden Gebote zu streichen. Nach einer berechtigten Gebotsrücknahme kommt zwischen dem Mitglied, das nach Ablauf der Auktion aufgrund der Gebotsrücknahme wieder Höchstbietender ist und dem Anbieter kein Vertrag zustande. Anbieter und Höchstbietender können sich einigen, dass ein Vertrag zustande kommt.“¹¹

Im Falle einer ebay-„Auktion“ liegt mithin beim Einstellen eines Artikels ein Antrag des Verkäufers auf Abschluss eines Kaufvertrages vor, der vom bei Zeitablauf Höchstbietenden angenommen wird. Damit kommt ein Vertrag zustande, ohne dass weitere Erklärungen nötig sind. Der Betreiber der Internetplattform ist Empfangsvertreter hinsichtlich der von beiden Seiten abgegebenen Willenserklärungen nach § 164 Abs. 3 BGB.¹²

Hinsichtlich der „Versteigerungen“ über swoopo gilt zunächst, dass es auch hierbei um den Abschluss eines Kaufvertrages geht. Freilich kommt dieser erst dann zustande, wenn die Auktion abgeschlossen ist und der Nutzer, der als letzter Bieter das Höchstgebot (Auktionspreis) abgegeben hat, auf Benachrichtigung des Veranstalters dessen Angebot zum Abschluss eines Kaufvertrages ausdrücklich annimmt.¹³ Das hier vorliegende „Versteigerungs“-Modell unterscheidet sich durch den variablen Zeitablauf und die Identität von Verkäu-

³ Informationen von <http://www.ebay.de>, Stand 15.1.2010.

⁴ *Deutsch*, WM 2005, 777.

⁵ Dazu *Ockenfels/Roth*, *Games and Economic Behavior* 55 (2006), 297; *Hoeren/Sieber*, *Handbuch Multimedia-Recht*, 19. Ergänzungslieferung 2008, Rn. 49.

⁶ *Ockenfels/Roth*, *Games and Economic Behavior* 55 (2006), 297.

⁷ BGH NJW 2002, 363; BGH NJW 2005, 53; *Chr. Berger*, in: *Jauernig* (Hrsg.), *Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar*, 13. Aufl. 2009, § 433 Rn. 5.

⁸ Offen gelassen von LG Berlin NJW 2004, 2831; *Ellenberger*, in: *Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar*, 69. Aufl. 2010, § 156 Rn. 3.

⁹ So BGH MDR 2005, 132; OLG Hamm NJW 2001, 1142.

¹⁰ *Ellenberger* (Fn. 8), § 156 Rn. 3.

¹¹ Quelle: <http://www.ebay.de/help/policies/user-agreement.html#auktion>.

¹² *Ellenberger* (Fn. 8), § 156 Rn. 3.

¹³ Zur Berücksichtigung der AGBen und der Ablehnung der Einordnung als Versteigerung im Sinne von § 156 BGB bei der vorliegenden Auktionsform vgl. *Fritzsche/Frahm*, WRP 2008, 22 (25).

fer und Internetplattformbetreiber von der herkömmlichen Internet-„Auktion“. So ist durch die variable Countdownphase im Gegensatz zu einem festen Laufzeitende die Situation einem Zuschlag nach § 156 BGB zumindest angenähert. Da jedoch ein Auktionator fehlt und die Beschreibung des Vertragsschlusses mittels Angebot und Annahme in den AGBen des Veranstalters eindeutig ist, ist nicht von einer Auktion, sondern einem Vertragsschluss zwischen dem Veranstalter und dem Höchstbietenden auszugehen.

Damit bleibt zunächst festzuhalten: Weder bei den „Auktionen“ nach dem Modell von ebay noch bei den „Versteigerungen“ nach dem Vorbild von swoopo handelt es sich zivilrechtlich um eine Auktion bzw. Versteigerung im Sinne des § 156 BGB. Vielmehr liegt ein gewöhnlicher Vertragsschluss durch Angebot und Annahme vor.¹⁴ Die in das Internet gestellte Offerte ist keine *invitatio ad offerendum*, sondern eine vorweg abgegebene, auf Abschluss eines Kaufvertrags gerichtete, verbindliche Erklärung, das Höchstgebot anzunehmen,¹⁵ bzw. selbst ein Angebot.¹⁶

IV. Der Straftatbestand des § 284 StGB

In Rede steht zunächst für den Betreiber eine Strafbarkeit wegen unerlaubter Veranstaltung eines Glücksspiels. § 284 StGB lautet wie folgt:

§ 284 Unerlaubte Veranstaltung eines Glücksspiels

(1) Wer ohne behördliche Erlaubnis öffentlich ein Glücksspiel veranstaltet oder hält oder die Einrichtungen hierzu bereitstellt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Als öffentlich veranstaltet gelten auch Glücksspiele in Vereinen oder geschlossenen Gesellschaften, in denen Glücksspiele gewohnheitsmäßig veranstaltet werden.

(3) Wer in den Fällen des Absatzes 1

1. gewerbsmäßig oder

2. als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat, wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.

(4) Wer für ein öffentliches Glücksspiel (Absätze 1 und 2) wirbt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.

Da es in den fraglichen Fällen an einer behördlichen Erlaubnis fehlt, das Betreiben der „Auktion“ im Internet die Anforderungen an das im Tatbestand vorausgesetzte öffentliche Veranstalten erfüllt,¹⁷ und im Übrigen der Anbieter regelmäßig gewerbsmäßig i.S.d. Abs. 3 handelt, hängt die Strafbarkeit des Betreibers nach § 284 Abs. 1, Abs. 3 StGB allein

¹⁴ BGH NJW 2002, 363; BGH NJW 2005, 53; Chr. Berger (Fn. 7), § 433 Rn. 5; Fritzsche/Frahm, WRP 2008, 22 (23) m.w.N.

¹⁵ LG Berlin NJW 2004, 2831; Ellenberger (Fn. 8), § 156 Rn. 3.

¹⁶ BGH MDR 2005, 132; OLG Hamm NJW 2001, 1142.

¹⁷ Zu den Anforderungen an die Öffentlichkeit nach § 284 Abs. 1 StGB vgl. nur Rosenau, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2009, § 284 Rn. 9.

davon ab, ob es sich bei der „Auktion“ um ein Glücksspiel i.S.v. § 284 Abs. 1 StGB handelt. Fehlt es hieran, scheidet jegliche Strafbarkeit aus. Das gilt dann auch hinsichtlich einer Strafbarkeit des potentiellen Käufers gem. § 285 StGB, da die Vorschrift den Begriff des Glücksspiel i.S.d. § 284 Abs. 1 StGB in Bezug nimmt.

V. Die Strafbarkeit sog. Internetauktionen wegen unerlaubten Veranstaltens eines Glücksspiels gem. § 284 StGB

1. Swoopo

a) Die Teilnahme per Internet

Mit der Bereitstellung der Möglichkeit, über das Internet Markenartikel zu „ersteigern“¹⁸, steht eine Strafbarkeit wegen unerlaubten Veranstaltens eines Glücksspiels gem. § 284 StGB im Raum. Zu untersuchen ist zunächst der Fall der eigenhändigen Abgabe der Gebote durch den Teilnehmer per Mausklick (und also nicht unter Einsatz des sog. „Biet-Buttons“).

aa) Die eigenhändige Abgabe der Gebote

(1) Der Ausgangsfall der Auktion

Eine Strafbarkeit wegen unerlaubten Veranstaltens eines Glücksspiels gem. § 284 Abs. 1 StGB setzt voraus, dass der Betreiber der Homepage ohne behördliche Erlaubnis öffentlich ein Glücksspiel veranstaltet (§ 284 Abs. 1 Var. 1 StGB) bzw. die Einrichtungen hierfür bereitstellt (§ 284 Abs. 1 Var. 3 StGB).

Strafrechtlich problematisch ist dabei alleine, ob es sich bei der Internet-Auktion um ein *Glücksspiel* im Sinne des § 284 Abs. 1 StGB handelt.

(a) Grundsätzlich findet der Begriff des Glücksspiels sich in jedem Rechtsgebiet, im Zivilrecht (§ 762 BGB) ebenso wie im Öffentlichen Recht (früher § 3 Lotteriestaatsvertrag, jetzt § 3 Abs. 1 GlüStV) und im Strafrecht (eben in § 284 StGB). Die bisherigen Definitionsversuche ähneln sich weitgehend.

So liest man etwa im Zivilrecht: Beim Spiel „geht es um ein Wagnis, sein Zweck ist Unterhaltung und/oder Gewinn, ein ernster sittlicher oder wirtschaftlicher Geschäftszweck fehlt.“¹⁹ „Der Zweck des Spiels besteht in der Erzielung eines Gewinns. Die Vertragspartner sagen sich für den Fall des Spielgewinns gegenseitig eine meist in Geld bestehende Leistung zu. Dabei müssen die Einsätze nicht gleich sein. Es muss aber *jeder Mitspieler* das Risiko eines Verlusts tragen, sonst handelt es sich ggf. um eine bedingte Schenkung, nicht aber um Spiel. Häufig dient das Spiel daneben der Unterhaltung. Dies ist aber nicht notwendig. Beim *Glücksspiel* hängen Gewinn und Verlust ganz oder doch überwiegend vom Zufall ab. Hier gelten strafrechtliche Verbote gemäß §§ 284, 286 StGB mit der Folge der Nichtigkeit des Vertrags. Dagegen hängen Gewinn und Verlust beim *Geschicklichkeitsspiel* vorwiegend von den persönlichen Fähigkeiten der Beteiligten

¹⁸ Zum Charakter einer Versteigerung vgl. oben III.

¹⁹ Sprau, in: Palandt (Fn. 8), § 762 Rn. 2.

ab.²⁰ „Spiel und Wette unterscheiden sich in ihrem Vertragszweck. Zweck des Spiels ist die *Erzielung eines Vermögensvorteils* zu Lasten anderer Beteiligter. Die Vertragspartner gestehen sich alternativ einen Gewinn zu, der, wie im Fall des *Glücksspiels*, an den Eintritt eines zufälligen Ereignisses geknüpft wird oder, wie beim Geschicklichkeitsspiel, von zielgerichteter Tätigkeit eines Mitspielers oder von beidem abhängt. *Unterhaltungswert* kommt der Veranstaltung häufig, aber nicht notwendigerweise zu.“²¹ „Spiel im Sinne des § 762 ist ein Vertrag zwischen zwei oder mehr Parteien, nach dem der Ausgang einer nach bestimmten Regeln vorgenommenen Tätigkeit oder der Eintritt, bzw. die Existenz einer vom Zufall abhängigen Tatsache, über einen vermögenswerten Gewinn oder Verlust jeder Partei entscheidet, und der um einen Gewinn zu erzielen oder um sich die Zeit zu vertreiben, geschlossen wird. Das Spiel ist gegenseitiger Vertrag; das Risiko des Gewinns und Verlustes muss zwar weder gleichartig noch gleich hoch sein; es muss aber jeder Mitspieler das Risiko eines Verlustes tragen. Der Gewinn oder Verlust muss von entgegengesetzten Bedingungen abhängen. Der Begriff des Spieles umfasst aber sowohl die Glücksspiele (Entscheidung vom Zufall abhängig) als auch die reinen Geschicklichkeitsspiele, da der Begriff vom Gesetz allgemein verwendet wird. Zweck des Spiels ist vermögenswerter Gewinn oder Unterhaltung oder beides; diese ‚Spielabsicht‘ muss bei beiden Parteien gegeben sein. Auch in dem Fall, dass Hauptzweck des Spiels Unterhaltung ist, muss es daneben um vermögenswerten Gewinn gehen.“²²

Diese Grundsätze sind auch in der zivilrechtlichen Rechtsprechung anerkannt. Danach hängen also beim Glücksspiel Gewinn und Verlust ganz oder überwiegend vom Zufall ab,²³ beim Geschicklichkeitsspiel hingegen sind überwiegend die persönlichen Fähigkeiten der Beteiligten entscheidend.²⁴ Freilich sollen gerade Internet-Auktionen von Spielen und anderen, verbindlichen Verträgen mit aleatorischen Momenten abzugrenzen sein. Internet-Auktionen seien weder Spiel noch Wette.²⁵ Für diese Ansicht wird geltend gemacht, dass die Preisbildung bei solchen Auktionen für einen angebotenen Gegenstand nur insoweit eine gewisse Zufälligkeit aufweise, als die Stärke der Nachfrage im Angebotszeitraum ungewiss sei; dieser Umstand mache aber eine Online-Auktion – wie eine herkömmliche Auktion auch – nicht zum Spiel.²⁶ Zudem habe der Anbieter die Möglichkeit, das Bietgeschehen durch entsprechende Vorgaben zu steuern (insbe-

sondere durch die Höhe des Startpreises, die Festlegung der Bietschritte und des Bietzeitraums). Außerdem werde in der Auktion von den Parteien ein ernsthafter wirtschaftlicher Geschäftszweck verfolgt, der auf den Austausch gegenseitiger Leistungen mit einer Preisbildung durch zeitlich beschränkte Bieterkonkurrenz gerichtet sei. Ein solcher Zweck schließt dann bereits die Annahme eines Spiels aus.²⁷

Zum Teil wird freilich eingewandt, dass der Spielcharakter bei einer Countdown-Auktion, wie sie bei dem ersten Modell der Internet-Auktion im Raume steht, verstärkt zutage tritt. Denn jedes neue Gebot erhöhe den Preis nur geringfügig. Bis zum Auktionsende stehe nur noch (vermeintlich) eine kurz bemessene Countdownphase zur Verfügung, wobei die Teilnehmer mit spielerischen Reizen zum Bieten gewonnen würden.²⁸

Zum Begriff des Glücksspiels heißt es im Öffentlichen Recht: Mangels „Trennschärfe der Begriffe“²⁹ soll nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung die Abgrenzung zwischen Glücks- und Geschicklichkeitsspielen danach erfolgen, welches Element – Zufall oder Geschicklichkeit – überwiegt.³⁰ Dabei wird als Zufall das „Wirken unberechenbarer, der Einwirkung der Interessenten entzogener Kausalitäten“ angesehen.³¹ Unter den Begriff des Glücksspiels sollen dabei nicht nur die absoluten Glücksspiele fallen, bei denen allein der Zufall entscheidet, sondern auch die sog. gemischten Glücksspiele, bei denen die Zufallsmomente das Übergewicht über die Geschicklichkeitsmomente haben.³² Mathematische Kalkulationen und verwickelte Wahrscheinlichkeitsberechnungen sollen dabei keine Berücksichtigung finden dürfen.³³

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts handelt es sich um kein Glücksspiel, sofern der Spieler im weiteren Spielverlauf die Gelegenheit hat, eine durch Zufall geschaffene Lage durch eigene Geschicklichkeit zu seinen Gunsten maßgebend zu beeinflussen.³⁴ Bei Glücksspielen darf das Spielergebnis durch Überlegung oder Geschick des Spielers nicht zu beeinflussen sein, der Spieler muss allein auf den Zufall setzen.³⁵ Wenn das Ergebnis durch den Teilnehmer beeinflusst werden kann, so ist zu prüfen, ob nach den Spielbedingungen die nicht zu beeinflussenden Spielelemente den Ausgang des Spiels in überwiegendem Maß bestimmen.³⁶ Dabei ist die Abgrenzung von Glücks- und Geschicklichkeitsspiel nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts aus Gründen der Praktikabilität und Rechtssicherheit entgegen einem Vorschlag der Literatur nicht mittels einer Geschicklichkeitsquote zu bestimmen.³⁷ Bei der Prüfung, ob der Ausgang eines Spiels hauptsächlich vom Zufall

²⁰ Janoscheck, in: Bamberger/Roth (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Stand: 1.6.2007, § 762 Rn. 3. *Hervorhebung* a.a.O.

²¹ Habersack, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 5, 5. Aufl. 2009, § 762 Rn. 7. *Hervorhebung* a.a.O.

²² Engel, in: Staudinger, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 2008, § 762 Rn. 3.

²³ Vgl. BGH NJW 1987, 851 f.

²⁴ Siehe noch Janoschek (Fn. 20), § 762 Rn. 3.

²⁵ Stadler, in: Jauernig (Fn. 7), § 762 Rn. 2.

²⁶ BGH NJW 2002, 363 (365); OLG Hamm NJW 2001, 1142 (1145); Deutsch, WM 2005, 777 (778) m.w.N.

²⁷ BGH NJW 2002, 363 (365).

²⁸ Fritzsche/Frahm, WRP 2008, 22 (33).

²⁹ VG Wiesbaden, Urt. v. 10.12.2007 – 5 E 1417/05, Rn. 32.

³⁰ VG Wiesbaden, Urt. v. 10.12.2007 – 5 E 1417/05, Rn. 32.

³¹ BVerwGE 2, 110.

³² BVerwGE 115, 179.

³³ BVerwGE 2, 110.

³⁴ BVerwGE 2, 110.

³⁵ BVerwGE 115, 179.

³⁶ BVerwGE 115, 179.

³⁷ BVerwGE 115, 179.

abhängt oder ob er durch Fähigkeiten und Fertigkeiten des Spielers beeinflusst werden kann, sind die Spielverhältnisse zugrunde zu legen, unter denen das Spiel eröffnet ist und gewöhnlich betrieben wird, also die Erfahrungen und Fähigkeiten des Durchschnittsspielers. Damit ist entscheidend, ob die zufallsüberwindende Beeinflussung einem spielinteressierten Menschen mit durchschnittlichem Standard in so kurzer Zeit möglich wird, dass die Herrschaft des Zufalls sich allenfalls auf eine Einspielzeit beschränkt.³⁸

Im Strafrecht finden sich die folgenden Begriffsbestimmungsversuche: In einer Entscheidung des BGH aus dem Jahre 1987 liest man die Aussage, da der Gesetzgeber den Begriff des Glücksspiels nicht definiert habe, sei von einer typischen, allgemein bekannten und daher nicht umschreibungsbedürftigen Erscheinung des täglichen Lebens auszugehen (!).³⁹ Dabei wird das Glücksspiel dann nach der Rechtsprechung ohne weiteres vom Geschicklichkeitsspiel dahingehend abgegrenzt, dass unter einem Glücksspiel ein Spiel zu verstehen sei, bei dem die Entscheidung über Gewinn und Verlust nicht wesentlich von den Fähigkeiten, den Kenntnissen und der Aufmerksamkeit der Spieler abhängt, sondern allein oder hauptsächlich vom Zufall.⁴⁰ Ein Glücksspiel liege auch und bereits dann vor, wenn dem Zufallselement ein Übergewicht zukomme.⁴¹

Auch in der strafrechtswissenschaftlichen Literatur finden sich ähnliche Aussagen: Charakteristisch für das Glücksspiel sei die Ausschaltung von Wissen, Können, Geschicklichkeit, Schnelligkeit, Aufmerksamkeit und sonstigen Parametern menschlicher Leistungsfähigkeit.⁴² Oder: Ein Glücksspiel liege vor, wenn die zufallsbedingte, nur mathematisch berechenbare Wahrscheinlichkeit des Gewinns sich durch individuelle Anstrengung nicht wesentlich steigern lasse.⁴³ Als Glücksspiel sei ein Spiel anzusehen, bei dem die Entscheidung über Gewinn und Verlust nicht wesentlich von den Fähigkeiten und Kenntnissen und vom Grade der Aufmerksamkeit der Spieler bestimmt werde, sondern allein oder hauptsächlich vom Zufall.⁴⁴ Dabei sei als Zufall das Wirken einer unberechenbaren, der entscheidenden Mitwirkung der Beteiligten in ihrem Durchschnitt entzogenen Ursächlichkeit anzusehen.⁴⁵ Glücks- und Geschicklichkeitsspiel sollen da-

nach abgegrenzt werden, ob ein etwaiger Spielverlierer seinen Verlust noch als Zufall abtun könne.⁴⁶

Ein Glücksspiel sei außerdem nur dann strafrechtlich relevant, wenn ein Spieleinsatz geleistet werde. Ein solcher liege allerdings nur bei einer Verknüpfung zwischen Einsatz und möglichem Gewinn vor; es komme dabei darauf an, ob der anfangs hingeebene Geldbetrag auf keinen Fall zurück-erlangt werden könne, in diesem Fall handele es sich nicht um einen Spieleinsatz, sondern um eine dem Eintritt in eine Spielbank vergleichbare Zahlung.⁴⁷

Glück liege vor bei einem erfreulichen Ereignis, das für einen Menschen nicht steuerbar oder erkennbar sei.⁴⁸ Dabei müsse aber für die Bestimmung des Zufallsbegriffs nicht jede Kausalkette bis zu ihrem Ursprung verfolgt werden, da dies zu einem infiniten Regress führen würde. Dann wären alle Vorgänge als zufällig zu bezeichnen.⁴⁹ Danach soll es ausreichen, wenn ein Ereignis erfahrungsgemäß eintritt, um es nicht mehr als zufällig anzusehen. Umgekehrt liege Zufall vor, wenn der Erfolg zwar generell vorhersehbar, aber nicht zu erwarten gewesen sei.⁵⁰ Teilweise wird dabei für den „Zufallserfolg“, der durch menschliche Handlungen herbeigeführt wird, Zufall dann angenommen, wenn keine Person außer dem Handelnden die Willensentschlüsse des Handelnden erkennen kann.⁵¹

Das OLG Frankfurt hat 1988 erstmals darauf abgestellt, ob der Spieler es in der Hand hat, gegebenenfalls seine Chancen zu erhöhen.⁵² Dann liege kein Glücksspiel vor.

(b) Die meisten dieser Definitionsversuche, insbesondere diejenigen aus dem Bereich des Strafrechts, können schon aus den logischen Gründen nicht überzeugen. Sie vermengen den Begriff des Spieles mit demjenigen des Glücks, wenn sie ohne Weiteres den Begriff des Glücksspiels definieren und hierbei maßgeblich auf das Zufallsmoment rekurrieren.⁵³ Dass aber das Glück nicht konstitutives Element des Begriffs „Spiel“ sein kann, leuchtet sofort ein, wenn man sich verdeutlicht, dass es (in Abgrenzung zum Glücksspiel) auch z.B. Geschicklichkeitsspiele gibt, die sich gerade durch das Fehlen des Faktors Glück auszeichnen; auch bei diesen Geschicklichkeitsspielen handelt es sich aber um Spiele.

Die Begriffe Spiel und Glück sind also zunächst sorgfältig getrennt und unabhängig voneinander zu bestimmen. Erst aus einer zunächst getrennt vorgenommenen Begriffsdefinition und sich erst hieran anschließender Kombination der definitorischen Elemente kann dann der im Rahmen der Strafbarkeit gem. § 284 Abs. 1 StGB im Raume stehende Begriff des Glücksspiels näher bestimmt werden. Dabei liegt der Gedan-

³⁸ VG Wiesbaden, Urt. v. 10.12.2007 – 5 E 770/06; BVerwG NVwZ 2002, 862.

³⁹ BGH NJW 1987, 851 (852).

⁴⁰ BGH NJW 1987, 851 (852); BGH NStZ 2003, 372 (373).

⁴¹ BGH NStZ 2003, 372 (373).

⁴² Mitsch, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2/2, 2001, § 5 Rn. 168.

⁴³ Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 57. Aufl. 2010, § 284 Rn. 4.

⁴⁴ Eser/Heine, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 284 Rn. 5; Belz, Das Glücksspiel im Strafrecht, 1993, S. 78 f.

⁴⁵ Eser/Heine (Fn. 44), § 284 Rn. 5.

⁴⁶ Hoyer, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 48. Lieferung, Stand: August 1999, § 284 Rn. 13.

⁴⁷ Belz (Fn. 44), S. 21, unter Hinweis auf BGH NJW 1987, 851.

⁴⁸ Belz (Fn. 44), S. 54, unter Zitierung von Brockhaus.

⁴⁹ Belz (Fn. 44), S. 55.

⁵⁰ Belz (Fn. 44), S. 55.

⁵¹ Weiser, zitiert bei Belz (Fn. 44), S. 55.

⁵² Zitiert bei Belz (Fn. 44), S. 18.

⁵³ Exemplarisch Fischer (Fn. 43), § 284 Rn. 4.

ke nahe, dass die bereits bislang erfolgten Definitionsversuche für dieses Vorgehen jedenfalls fruchtbar gemacht werden können.

(aa) Bevor die unterschiedlichen Versuche, den Begriff des Glücksspiels zu definieren, miteinander harmonisiert werden können, muss freilich festgestellt werden können, dass der Begriff des Glücksspiels überhaupt in einem einheitlichen Sinne bestimmt werden kann. Das ist aber der Fall. Denn der (akzessorische) Straftatbestand des unerlaubten Veranstaltens von Glücksspielen begründet gerade die Möglichkeit strafrechtlicher Ahndung des unerlaubten Veranstaltens eines Glücksspiels im zivil- und öffentlich-rechtlichen Sinne. Dabei geht es um das strafbewehrte Verbot des Veranstaltens gerade eines solchen Glücksspiels, in dessen Rahmen für den Erwerb einer Gewinnchance ein Entgelt verlangt wird.⁵⁴ Das Veranstalten solcher Glücksspiele begründet zivilrechtlich eine unvollkommene Verbindlichkeit (§ 762 BGB), bedarf öffentlich-rechtlich der Erlaubnis (früher § 3 LotteriestV, jetzt § 3 Abs. 1 GlüStV) und wird – bei fehlender öffentlich-rechtlicher Erlaubnis – u.a. (vgl. auch § 1 UWG) strafrechtlich (gem. § 284 StGB) verfolgt. Daraus folgt dann konsequenterweise, dass der Begriff des Glücksspiels weithin übereinstimmend bestimmt werden kann und auch bestimmt wird. Unentgeltlich veranstaltete Glücksspiele sind demnach weder erlaubnispflichtig noch strafrechtlich verboten.

Die Möglichkeit zur übereinstimmenden Begriffsbestimmung ändert freilich nichts an der Notwendigkeit, deutlich zwischen der Definition der Begriffsbestandteile, „Spiel“ einerseits, und „Glück“ andererseits, zu trennen:

(bb) Im Zivilrecht (s.o. S. 407 f.) erfolgt die Begriffsdefinition noch durchaus systematisch. Das hat seinen Grund darin, dass § 762 BGB grundsätzlich regelt, dass durch „Spiel“ oder „Wette“ eine Verbindlichkeit nicht begründet wird (§ 762 Abs. 1 S. 1 BGB). Damit ist durch die Vorschrift jede Form des Spieles erfasst, nicht lediglich das Glücksspiel. Daher liegt es auf der Hand, dass zivilrechtlich zunächst die Notwendigkeit besteht, den Begriff des „Spiels“ zu definieren. Wenn nun aber der Begriff des Glücksspiels im Strafrecht ebenso wie im Zivil- und öffentlichen Recht zu bestimmen ist (s.o. aa), so spricht alles dafür, auch den Begriff des Spiels einheitlich zu definieren. Insoweit kann also auf die Begriffsbestimmung des Zivilrechts zurückgegriffen werden.

(cc) Damit geht es bei einem *Spiel* zunächst um die *Eingehung eines Wagnisses, dessen Zweck die Unterhaltung und/oder der Gewinn* ist.⁵⁵ Somit bestimmt der Charakter einer Unternehmung als Spiel sich über ein objektives – die Eingehung des Wagnisses – und ein subjektives Element – die Zwecksetzung der am Spiel Beteiligten.

In objektiver Hinsicht wird vorausgesetzt, dass die Vertragspartner – beim Spiel handelt es sich zivilrechtlich um einen Vertrag, der eine sog. unvollkommene Verbindlichkeit begründet – sich für den Fall des Spielgewinns eine *Leistung*

zusagen (sog. *Einsatz*), der meist in Geld besteht.⁵⁶ Nach zuvor festgelegten Regeln erhält der *Gewinner* eine seinem Einsatz entsprechende oder höhere Leistung, der *Verlierer* muss den Einsatz seinem Gegenspieler überlassen.⁵⁷

Die (subjektive) Zwecksetzung, sich mit dem Spiel zu unterhalten oder zu gewinnen, schließt diesen Zwecken widerstreitende Zwecke als konstitutives Element des Spiels aus. Damit ist gesagt, dass ein *ernster sittlicher oder wirtschaftlicher Zweck fehlen muss*.⁵⁸ Liegt ein solcher vor, kann es sich bereits nicht um ein Spiel handeln.

Freilich findet sich in der strafrechtlichen Literatur keine Aussage darüber, was Bezugsgegenstand der Gewinnabsicht ist. So ließe sich ja durchaus daran denken, den Begriff des Spieles über die Absicht, eben (nur) das Spiel zu gewinnen, zu definieren. Wenn das in Frage stehende Spiel freilich zivilrechtlicher, öffentlich-rechtlicher und schließlich strafrechtlicher Kontroll- und Eingriffsmacht nur dann unterliegt, wenn es unter Einsatz einer vermögenswerten Leistung stattfindet, so ist für die Einordnung der Eingehung eines Wagnisses gerade als Spiel erforderlich, dass die Gewinnabsicht sich letztlich auf den Gewinn des Einsatzes bzw. einer höheren Leistung als des Einsatzes richtet. Der Gewinn des Spieles ist dann lediglich notwendiges Zwischenziel.

(α) Damit ist zunächst zu klären, ob es sich bei dem *Erwerb der Gebote* in sog. bid-packs um einen *Einsatz* im genannten Sinne handelt. Sofern es bereits an diesem Merkmal fehlt, kann es sich bereits aus diesem Grund bei dem ersten Modell der „Internet-Auktion“ nicht um ein Spiel und damit nicht um ein Glücksspiel handeln; eine Strafbarkeit schiede dann bereits deshalb aus.

Zunächst ist vorausgesetzt, dass zumindest eine Person bewusst Teile ihres Vermögens eingesetzt hat.⁵⁹ Der *Einsatz* von Vermögen besteht darin, dass der Vermögensinhaber darin einwilligt, dass ihm bei Eintritt eines bestimmten Ereignisses dieses Vermögen zugunsten anderer Personen verloren gehen soll.⁶⁰ Ein solcher Einsatz könnte vorliegend mit dem Kauf eines bid-packs dann erfolgt sein, wenn der Teilnehmer an der Internet-Auktion für den Fall, dass er im Rahmen der betreffenden Auktion nicht Höchstbietender ist, mit dem Verlust der für den Erwerb des bid-packs aufgewandten Kosten einverstanden ist.

Um beurteilen zu können, ob dies der Fall ist, ist es zunächst erforderlich, sich an die zivilrechtliche Situation zu erinnern (s.o. III.). Diese zivilrechtliche Lage widerspricht freilich grundsätzlich der Möglichkeit, die für den Erwerb der bid-packs aufgewandten Kosten als Einsatz zu betrachten, nicht. Einsatz ist die Leistung eines Entgelts, die für den Erwerb einer Gewinnchance erbracht wird.⁶¹ Soweit mit dem

⁵⁴ Fischer (Fn. 43), § 284 Rn. 4.

⁵⁵ Sprau (Fn. 19), § 762 Rn. 2; Janoschek (Fn. 20), § 762 Rn. 3; Engel (Fn. 22), § 762 Rn. 3.

⁵⁶ Sprau (Fn. 19), § 762 Rn. 2; Habersack (Fn. 21), § 762 Rn. 4 ff.

⁵⁷ OLG Celle NJW 1996, 2660; OLG Trier NJW-RR 1990, 313.

⁵⁸ Sprau (Fn. 19), § 762 Rn. 2; Habersack (Fn. 21), § 762 Rn. 4.

⁵⁹ BGHSt 11, 210; 34, 175; BayObLG NJW 1990, 1863.

⁶⁰ Siehe Hoyer (Fn. 46), § 284 Rn. 6.

⁶¹ Fischer (Fn. 43), § 284 Rn. 4; § 3 Abs. 1 GlüStV.

Kauf der Gebote gleichsam die Chance auf den Abschluss eines – wirtschaftlich für den Käufer günstigen – Kaufvertrages erworben wird, kann die zivilrechtliche Rechtsnatur der Ausgestaltung des Gewinns die Einordnung der Erbringung des Vermögenswertes als Einsatz für sich gesehen nicht hindern.

Allerdings wird vorausgesetzt, dass der aufgewandte Vermögenswert nicht in jedem Fall – also im Falle des Gewinns wie im Falle des Verlustes – ohnehin verloren ist. Daher scheiden Teilnahmeberechtigungs-Beiträge als Einsatz aus.⁶² Möglicherweise handelt es sich bei den für den Erwerb der bid-packs aufgewandten Kosten um einen solchen *Teilnahmeberechtigungs-Beitrag*. Um diese Frage beantworten zu können, ist ein eingehenderer Blick auf die Möglichkeiten des Auktionsverlaufs zu werfen:

Zunächst kann die Situation so sein, dass der Nutzer zwar bid-packs erworben hat, diese aber – aus welchen Gründen auch immer – nicht benutzt, also keine Gebote abgibt. In diesen Fällen sind die für den Erwerb der bid-packs aufgewandten Kosten verloren.⁶³

Die beiden anderen denkbaren Situation sind realistischer: Der Teilnehmer gibt mindestens ein Gebot ab; entweder verliert er oder er gewinnt. Hat er verloren – ist er also mit dem Ende der betreffenden Auktion nicht Höchstbietender –, so sind die Gebote verbraucht (s.o. II. 1. a). Auch in diesem Fall ist der Geldbetrag also verloren. Fraglich ist, wie sich die Lage in dem Fall darstellt, in dem der Bieter Höchstbietender ist, die „Auktion“ also gewonnen hat. Hat der Bieter beispielsweise ein TV-Markengerät, das einen Marktpreis von 1.000 € besitzt, mit einem Höchstgebot von 500 € „ersteigert“ und hat er zudem hierfür 10 Gebote abgegeben, so berechnen sich die von ihm aufgewandten Kosten aus dem Gebotspreis, den Versandkosten und den für die bid-packs aufgewandten Kosten. Geht man beispielhaft von 10 Geboten – und also einem Gegenwert von 5 € – und Versandkosten in Höhe von 15 € aus, so hat der Käufer einen 1.000 € werten Fernseher unter Aufwendung von insgesamt 520 € erworben. Handelte es sich aber bei den für den Kauf der bid-packs aufgewandten Kosten um einen Einsatz im hier fraglichen Sinne, so müsste der Käufer den diesen Kosten entsprechenden Wert zurückhalten (s.o.). Das ist aber gerade nicht der Fall: Der Wert der im Rahmen einer Auktion abgegebenen Gebote wird dem Teilnehmer der „Auktion“ von dem Veranstalter nicht erstattet. Damit handelt es sich bei den für den Kauf der bid-packs

aufgewandten Kosten um Teilnahmeberechtigungs-Beiträge. Daran ändert sich auch nichts durch die Tatsache, dass es der Teilnehmer ist, der durch die Entscheidung über die Anzahl der abgegebenen Gebote über die Höhe dieser Kosten entscheidet.

Da es sich bei den Kosten für die im Einzelnen abgegebenen vorab gekauften Gebote um bloße Teilnahmeberechtigungs-Beiträge handelt, liegt schon kein Einsatz vor. Damit kann es sich bereits aus diesem Grund bei dem ersten Modell der „Internet-Auktion“ schon nicht um ein Spiel und damit auch nicht um ein Glücksspiel handeln.

Eine Strafbarkeit gem. § 284 StGB scheidet daher bereits aus diesem Grund aus.

(β) Wenn man dies anders sehen wollte, also vom Vorliegen eines Einsatzes ausginge, stellte sich dann die zweite Frage nach der *Erheblichkeit* des Einsatzes. Nach einmütiger Auffassung dürfen die eingesetzten Vermögensteile *nicht völlig unerheblich* sein.⁶⁴

Im Rahmen der Beantwortung dieser zweiten Frage ist zunächst zu klären, nach welchen Maßstäben sich die Festlegung der Erheblichkeit richtet. Die Frage ist umstritten. So wird zum Teil behauptet, die Erheblichkeit des eingesetzten Vermögens richte sich nach den individuellen Verhältnissen des konkreten Vermögensinhabers.⁶⁵ Richtigerweise wird man aber einen objektiven generalisierenden Maßstab anlegen müssen.⁶⁶ Zum einen ist dem Strafrecht der Gedanke, bei strafeinschränkenden Merkmalen auf die individuellen Verhältnisse der Teilnehmer abzustellen, fremd.⁶⁷ Zum anderen ist § 284 StGB zumindest auch Vermögensgefährdungsdelikt.⁶⁸ Ein abgestufter Vermögensschutz, der sich an dem Restvermögen des Tatopfers ausrichtet, ist aber weder praktikabel noch systemgerecht. Denn wenn man, wie die ganz herrschende Meinung, die Aufgabe des Strafrechts im Rechtsgüterschutz erblickt, dann ist dieser Aufgabe unabhängig davon nachzukommen, wem diese Güter in welcher Reichhaltigkeit zur Verfügung stehen.⁶⁹ Weithin wird heute von einer Erheblichkeitsgrenze – zum Teil in Anknüpfung an den Orientierungsmaßstab des § 142 StGB – von 20 € ausgegangen.⁷⁰

Fraglich ist freilich, wie dieser Betrag sich errechnet. Das ist vorliegend deshalb entscheidend, weil der Teilnehmer im Rahmen der „Auktion“ nicht die Möglichkeit hat, einzelne Gebote (Wert: 0,50 €) zu kaufen, sondern stets sog. bid packs

⁶² Das gilt etwa für das Eintrittsgeld (in Casinos), vgl. *Fischer* (Fn. 43), § 284 Rn. 6; *von Bubnoff*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), *Strafgesetzbuch*, Leipziger Kommentar, Bd. 7, 11. Aufl. 1998, § 284 Rn. 1; *Eser/Heine* (Fn. 44), § 284 Rn. 6.

⁶³ Das stellt im Übrigen jedenfalls einen Unterschied zum Telefonentgelt (vgl. hierzu *Böhm*, MMR 1998, 585 [587]; *Eichmann/Sörup*, MMR 2002, 142 [143]) dar; beim klassischen Telefongewinnspiel („Bei Anruf Millionär“, vgl. OLG Düsseldorf Ur. v. 23.9.2003 – I-20 U 39/03) nimmt der Anrufer mit dem Anruf unmittelbar am Gewinnspiel teil. Nach Ansicht des OLG Düsseldorf steht dies der Annahme eines bloßen „Eintrittsgeldes“ entgegen (a.a.O., Rn. 31).

⁶⁴ *Hoyer* (Fn. 46), § 284 Rn. 6.

⁶⁵ BayObLG GA 1956, 385; *Lackner/Kühl*, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 26. Aufl. 2007, § 284 Rn. 7; differenzierend jetzt *Eser/Heine* (Fn. 44), § 284 Rn. 6. Vgl. auch *Wohlers*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), *Nomos Kommentar*, *Strafgesetzbuch*, 3. Aufl. 2010, § 284 Rn. 13.

⁶⁶ RGSt 6, 74; 18, 342; 19, 253; *Hoyer* (Fn. 46), § 284 Rn. 6; *Rosenau* (Fn. 17), § 284 Rn. 6; *Schroeder*, in: Maurach/ders./Maiwald, *Strafrecht*, Besonderer Teil, Bd. 1, 9. Aufl. 2003, S. 570; *Gülzow*, *Jura* 1983, 102.

⁶⁷ In diesem Sinne *Rosenau* (Fn. 17), § 284 Rn. 6.

⁶⁸ Vgl. *Eser/Heine* (Fn. 44), § 284 Rn. 2c.

⁶⁹ *Hoyer* (Fn. 46), § 284 Rn. 6.

⁷⁰ *Rosenau* (Fn. 17), § 284 Rn. 6; *Hoyer* (Fn. 46), § 284 Rn. 6.

zu erwerben hat (s.o. II. 1. a). Stellte man hier auf den Wert des einzelnen packs ab, wäre der Grenzwert von 20 € bereits mit dem Erwerb des zweitkleinsten Pakets (50 bids für 25 €) überschritten.

Wenn man die für den Erwerb des bid-packs aufgewandten Kosten – anders als hier – als Einsatz bezeichnet, liegt es aber auf der Hand und ist nachgerade zwingend, auf die im Rahmen einer konkreten „Auktion“ abgegebenen Gebote bzw. deren Gegenwert abzustellen. Dabei stellt sich dann aber immer noch die Frage, ob im Rahmen einer Auktion die insgesamt abgegebenen Gebote zugrunde gelegt werden müssen, oder ob nur der Gegenwert eines Gebotes – unabhängig von der Anzahl der insgesamt tatsächlich abgegebenen Gebote – berücksichtigt werden darf. Das OLG Düsseldorf hat in dem Fall eines Telefon-Gewinnspiels („Bei Anruf Millionär“)⁷¹ hervorgehoben, dass es nicht auf die – unter der Bagatellgrenze liegenden – Kosten für einen Anruf ankommen kann. Vielmehr sei entscheidend, ob ein Gewinnspiel über eine lange Zeit fortduere und jeder Interessent mehrfach teilnehmen könne, und zwar auch dann, wenn er bei vorherigen Anrufen nicht zu den Gewinnern gehört habe.⁷² Die durch Schaffung besonderer Spielanreize geschaffene Gefahr eines nennenswerten Vermögensverlustes ist hier offenkundig: Es liegt in der Natur der Veranstaltung, dass Interessenten, insbesondere kurz vor einer Gewinnschwelle, durch wiederholtes Anrufen versuchen werden, ihre Gewinnchancen zu erhöhen.⁷³

Diese Situation des Telefon-Gewinnspiels ist aber insoweit mit derjenigen des hier untersuchten ersten Modells der Internet-„Auktion“ vollständig vergleichbar. Ebenso wie beim Telefon-Gewinnspiel der Teilnehmer versuchen wird, sich an den Gewinn „heranzutelefonieren“, wird der Teilnehmer der „Auktion“ auf der Homepage des Veranstalters versuchen, durch kurzfristige Abgabe eines Gebotes das ins Auge gefasste Gerät zu „ersteigern“. Daher spricht viel dafür, auf den Wert der im Rahmen einer Auktion insgesamt abgegebenen Gebote abzustellen.⁷⁴

Ebenso wie bei der Bestimmung der Unerheblichkeitsgrenze (oben S. 411) lässt sich aber im Rahmen der Bestimmung der objektiven Voraussetzungen des Spielbegriffs auch hier der maßgebliche Wert, der über das Vorliegen des objektiven Merkmals „Einsatz“ entscheidet, nicht auf der Grundlage einer individuellen, sondern nur auf dem Boden eines generalisierenden Maßstabes finden. Maßgeblich für die Beantwortung der Frage nach der Erheblichkeit der Leistung als Voraussetzung des Einsatzes kann daher nur die Anzahl der im Rahmen einer Auktion *durchschnittlich abgegebenen Anzahl von Geboten* durch einen Bieter sein.

Die durchschnittlich abgegebene Anzahl von Geboten erreicht aber die Erheblichkeitsschwelle in keinem Fall. Für den Ausgangsfall der Auktion lag sie im November 2008 bei

10,1 (Gegenwert: 5 €).⁷⁵ Selbst in dem Fall der „Festpreis“-Auktion wurden mit einer Abgabe von 18,1 Geboten im Rahmen einer „Auktion“ durchschnittlich nicht einmal 10 € aufgewandt.⁷⁶ Damit liegt aber selbst der kumulierte Gebotsbetrag – also der nach der für den Veranstalter nachteiligsten Berechnungsmethode errechnete Betrag – weit unter der weithin für maßgeblich gehaltenen Unerheblichkeitsschwelle von 20 €. Selbst wenn man auf die „Festpreis“-Auktion für allgemeine Haushaltsartikel abstellt, die mit einer durchschnittlichen Anzahl abgegebener Gebote von knapp unter 35⁷⁷ fast schon einen Ausreißer darstellte, erreicht man die Erheblichkeitsschwelle nicht. Auch aus diesem Grund kann daher das erste Modell der Internet-„Auktion“ schon kein Spiel darstellen.

Selbst wenn man also – entgegen der hier vertretenen Ansicht – bei den für den Erwerb der bid-packs aufgewandten Kosten nicht von einem Teilnahmeberechtigungs-Beitrag, sondern vielmehr von einem Einsatz ausgehen wollte, handelt es sich *nicht um einen Einsatz im strafrechtlichen Sinne*, da er die *Grenze der Unerheblichkeit nicht überschreitet*. Damit scheidet eine Strafbarkeit wegen unerlaubten Veranstaltens eines Glücksspiels gem. § 284 StGB auch aus diesem Grund mangels Vorliegens eines Einsatzes aus. Damit kann es sich bei dem ersten Modell der „Internet-Auktion“ schon nicht um ein Spiel und damit auch nicht um ein Glücksspiel handeln.

Im Übrigen kann auch die Tatsache, dass mit jedem vom Bieter abgegebenen Gebot der Verkaufspreis des betreffenden Gerätes sich erhöht, nicht zu der Annahme führen, der Bieter habe hiermit einen Einsatz geleistet. Wie bereits ausgeführt liegt ein Einsatz nur vor, wenn der Teilnehmer an der Internet-„Auktion“ für den Fall, dass er im Rahmen der betreffenden Auktion nicht Höchstbietender ist, mit dem Verlust der aufgewandten Kosten einverstanden ist. Der Einsatz muss sich bei Ausbleiben eines Gewinns als Verlust niederschlagen.⁷⁸ Das ist aber bezüglich der durch die Abgabe eines Gebotes bewirkten Steigerung des Kaufpreises gerade nicht der Fall: Der Bieter beteiligt sich – wie bei jeder normalen Auktion auch – über die Abgabe eines Gebotes gleichsam lediglich an der Gestaltung des Preises, leistet also einen Beitrag zu der Festlegung des Marktwertes. Ist er nicht Höchstbietender, verliert er aber insoweit kein Geld.

(γ) Das Vorliegen eines Spieles verlangt aber – neben den bislang erörterten objektiven Voraussetzungen, an denen es nach hier vertretener Auffassung bereits fehlt – außerdem, dass der Spieler an dem Spiel zur Erreichung eines Zweckes teilnimmt. Dieser *Zweck* besteht darin, sich zu *unterhalten* bzw. zu *gewinnen* (s.o. im Text bei Fn. 55). Auch insoweit bestehen erhebliche Zweifel.

Dem Teilnehmer der veranstalteten Internet-„Auktion“ kommt es darauf an, den von ihm ins Auge gefassten Artikel zu einem möglichst günstigen Preis zu erwerben. Damit kommt jedenfalls vorliegend schon nur das Ziel zu gewinnen, nicht dasjenige der bloßen Unterhaltung, in Betracht. Straf-

⁷¹ Siehe bereits Fn. 63.

⁷² OLG Düsseldorf, Urt. v. 23.9.2003 – I-20 U 39/03, Rn. 34.

⁷³ Ebenso OLG Düsseldorf, Urt. v. 23.9.2003 – I-20 U 39/03, Rn. 34.

⁷⁴ Anders z.B. *Bahr*, Glücks- und Gewinnspielrecht, 2. Aufl. 2007, Rn. 656.

⁷⁵ Quelle: Veranstalter.

⁷⁶ Quelle: Veranstalter.

⁷⁷ Quelle: Veranstalter.

⁷⁸ *Fischer* (Fn. 43), § 284 Rn. 4.

rechtliche Relevanz hat dies nur, sofern der Wille des Teilnehmers sich – über den bloßen Gewinn des Spieles hinaus – auf den Gewinn des Einsatzes bzw. einer höheren Leistung als des von ihm geleisteten Einsatzes richtet. Die Verfolgung eines *ernsten wirtschaftlichen Zweckes* steht dem entgegen⁷⁹ (siehe bereits oben S. 410 bei Fn. 58). Da nun aber das rationale Verhalten des homo oeconomicus stets auf Gewinnmaximierung gerichtet ist, lässt die Verfolgung eines *ernsten wirtschaftlichen Zweckes* sich jedenfalls nicht ohne weiteres mit dem Argument ablehnen, es gehe dem Teilnehmer an der Internet-„Auktion“ um Gewinn. Andernfalls wäre jedes wirtschaftlich vernünftige Verhalten als Spiel zu bezeichnen. Entscheidend muss vielmehr sein, ob es dem Teilnehmer nur um den vermögenswerten Gewinn „um des Gewinns willen“ geht oder ob es ihm darauf ankommt, sich im Rahmen einer konkreten Situation wirtschaftlich möglichst vernünftig zu verhalten, also beim Austausch vermögenswerter Leistungen einen Vermögenszuwachs zu erhalten und nicht etwa einen Vermögensverlust zu erleiden.

Damit ist Folgendes gemeint: Schließt der Teilnehmer mit dem Veranstalter lediglich einen Spielvertrag und kommt es ihm nur im Rahmen dieses Vertragsverhältnisses darauf an, dass er mit dem Gewinn des Spieles einen geldwerten Gewinn macht, so handelt es sich um ein Spiel; der Zweck ist lediglich auf einen Gewinn im Sinne des Spielbegriffs gerichtet. Wird aber der Vertrag zwischen dem Veranstalter und dem Teilnehmer bereits a priori mit dem Ziel geschlossen, im Falle des Gewinns der Veranstaltung einen – für den Gewinner günstigen – Kaufvertrag abzuschließen, so ist das Streben des Teilnehmers von vornherein auf ein hinter dem ursprünglichen Vertragsabschluss liegendes Ziel, nämlich den günstigen Erwerb eines Gegenstandes und damit einen *ernsten wirtschaftlichen Zweck* gerichtet. In diesem Fall kann es sich nicht um ein Spiel handeln.

Nun ist es aber völlig lebensfremd anzunehmen, der typische Teilnehmer an der veranstalteten Internet-„Auktion“ habe zum Ziel, möglichst häufig Höchstbietender im Rahmen einer „Auktion“ zu sein, um dann jeweils das Angebot des Plattformbetreibers auf Abschluss eines Kaufvertrages abzulehnen. Vielmehr bietet der durchschnittliche Teilnehmer – auf den es auch hier nur ankommen kann – selbstverständlich mit dem Ziel, den von ihm ins Auge gefassten Gegenstand nach dem Ende der „Auktion“ auch vom Veranstalter käuflich erwerben zu können. Denn schließlich entstehen ihm durch die Abgabe eines jeden Gebotes Kosten in Höhe von 0,50 €. So haben denn auch im Jahr 2008 von allen Gewinnern der Auktion über 99 % das Angebot auf Abschluss eines Kaufvertrages angenommen.⁸⁰

Damit fehlt es auch an der subjektiven Voraussetzung des Spielbegriffs im rechtlichen Sinne: Der Teilnehmer an der veranstalteten „Auktion“ verfolgt mit der Abgabe der Gebote einen *ernsten wirtschaftlichen Zweck* – den möglichst günstigen Erwerb eines Gegenstandes im Rahmen des Abschlusses eines nach der „Auktion“ geschlossenen Kaufvertrages. Auch aus diesem Grund kann es sich bei der Internet-„Auktion“

bereits nicht um ein Spiel handeln. Eine Strafbarkeit wegen unerlaubten Veranstaltens eines Glücksspiels gem. § 284 StGB scheidet aus.

(dd) Bei dem ersten Modell der Internet-„Auktion“ fehlt es an sämtlichen Voraussetzungen eines Spieles: Weder liegt ein Einsatz vor, da es sich – erstens – um einen Teilnahmeberechtigungs-Beitrag handelt und – zweitens – die Grenze zur Erheblichkeit nicht überschritten ist, noch verfolgt der Teilnehmer den im Rahmen eines Spieles vorausgesetzten Zweck.

(ee) Um umfassend zur Problematik des Vorliegens eines Glücksspiels Stellung zu nehmen, wird nun im Folgenden noch die Frage erörtert, ob dem ersten Modell der Internet-„Auktion“ ein *Element des Glücks* innewohnt, denn nur das Glücksspiel kann Vorwurf einer strafbaren Handlung sein.

Das *Glücksspiel* ist eine Unterart des Spieles.⁸¹ Als Glücksspiel gilt ein Spiel nach ganz herrschender Meinung dann, wenn die Entscheidung über Gewinn und Verlust nicht wesentlich von den Fähigkeiten und Kenntnissen und vom Grade der Aufmerksamkeit der Spieler bestimmt wird, sondern allein oder hauptsächlich vom *Zufall*.⁸² Maßgebend sollen dafür in der Regel die Verhältnisse sein, unter denen das Spiel eröffnet und gewöhnlich betrieben wird.⁸³

Zufall ist das Wirken einer unberechenbaren, der entscheidenden Mitwirkung der Beteiligten entzogenen Kausalität,⁸⁴ zum Teil wird etwas großzügiger darauf abgestellt, ob der Einwirkungsmöglichkeit der Beteiligten eine ins Gewicht fallende Rolle zukommt.⁸⁵ Auch hierbei kommt es nach ganz überwiegender und zutreffender Ansicht auf den Durchschnittsspieler an: Maßgeblich sind dessen Fähigkeiten und Erfahrungen und damit die sich aus ihnen in Anbetracht der Fertigkeiten des „Spielmachers“ und der Beschaffenheit des Spielmaterials ergebenden Chancen.⁸⁶ Nach übereinstimmender Ansicht von Rechtsprechung und Literatur ist der Orientierungsmaßstab, nach dem die Anforderungen an den Durchschnittsspieler zu bestimmen sind, das spielspezifische Wissen und die spieltypischen Fähigkeiten körperlicher und geistiger Art einschließlich des Grades der Aufmerksamkeit, die bei einem spielinteressierten Normalmenschen mit normalen Fähigkeiten unter normalen Umständen vorhanden bzw. zu

⁸¹ Eser/Heine (Fn. 44), § 284 Rn. 3.

⁸² BGHSt 2, 276; 29, 157; 36, 80; BGH(Z) NJW 2002, 2175; BGH NStZ 2003, 374; BVerwGE 96, 295; BVerwG NJW 2001, 2648; BVerwG NVwZ 2002, 864; Eser/Heine (Fn. 44), § 284 Rn. 5; von Bubnoff (Fn. 62), § 284 Rn. 5; Belz (Fn. 44), S. 54 ff.

⁸³ BGHSt 2, 274; 36, 74 (80); von Bubnoff (Fn. 62), § 284 Rn. 7.

⁸⁴ RGSt 62, 136 (165); BGHSt 36, 74 (80); BVerwG NJW 2001, 2648; OLG Düsseldorf JMBL. NW 1991, 19; Eser/Heine (Fn. 44), § 284 Rn. 5.

⁸⁵ BGHSt 2, 135 (140); BVerwG GewArch 1983, 62; von Bubnoff (Fn. 62), § 284 Rn. 8. In diesem Sinne auch Wohlers (Fn. 65), § 284 Rn. 9.

⁸⁶ BGHSt 36, 74 (80); BGH NJW 1989, 919; von Bubnoff (Fn. 62), § 284 Rn. 8.

⁷⁹ Sprau (Fn. 19), § 762 Rn. 2.

⁸⁰ Quelle: Veranstalter.

erwarten sind.⁸⁷ Danach darf nicht auf die Ergebnisse einzelner besonders erfolgreicher Spieler abgestellt werden.⁸⁸

Die *Zufallsabhängigkeit* bzw. *Zufallsbestimmtheit* des Spiels muss also auf Umständen beruhen, deren Überwindung unter Zugrundelegung normaler menschlicher Lernfähigkeit nicht in verhältnismäßig kurzer Zeit möglich ist.⁸⁹

Ob ein Spiel als Glücksspiel zu bewerten ist, entscheidet sich dabei nach dem Grundsatz der einheitlichen Betrachtungsweise. Danach ist ein Spiel schon dann Glücksspiel, wenn nach den Spielregeln bei verschiedenen Spielmöglichkeiten den Spielern auch nur eine Variante jederzeit offen steht, die als Glücksspiel zu qualifizieren ist. Unerheblich ist dabei, welche Spielvariante in welchem Ausmaß genutzt wird.⁹⁰

Für die Beantwortung der Frage, ob ein Erfolg zufällig eingetreten ist, kann und muss eine Kausalkette freilich nicht bis zu ihrem Ursprung zurückverfolgt werden. Ein solcher *infiniter Regress* ließe letztlich alles als zufällig erscheinen.⁹¹ Daher wird gemeinhin der Erfolg einerseits in seiner Kausalität im Sinne eines „*Regressverbotes*“ begrenzt, andererseits darauf abgestellt, ob der in Frage stehende Erfolg „nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge unter den gegebenen Verhältnissen vorhersehbar“ war.⁹²

Versucht man nun unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe die Frage zu beantworten, ob im Rahmen des ersten Modells der Internet-„Auktion“ die Entscheidung über Gewinn und Verlust von Zufall abhing, so sind die einzelnen Gewinn- bzw. Verlustsituationen etwas genauer zu untersuchen:

Ganz grundsätzlich gibt es zwei Möglichkeiten: Entweder hat der Bieter die „Auktion“ gewonnen (er ist Höchstbietender) oder er hat sie verloren (ein anderer Bieter ist Höchstbietender). In dem Fall des Gewinns der „Auktion“ erwirbt derjenige Bieter, der das Höchstgebot abgegeben hat, das Recht zum Abschluss eines für ihn günstigen Kaufvertrages – das wird der Regelfall sein – oder die Situation liegt ausnahmsweise so, dass der avisierte Abschluss des Kaufvertrages unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten ungünstig ist. Mit der ersten Konstellation sind diejenigen Fälle gemeint, in denen sämtliche für den Höchstbietenden entstehenden Kosten unter dem Marktwert des betreffenden Gegenstandes liegen, in der zweiten Konstellation liegen die insgesamt entstehenden Kosten (Höchstgebotspreis, Kosten für den Erwerb der bid-packs sowie Versandkosten) über dem Marktwert. Dass ein solcher Fall entsteht, ist nicht ausgeschlossen, mag es doch im Einzelfall dem Bieter entgangen sein, dass er mit den von ihm bislang insgesamt aufgewandten Kosten bereits über dem Marktwert des Gegenstandes liegt.

Im Rahmen der ersten Konstellation innerhalb der ersten Möglichkeit – wirtschaftliche Rentabilität des Kaufs – hat der Bieter, wie immer im Fall des Gewinns der Auktion, die Wahl, ob er den Kaufvertrag abschließt oder nicht. Vernünftigerweise wird er dies tun; gezwungen ist er hierzu nicht. Damit kann der Gewinn nicht vom Zufall abhängen, denn die Entscheidung über die Geltendmachung obliegt alleine dem Bieter. Zu beachten ist hierbei, dass es insoweit nicht um den Gewinn der „Auktion“, sondern um den aus dem Abschluss des Kaufvertrages resultierenden Gewinn geht. Selbst wenn der Gewinn der „Auktion“ vom Zufall abhinge – was zweifelhaft ist⁹³ – bleibt es aufgrund der konkreten Ausgestaltung des Geschäftsmodells vollständig dem Bieter überlassen, ob er das wirtschaftlich lukrative Geschäft eingeht und damit „Gewinn macht“. Damit kann allenfalls⁹⁴ das Haben der Möglichkeit, über den wirtschaftlich lukrativen Erwerb des Gegenstandes entscheiden zu können, vom Zufall abhängen, der Abschluss des Kaufvertrages selbst, der erst den Gewinn begründet, obliegt aber allein der freien Entscheidung des Bieters und ist damit gerade nicht zufällig.

Sollte der Bieter sich trotz gewonnener Auktion und wirtschaftlicher Rentabilität des Kaufvertragsabschlusses dennoch gegen den Abschluss des Vertrages – und damit gegen den Gewinn und mithin für den Verlust entscheiden –, gilt offensichtlich nichts anderes. Zunächst mag der Verlust allein in den aufgewandten Kosten für den Erwerb der bid-packs bestehen. Denn weder Kaufpreis noch Versandkosten sind dann vom Teilnehmer zu zahlen. Aber auch wenn man hier von dem Bestehen einer rechtlich verfestigten Gewinnaussicht (*Exspektanz*) sprechen wollte, die grundsätzlich ebenso wie beim Tatbestand des Betruges im Sinne des § 263 StGB

⁹³ Dass der einzelne Bieter Höchstbieter geworden ist, ist – neben der freien Entscheidung des Bieters, ein Gebot abzugeben, die gerade keinen Zufall darstellt –, einzig dem Umstand zu verdanken, dass kein anderer Bieter zeitlich später ein Gebot abgegeben hat. Fraglich ist schon, ob dieser Umstand bei der Zufallsbestimmung berücksichtigt werden darf. Ganz grundsätzlich kann auch das für den Einzelnen unvorhersehbare Verhalten anderer Menschen für diesen Einzelnen zufällig sein. Die Frage ist allerdings, ob es sich gerade bei dem Bietverhalten anderer Teilnehmer tatsächlich noch um einen Zufallsfaktor im dargestellten Sinne handelt. Dass dies nicht richtig sein kann, zeigt folgendes Beispiel: Wenn A frühmorgens auf dem Weg zum Bäcker von einem alten Bekannten aufgehalten wird und er deshalb die Bäckerei 5 Minuten später als sonst erreicht, weshalb ihm das letzte Exemplar seines Lieblingsstückchens von einem schnelleren Käufer weggeschnappt worden ist, so mag der Kauf durch einen anderen Kunden zwar einen Umstand darstellen, auf den A keinen Einfluss hat. Dabei handelt es sich aber ebenso schlicht um ein allgemeines Lebensrisiko wie bei dem Umstand, im Rahmen einer „Auktion“ überboten bzw. – umgekehrt – gerade nicht mehr überboten zu werden. Solche Umstände zu berücksichtigen, führte aber zu dem bereits oben (im Text bei Fn. 49 und 91) beschriebenen *infiniten Regress*, dessen Begründung gerade nicht zulässig ist.

⁹⁴ Vgl. die vorstehende Anmerkung.

⁸⁷ VGH BaWü GewArch 1990, 149 (150); von Bubnoff (Fn. 62), § 284 Rn. 8.

⁸⁸ Eser/Heine (Fn. 44), § 284 Rn. 5; von Bubnoff (Fn. 62), § 284 Rn. 8; Heine, wistra 2003, 441 (442 f.).

⁸⁹ BVerwG GewArch 1985, 59 (60); Wohlers (Fn. 65), § 284 Rn. 9.

⁹⁰ BVerwG GewArch 1983, 60 (62, 64).

⁹¹ Vgl. nur Belz (Fn. 44), S. 55.

⁹² Belz (Fn. 44), S. 55.

einen Schaden darstellen kann, wenn sie sich nicht verwicklicht, so ändert dies doch nichts daran, dass auch in diesem Fall allein der Bieter über den Eintritt oder das Ausbleiben des Gewinn- bzw. Verlustfalles entscheidet. Auch hier hängt nichts vom Zufall ab.

Auch im Rahmen der zweiten Konstellation – wirtschaftlich unrentable Situation – hat der Bieter, wie immer im Fall des Gewinns der Auktion, die Wahl, ob er den Kaufvertrag abschließt oder nicht. Unabhängig davon, ob er sich gegen den Kauf entscheidet und damit eine wirtschaftlich vernünftige Entscheidung trifft oder – aus welchen Gründen auch immer – den avisierten Gegenstand kauft und wirtschaftlich unvernünftig handelt, so begründet diese Entscheidung zwar einen wertmäßigen Verlust, der in der Differenz zwischen den insgesamt aufgewandten Kosten und dem Marktwert des Gegenstandes besteht. Immer aber verbleibt die Entscheidung über den Eintritt von Gewinn oder Verlust beim Teilnehmer. Auch hier liegt kein Zufall vor.

Bei der zweiten grundsätzlichen Möglichkeit – also im Verlustfall – müsste die Entscheidung über den Verlust von Zufall abhängen. Wenn der Verlustfall bedeutet, dass der Bieter im Rahmen einer konkreten „Auktion“ nicht Höchstbietender geworden ist, so kann der im Sinne des § 284 StGB gemeinte Vermögensverlust allein in den aufgewandten Kosten für den Erwerb der bid-packs bestehen. Denn weder Kaufpreis noch Versandkosten sind dann vom Teilnehmer (sondern von dem erfolgreichen Höchstbietenden) zu zahlen. Eine etwaige nicht realisierte Gewinnaussicht lässt sich hier freilich ebenso wie beim Betrug im Sinne des § 263 StGB so lange nicht als Schaden begreifen, wie auf den Erhalt des Gewinns keine gesicherte Aussicht im Sinne einer rechtlich verfestigten Exspektanz bestand (s.o.). Eine solche Exspektanz besteht vorliegend – anders als möglicherweise im Fall der Entscheidung gegen einen Kauf trotz gewonnener „Auktion“ in einem wirtschaftlich rentablen Fall (siehe soeben S. 414) – nicht.

Hinsichtlich der den Zufall ausschließenden Entscheidungsfreiheit des Bieters gilt hier aber dasselbe wie oben im Gewinnfalle: Die Entscheidung über die im Rahmen der konkreten „Auktion“ eingesetzten Gebote obliegt einzig und allein dem Teilnehmer. Vor jeder Abgabe eines Gebotes kann er unter Beobachtung des bis dahin erreichten Kaufpreises und unter Berücksichtigung der für die Abgabe des Gebotes und des Versandes anfallenden Kosten nach wirtschaftlichen Vernunftabwägungen entscheiden, ob er weiter bietet oder nicht. Damit kann dann aber auch die Entscheidung über den Verlust des für die abgegebenen Gebote einzusetzenden Gegenwertes nicht vom Zufall abhängen.

Selbst wenn man Letzteres anders sehen wollte, ist der Schutzzweck des § 284 StGB nicht tangiert, wenn die Gefahr besteht, mit der Abgabe von durchschnittlich 10 Geboten (s.o. S. 412 bei Fn. 75) durchschnittlich 5 € zu verlieren. Denn dann fehlt es bereits an der abstrakten Vermögensgefährlichkeit der Gebotsabgabe.⁹⁵

(ff) Nach alledem liegt im Ausgangsfall der Auktion kein Glücksspiel vor. Dabei fehlt es sowohl am Merkmal des

Spiels wie auch an der Abhängigkeit von Glück. Um ein Spiel handelt es sich bei dem ersten Modell der Internet-„Auktion“ schon deshalb nicht, weil von den Teilnehmern kein Einsatz im Sinne des Spielbegriffs geleistet wird. Zum einen geht es schon der Sache nach um einen Teilnahmeberechtigungs-Beitrag, zum anderen überschreitet dieser Betrag die Grenze der Unerheblichkeit nicht. Darüber hinaus verfolgen die Teilnehmer einen ernststen wirtschaftlichen Zweck, so dass keine Gewinnerzielungsabsicht im Sinne des Spielbegriffs vorliegt. Am Element des Glücks fehlt es, weil die Entscheidung über Gewinn und Verlust nicht vom Zufall abhängt.

Damit scheidet eine Strafbarkeit wegen unerlaubten Veranstaltens eines Gewinnspiels unter jedem Gesichtspunkt aus.

(2) „Festpreis“-Auktion

Der einzige Unterschied der sog. „Festpreis“-Auktion zum oben geschilderten Normalfall der „Auktion“ bestand darin, dass stets der vor der Auktion von dem Veranstalter bestimmte und bei dem betreffenden Artikel angegebene Festpreis zu zahlen war, und zwar unabhängig davon, welcher „Höchstgebotspreis“ durch die Abgabe der Vielzahl von Geboten erreicht wurde. Für den Letztbietenden ergab der von ihm zu entrichtende Preis sich also aus dem von Beginn an feststehenden Festpreis, den für die Anzahl der abgegebenen Gebote aufgewandten Kosten und den Versandkosten (s. bereits oben S. 405).

Da die Gebote in diesen Fällen auf dieselbe Art zu erwerben waren wie im Falle der klassischen „Auktion“, konnte es sich auch hier *nicht* um einen *Einsatz* handeln. Es lag vielmehr auch hier ein Teilnahmeberechtigungs-Beitrag vor. (vgl. hierzu oben S. 411).

Da im Fall der „Festpreis“-Auktion die durchschnittliche Zahl der abgegebenen Gebote bei 18,1 (Gegenwert ca. 9 €) lag, war die *Unerheblichkeitsschwelle* in Höhe von 20 € *nicht überschritten* (vgl. insoweit bereits S. 411 f.).

Die vorherige Festlegung eines Festpreises durch den Veranstalter ändert an dem *ernststen wirtschaftlichen Zweck*, den die Bieter mit ihrer Teilnahme verfolgen, nichts. Denn ob der Bieter mit der Abgabe von Geboten auf die Preisgestaltung Einfluss nimmt oder dieser Preis bereits vor Beginn der Auktion feststeht, ändert hieran nichts. Damit lag auch hier die erforderliche *Gewinnerzielungsabsicht nicht* vor (hierzu bereits oben S. 412 f.).

Auch an dem *Fehlen des Zufallselementes* ändert sich im Vergleich zum Ausgangsfall nichts. Stets bleibt es dem Bieter überlassen, ob er das von dem Veranstalter abgegebene Angebot zum Abschluss eines Kaufvertrages annimmt oder nicht (siehe hierzu oben S. 413 f.).

Auch im Falle der „Festpreis“-Auktion kommt eine Strafbarkeit wegen unerlaubten Veranstaltens eines Glücksspiels gem. § 284 StGB nicht in Betracht.

(3) „Endpreis geschenkt“-Auktion

Bei der „Endpreis geschenkt“-Auktion wurde dem Letztbietenden unabhängig von dem konkret erreichten „Höchstgebotspreis“ ein Verkaufspreis nicht in Rechnung gestellt. Für ihn ergab der von ihm zu entrichtende Preis sich hier also

⁹⁵ Vgl. Hoyer (Fn. 46), § 284 Rn. 12.

allein aus den für die Anzahl der abgegebenen Gebote aufgewandten Kosten und den Versandkosten.

Im Hinblick auf die Erbringung eines Einsatzes unterschied diese Konstellation sich von der klassischen „Auktions“konstellation nicht. Es fehlte daher auch hier bereits an einem *Einsatz* (vgl. oben S. 411), *auch hier war die Erheblichkeitsgrenze nicht erreicht* (vgl. oben S. 411 f. sowie die durchschnittliche Zahl abgegebener Gebote von 10,7⁹⁶).

Auch lag der verfolgte *ernste wirtschaftliche Zweck* nicht etwa deshalb nicht mehr vor, weil der Veranstalter dem Höchstbietenden den nach Ende der „Auktion“ erreichten Höchstgebotspreis erließ. Der Unterschied bestand bei dieser „Auktions“-form insoweit lediglich darin, dass der Bieter den durch die Abgabe aller Teilnehmer an sich erreichten Kaufpreis nicht in seine wirtschaftliche Abwägung hinsichtlich der Entscheidung über den Kauf des Gegenstandes einstellen musste.

Vom *Zufall* hing die Entscheidung über den Gewinn hier ebenso wenig ab wie sonst (s. S. 413 f.).

Auch im Falle der „Endpreis geschenkt“-Auktion kommt eine Strafbarkeit wegen unerlaubten Veranstaltens eines Glücksspiels gem. § 284 StGB nicht in Betracht.

bb) Der Einsatz des „Biet-Butlers“

Mit der Benutzung eines „Biet-Butlers“ wird die elektronisch gesteuerte Abgabe von Geboten ermöglicht, ohne dass der Nutzer die Entwicklung der „Versteigerung“ selbst am Computer verfolgen muss (vgl. oben S. 405). Im Normalfall der Benutzung eines Biet-Butlers bestehen aber keine Unterschiede zu den bisher behandelten Fällen. Das einzig vermeintlich problematische Element des *Zufalls* spielt auch in diesen Fällen keine Rolle. Denn auch hier verbleibt stets dem Bieter die Möglichkeit, über den Abschluss des Kaufvertrages frei und eigenverantwortlich zu entscheiden.

Fraglich ist nur, was in demjenigen Fall gilt, in dem mehrere Biet-Butler gegeneinander bieten. Damit ist der Fall gemeint, dass mehrere Biet-Butler von unterschiedlichen Bietern für dieselbe Preisspanne gebucht sind (s. bereits oben S. 405). Hier werden alle Gebote zum selben Zeitpunkt – mit Beginn des Erreichens der Preisspanne – abgegeben. Die „Countdown-Zeit“ erhöht sich in diesem Fall um maximal 20 Sekunden pro Gebot, wobei eine Multiplizierung mit der Anzahl der Biet-Butler erfolgt. Damit kann sich in diesem Fall die Restlaufzeit auch auf einige Minuten verlängern. Höchstbietender ist dabei derjenige, der den Biet-Butler zuletzt gebucht hat.

Aber auch diese Besonderheit ändert nichts daran, dass die Entscheidung über Gewinn und Verlust *nicht* vom *Zufall* abhängt. Denn auch in diesem Fall obliegt die letzte Entscheidung über den Abschluss des Kaufvertrages und damit über die Geltendmachung des Gewinns dem Teilnehmer.

Eine Strafbarkeit wegen unerlaubten Veranstaltens eines Glücksspiels gem. § 284 StGB scheidet aus.

b) Die Teilnahme per Telefon

Die Teilnahme per Telefon stellt die zweite grundsätzliche Möglichkeit der Teilnahme an dem ersten Modell der Internet-„Auktion“ dar (s. bereits oben S. 405).

Hat der Teilnehmer die erforderliche Sonderrufnummer gewählt, kann er ein Gebot abgeben. Auch hier kostet jedes Gebot auf einen Artikel 0,50 €.

Fraglich ist, ob hier – anders als in den bislang behandelten Fällen und vergleichbar mit den klassischen Telefongewinnspielen – ein *Einsatz* und nicht ein Teilnahmeberechtigungs-Beitrag vorliegt. Allerdings ist der technische Ablauf mit der Abgabe eines Gebotes im Internet vergleichbar: Denn erst nach der Wahl der Sonderrufnummer gibt der Teilnehmer die auf der Homepage einsehbare Auktionsnummer ein. Erst wenn er sodann diese Eingabe mittels der Raute-Taste seines Telefons bestätigt, wird sein Anruf als Gebot gezählt. Dabei fallen insgesamt für den ganzen Anruf 0,50 € als Gebotskosten an, es entstehen keine weiteren Telefongebühren. Damit entspricht die Situation aber derjenigen der Gebotsabgabe im Internet. Es kann sich daher auch hier nicht um einen Einsatz handeln; auch hier liegt vielmehr ein *Teilnahmeberechtigungs-Beitrag* vor.

Auch hier wird die *Unerheblichkeitsschwelle* von 20 € nicht überschritten. Das gilt selbst dann, wenn man mit dem OLG Düsseldorf⁹⁷ auf den kumulierten Betrag abstellt, der sich ergibt, wenn man die im Rahmen einer „Auktion“ ausgeführten Anrufe eines Teilnehmers zusammenrechnet. Denn bei dieser Art der Teilnahme erfolgen durchschnittlich 3,72 Anrufe (= Gebote) pro Auktion.⁹⁸ Damit werden von einem durchschnittlichen Anrufer nicht einmal 2 € aufgewandt.

2. Ebay

Wie bei dem ersten Modell der Internet-„Auktion“ liegt auch hier zivilrechtlich keine Auktion im Sinne des § 156 BGB vor, sondern ein Vertragsschluss durch Angebot und Annahme.⁹⁹ Die in das Internet gestellte Offerte ist keine invitatio ad offerendum, sondern eine vorweg abgegebene, auf Abschluss eines Kaufvertrages gerichtete, verbindliche Erklärung, das Höchstgebot anzunehmen,¹⁰⁰ bzw. selbst ein Angebot.¹⁰¹

a) Definition des Elementes „Spiel“

aa) Einsatz

Bei ebay fallen im Regelfall Angebotsgebühren und Verkaufsprovisionen an. Für den Bieter ist die Abgabe eines Gebots jedoch nicht mit Kosten verbunden, auch die Anmeldung auf der Plattform als Voraussetzung für die Teilnahme an „Auktionen“ ist kostenlos. Damit fehlt es insoweit schon an dem Kriterium „Erbringen eines Einsatzes“. Derjenige, der für einen Artikel bietet, trägt damit kein Verlustrisiko.

⁹⁶ Quelle: Veranstalter.

⁹⁷ OLG Düsseldorf, Urt. v. 23.9.2003 – I-20 U 39/03, Rn. 34.

⁹⁸ Quelle: Veranstalter.

⁹⁹ Siehe bereits die Angaben in Fn. 14.

¹⁰⁰ Siehe bereits die Angaben in Fn. 15.

¹⁰¹ Siehe bereits die Angaben in Fn. 16.

Der Verkäufer allerdings ist verpflichtet, die von ihm zu entrichtenden Gebühren auch dann zu bezahlen, wenn er seinen Artikel nicht verkauft. Er muss also einen Einsatz tätigen.

bb) Erheblichkeit

Da es für den Bieter bereits an einem Einsatz fehlt (s. oben aa), kommt es auf das Merkmal der Erheblichkeit insoweit nicht mehr an. Der Verkäufer muss zwar einen Einsatz leisten. Dieser liegt allerdings bei maximal 4,80 €, ¹⁰² so dass es an der Erheblichkeit fehlt.

cc) Spielzweck

Auch bei ebay-„Auktionen“ ist – wie bereits oben zu swoopo dargestellt – davon auszugehen, dass Käufer und Verkäufer mit ihrer Tätigkeit einen wirtschaftlichen Zweck verfolgen, nämlich den möglichst vorteilhaften Verkauf bzw. Kauf von Gegenständen. Damit fehlt es auch an der Verfolgung des im Rahmen eines Spiels vorausgesetzten Zwecks.

b) Definition des Elementes „Glück“

Die Tatsache, dass der Bietende nach Abgabe seines Gebots keinen Einfluss mehr auf das Auktionsende nehmen kann, indem er wie z.B. bei swoopo noch ein Gebot nachreicht, legt den Schluss nahe, dass die Ersteigerung des betreffenden Gegenstandes von einem Zufallselement abhängt. Dies gilt zumindest dann, wenn das Angebot kurz vor Ablauf der Auktionsdauer abgegeben wird, denn der Ablaufzeitpunkt steht fest und kann vom Bietenden nicht durch ein weiteres Gebot beeinflusst werden. Erfolgt die Abgabe des Gebotes so spät, dass es – auch etwa aufgrund technischer Probleme wie z.B. einer langsamen Internetverbindung – erst nach Auktionsende eingeht, läuft es ins Leere.

Der Verkäufer hat es seinerseits nicht in der Hand, ob er seinen Artikel verkauft. Auch insoweit liegt also durchaus ein Zufallsmoment vor.

Da es allerdings bereits am Vorliegen eines Spiels fehlt, liegt auch in der ebay-Variante insgesamt kein Glücksspiel vor.

c) Ergebnis

Auch im Falle von ebay liegt also trotz eines Zufallselements kein Glücksspiel vor. Dies gilt sowohl für den Anbieter und den Bietenden wie auch für denjenigen, von dem die Plattform bereitgestellt wird.

VI. Zusammenfassung der Ergebnisse

1. „Swoopo“

Eine Strafbarkeit wegen unerlaubten Veranstaltens eines Glücksspiels gem. § 284 StGB scheidet in sämtlichen Sachverhaltskonstellationen aus.

In dem Fall der Teilnahme per Internet liegt kein Glücksspiel vor. Bei der eigenhändigen Abgabe der Gebote fehlt es im Ausgangsfall der „Auktion“ bereits an einem Einsatz, vielmehr liegt ein Teilnahmeberechtigungs-Beitrag vor. Auch wird die weithin für maßgeblich gehaltene Unerheblichkeitsgrenze von 20 € nicht überschritten. Mit der Verfolgung eines ernstesten wirtschaftlichen Zwecks fehlt es an der vom Begriff des Spieles vorausgesetzten Gewinnerzielungsabsicht. Schließlich hängt die Entscheidung über Gewinn und Verlust nicht vom Zufall, sondern allein von der eigenen frei verantwortlichen Entscheidung des Teilnehmers ab.

Dies gilt ebenso in den Fällen der „Festpreis“-Auktion sowie der „Endpreis geschenkt“-Auktion.

Auch in den Fällen, in denen unter Einsatz eines sog. Biet-Butlers Gebote abgegeben werden, ändert sich an der rechtlichen Einschätzung, dass es sich vorliegend nicht um ein Glücksspiel handelt, nichts.

In dem Fall der Teilnahme per Telefon gilt nichts anderes, auch hier handelt es sich bei der von der Entertainment Shopping AG veranstalteten „Auktion“ nicht um ein Glücksspiel. Ebenso wie im Fall der Teilnahme per Internet mangelt es bereits an einem Einsatz. Auch am Überschreiten der maßgeblichen Unerheblichkeitsschwelle fehlt es. An der Verfolgung eines ernstesten wirtschaftlichen Zwecks ändert sich im Vergleich zur Internet-Teilnahme nichts. Und auch hier hängt die Entscheidung über Gewinn und Verlust nicht vom Zufall ab.

2. Ebay

Auch im Falle von Auktionen nach dem Muster von ebay liegt keine Strafbarkeit nach § 284 StGB vor. Der Bietende kann hier die Gebote kostenlos abgeben, er muss nicht einmal einen Teilnahmeberechtigungsbeitrag leisten. Zu zahlen sind lediglich Kaufpreis und Versandkosten, so dass es an der Leistung eines Einsatzes fehlt. Auch wird bei solchen Auktionen kein Spielzweck, sondern ein wirtschaftlicher Zweck verfolgt: Verkäufer und Käufer möchten Waren zu einem für sie günstigen Preis erwerben bzw. absetzen. Es liegt damit kein Spiel vor; dass der Gewinn des betreffenden Gegenstandes vom Zufall abhängen kann, kann daher keine Rolle mehr spielen.

VII. Gesamtergebnis

Eine Strafbarkeit wegen unerlaubten Veranstaltens eines Gewinnspiels gem. § 284 StGB kommt in keinem Fall der hier untersuchten Modelle sog. Internet-„Auktionen“ in Betracht. Damit ist auch der eingangs erwähnten denkbaren Strafbarkeit der Plattformnutzer nach § 285 StGB der Boden entzogen.

¹⁰² Dieser Betrag stellt zur Zeit die höchsten Kosten für das Einstellen von Angeboten dar, vgl.

<http://pages.ebay.de/help/sell/fees.html>.