

Akademische Rätin Dr. Bettina Noltenius, Universität Bonn

Quizsendungen von „Neun Live“ und der Tatbestand des Betrugs

Private Fernsehsender wie z.B. der Sender „Neun Live“ bieten für 50 Cent pro Anruf die Teilnahme an Ratesendungen an. Für die strafrechtliche Einordnung dieser Sendungen ist entscheidend, ob sie als Glücks- oder Geschicklichkeitsspiele zu werten sind. Wird dem Zuschauer durch die Moderatoren vorgetäuscht, der Gewinn wäre maßgeblich von seinen Fähigkeiten und Fertigkeiten abhängig (Geschicklichkeitsspiel), ist der Ausgang des Spiels aber tatsächlich vor allem vom Zufall abhängig (Glücksspiel), ist eine Täuschung über Tatsachen i.S.d. § 263 StGB zu bejahen. Anhand des Beispiels einer Quizsendung von „Neun Live“ werden die einzelnen Tatbestandsmerkmale des Betrugs erörtert und im Ergebnis bejaht. Überträgt man zudem - wie es der BGH vorschlägt - die Grundsätze der mittelbaren Täterschaft kraft organisatorischer Machtapparate auf Unternehmen, kommt auch der Geschäftsführer des Senders als mittelbarer Täter in Betracht.

gut 20 Millionen Anrufe pro Monat aufweisen kann und so im vergangenen Jahr rund hundert Millionen Euro umgesetzt hat. Auffallend ist bei den Sendungen, dass - vor allem bei höheren Gewinnsummen - trotz relativ einfacher Fragestellung scheinbar kein Zuschauer die richtige Antwort kennt. Obwohl sich daher schon beim ersten Zuschauen einer Sendung von „Neun Live“ der Verdacht des Betruges aufdrängt, ist dieser in der strafrechtlichen Literatur bisher kaum thematisiert worden.¹

Den Landesmedienanstalten obliegt die Zulassung und Kontrolle sowie die Entwicklung des privaten Rundfunks. Für den in Unterföhrung ansässigen Rundfunksender „Neun Live“, ein Unternehmen der ProSiebenSat.1 Media AG, ist die Bayerische Landeszentrale für neue Medien (BLM) zuständig. Diese hat die Sendegenehmigung des Unterhaltungssenders „Neun Live“ als Spartenprogramm erteilt und verlängert. Auch die Direktorenkonferenz der Landesmedienanstalten (DLM)² sieht in den von „Neun Live“ ausgestrahlten Programmen kein unerlaubtes Glücksspiel i.S. von § 284 StGB. Grund dafür sei, dass die Tele-

I. Problemstellung

Private Fernsehsender bieten über 0190er oder 0137er Telefonnummern immer mehr kostenpflichtige telefonische Gewinnspiele an. Dabei finanzieren sie sich zum überwiegenden Teil aus dieser Einnahmequelle, wie z.B. der Sender „Neun Live“, der

1 Vgl. bisher Schröder/Thiele, Jura 2007, 815; Becker/Albrich/Voß, MMR 2007, 149; zur Frage, ob ein Verstoß gegen § 284 StGB vorliegt Ernst, MMR 2005, 735, 738 ff.

2 Diese setzt sich aus den gesetzlichen Vertretern der Landesmedienanstalten zusammen.

fongebühren je Anruf die Kosten einer Postkarte nicht (oder kaum) überschreiten würden. Eine ausführliche Auseinandersetzung seitens der BLM und DLM mit der Frage, ob nicht möglicherweise ein Betrug vorliegt, ist nicht zu finden. Die BLM verweist auf ihrer Internetseite lediglich auf ein Ermittlungsverfahren, welches bei der Staatsanwaltschaft München im Jahr 2004 anhängig war und in dem diese zu dem Ergebnis kam, „dass sich Vorwürfe der Manipulation, des Betrugs, des unerlaubten Glücksspiels und der Täuschung von Zuschauern nicht erhärtet hatten. Die Geschäftspraxis von 9Live sei in strafrechtlicher Hinsicht ‚nicht zu beanstanden‘. Anklage wurde nicht erhoben.“³

Im Folgenden soll nach Darstellung des sog. Hot-Button-Verfahrens (II.), mit dem „Neun Live“ zum großen Teil arbeitet, einer Beispielsendung „Quizzo“ (III.) und der Abgrenzung zwischen Geschicklichkeitsspiel einerseits und Glücksspiel andererseits (IV.) untersucht werden, ob die beispielhaft aufgezeigte Mitmachsendung nicht doch den Betrugstatbestand (V) erfüllt.

II. Das sog. Hot-Button-Verfahren

Der Zuschauer wählt per Telefon eine 01379-Gewinnnummer, die 50 Cent aus dem Festnetz der Deutschen Telekom AG kostet. Es gibt nach Aussage der „Mitmachregeln“ von „Neun Live“ zur Zeit drei verschiedene Spielmodi zur Anruferauswahl, u.a. den sog. Spielmodus „Hot-Button“. Dabei wird zu einem beliebigen Zeitpunkt nach Aktivierung eines technischen Auswahlmechanismus ein Anrufer ausgewählt, der gerade in diesem Moment anruft. Die Auswahl der Anrufe erfolgt dabei über einen „externen Telefon-Dienstleister, der hierzu verschiedene technische Mechanismen einsetzt, um die große Anzahl der eingehenden Anrufe zu bewältigen. Daher bietet ein Anruf, der Telefonkosten produziert, allein noch keine Gewähr dafür, in das Studio durchgestellt zu werden und zu gewinnen“.⁴ Der ausgewählte Anrufer werde in das Studio direkt durchgestellt und könne dort das Rätsel lösen.⁵ Die anderen Teilnehmer erhalten eine Meldung, dass ihr Anruf leider erfolglos war. Nicht angegeben wird vom Moderator die Dauer des Zeitraums, wann der „Hot Button“ „zuschlägt“. Es kann hier eine nicht unerhebliche Zeit vergehen.⁶ In den Mitmachregeln nicht zu finden sind die folgenden weiteren Hintergründe: Die 01379-Nummer ist eine „Rufnummer für den Massenverkehr zu bestimmten Zielen“ (MABEZ), die zwischen 1.200 und 96.000 Anrufe pro Minute registrieren kann. Zudem ist dem „Hot Button“, wie immer bei der MABEZ, ein sog. „Switch“ vorgeschaltet, der nur 10% bis 30% der Anrufe an das eigentliche System weiterleitet, um große Zahlen von Anrufen handhaben zu können.⁷ Selbst bei langer Aktivierung des „Hot Button“ sind damit die Chancen des einzelnen Anrufers, ins Studio durchgestellt zu werden, sehr gering.

III. Beispiel „Quizzo“

Im Folgenden soll ein Beispiel für eine Ratesendung von „Neun Live“ gegeben werden. Der Name der Sendung ist „Quizzo“.⁸ Folgendes Rätsel sollte gelöst werden: „Ein Geißbock steht auf 2 Grundstücken! Der Kopf befindet sich auf Grundstück A. Der Körper auf Grundstück B. Wem gehört die Milch.“

Durch große Schriftzeichen auf dem Bildschirm wird deutlich, dass der Anrufer 5 000-€ gewinnen kann. Hinzukomme eine Geldleitung, so dass ein Gewinn von 6 000,- bis 15 000,-€ möglich sei. Was unter einer Geldleitung zu verstehen ist, wird nicht erläutert.⁹ Oben am Bildschirm wird darauf hingewiesen, dass die Teilnahme erst ab 18 Jahren möglich ist. Am unteren Ende des Bildschirms wird eine Telefonnummer (01379/444

999) mit dem Hinweis angegeben, dass ein Anruf aus dem deutschen Festnetz 50 Cent kostet. Nicht genannt wird, wie viele Leitungen es gibt, ob und wie viele freigeschaltet sind. Der Moderator sagt nur: „Die Leitung muss getroffen werden. Die Geldleitung können Sie mega-schnell treffen.“ Vom Moderator wird u.a. weiter erklärt: „Es muss einen cleveren Menschen geben, der das lösen kann. Sie brauchen kein Jurastudium. Wie war das mit dem Apfelbaum auf Grundstück A und B?“ Dabei betont er immer wieder, dass es sich hier um eine Quizfrage handelt.

Ruft man die angegebene Telefonnummer an, erfolgt eine automatische Ansage: „Geldleitung mit 5 000,- € Diesmal leider nicht. Probieren Sie es gleich nochmal. Dieser Anruf kostet Sie 50 Cent.“ Der Moderator erläutert weiter: „Diese Frage ist fies. Die meisten Menschen, sie denken, sie werden scheitern. Lesen Sie sich die Frage durch. Sie müssen nicht den Anwalt anrufen. Es handelt sich um eine Quizfrage uryi keine Jura-Abschlussfrage“. Darauf folgt die Aussage: „Ich weiß, dass um diese Uhrzeit (22.01 Uhr) nicht so viele zuschauen. Gleich kommt das nächste Spiel. Es kann jetzt jede Sekunde hier klingeln. (...) Jetzt kommt der Countdown. Ich zähle von 10 auf Null. Diese Frage ist neu, sie ist schwierig ...“. Ruft der Zuschauer jetzt an, ertönt wieder die automatische Ansage: „Geldleitung 1 300 - € Diesmal leider nicht. Sie können es gleich nochmal probieren. Dieser Anruf kostet Sie 50 Cent.“¹⁰ Aber auch nach Ablauf des Countdowns ist kein Anrufer durchgekommen. Erst ca. 5 Minuten später wird ein Anrufer ins Studio gestellt und nennt die richtige Antwort.

Zusammenfassend steht fest: Es wird zunächst suggeriert, dass die Antwort auf die Frage schwer sei, nicht demgegenüber die Möglichkeit, die richtige Leitung zu treffen. Im Gegenteil: der Moderator meint, dass zu dieser Uhrzeit nur wenige zuschauen und die Chance damit besonders hoch wäre. Nach dieser Aussage ist also die Schnelligkeit des Anrufs von entscheidender Bedeutung. Wer zügig anruft und die richtige Lösung nennt, hat eine große Gewinnchance. Wie es der Zufall will, wird aber erst am Ende der Sendung, als die Sendezeit eigentlich schon vorbei ist, die richtige Leitung und Antwort von einem Zuschauer gefunden.

Bevor auf die Frage eingegangen werden soll, ob das Verhalten der Moderatoren den Betrugstatbestand erfüllt oder nicht, soll untersucht werden, ob es sich bei einem Spiel, welches mit dem „Hot-Button-Verfahren“ arbeitet, um ein Glücksspiel oder Geschicklichkeitsspiel handelt. Die Einordnung ist insofern von Bedeutung, als sie für die Klärung der Frage des Merkmals der Täuschung erforderlich ist. Es ist möglich, dass der Moderator das Quiz als Geschicklichkeitsspiel ausgibt, während es tatsäch-

3 www.blm.de/inter/de/pub/die_blm/fragen_und_antworten. Vgl. zur Einstellung des Verfahrens durch die Staatsanwaltschaft München I auch *Ernst*, MMR 2005, 735, 738.

4 www.neunlive.de/service/mitmachregeln.

5 Vgl. zu den verschiedenen Varianten des „Hot-Button-Verfahrens“: www.neunlive.de/service/mitmachregeln.

6 Vgl. auch *Ernst*, MMR 2005, 736.

7 *Becker/UlbrichNoß*, MMR 2007, 149, 150.

8 Das Wort „Quiz“ kommt aus dem englisch-amerikanischen und heißt wörtlich übersetzt „schrulliger Kauz, Neckerei, UIK“. So verstanden könnte man meinen, bei dem sogenannten Spiel gehe es nicht um ein Gewinnspiel, sondern bloß um einen Scherz, was denn auch die nachfolgende Frage zeigt.

9 Vgl. aber hierzu die Mitmachregeln von 9Live unter www.neunlive.de/service/mitmachregeln: sog. Money-Line: Der Anrufer hat hier die Möglichkeit, „eine durch Bildschirmeinblendungen kommunizierten Geldleitungen zu ‚erwischen‘ und erhält den für die getroffene Leitung ausgewiesenen Geldbeitrag zusätzlich zu der ausgelobten Gewinnsumme, falls er die Rätselfrage richtig beantwortet.“

10 Obwohl der Zuschauer insgesamt nur dreimal angerufen hat, sieht er später auf seiner Telefonrechnung von der Telekom, dass nicht - wie vermutet - 1,50 € abgebucht wurden für das Telefon"gespräch", sondern über 2,00 €

lieh ein Glücksspiel ist. Es drängt sich dabei ein Vergleich mit sog. Hütchenspielen¹¹ auf. Für diese Spiele wurde Anfang der 90er Jahre im Bundestag erörtert, ob das „organisierte betrügerische sogenannte Hütchenspiel unter Strafe gestellt“ werden sollte, welches von der Bundesregierung „mit Unbehagen und nicht ohne Sorge“ betrachtet wurde.¹² Es wurde aber von einem eigenen Straftatbestand für das „betrügerische Hütchenspiel“ abgesehen, weil es schon von § 284 StGB und § 263 StGB erfasst werde.

IV. Einordnung des Spiels „Quizzo“ als Glücksspiel oder Geschicklichkeitsspiel

Der BGH hat in Anlehnung an die Rechtsprechung des Reichsgerichts bei der Unterscheidung eines Spiels als Geschicklichkeits- oder Glücksspiel auf die jeweilige Spielweise und die Frage abgestellt, inwieweit der Ausgang des Spiels von den Fähigkeiten und Fertigkeiten des Spielers oder maßgeblich vom Zufall abhängt.¹³ Dabei seien die „Spielverhältnisse zugrunde zu legen, unter denen das Spiel eröffnet ist und gewöhnlich betrieben wird, also die Fähigkeiten und Erfahrungen des Durchschnittsmenschen und damit die sich aus ihnen in Anbetracht der Fertigkeiten des jSpielmachers' und der Beschaffenheit des Spielmaterials ergebenden Chancen".¹⁴ So könnten die einzelnen Spielvorgänge einerseits so ablaufen, dass an die Konzentrations- und Merkfähigkeit des Mitspielers besondere Anforderungen gestellt würden. Das sei dann der Fall, wenn die verwendeten „Hütchen“ relativ langsam bewegt würden. Andererseits könnten die Schiebe- und Wechselakte derart schnell vollzogen werden, dass ein durchschnittlicher Mitspieler keine Gewinnaussichten habe. **Auch** sei zu berücksichtigen, dass der Spielmacher es in der Hand habe, wie lange das Spiel dauere. Je länger er dessen Ende hinauszögere, desto ungünstiger sei die Position des Mitspielers.¹⁵

Ein Geschicklichkeitsspiel liege also dann vor, wenn „nach den Spieleinrichtungen und Spielregeln (...) der Durchschnitt der Personen, denen das Spiel eröffnet ist, es mit hoher Wahrscheinlichkeit in der Hand hat, durch Geschicklichkeit den Ausgang des Spiels zu bestimmen, mag auch die Geschicklichkeit nicht bei allen Spielern vorhanden sein.“¹⁶ Es handelt sich demgegenüber um ein Glücksspiel, „wenn die Wahrscheinlichkeit, auf den Ausgang durch Geschicklichkeit einzuwirken, für den Durchschnitt der in Betracht kommenden Spieler so gering ist, daß bei der Mehrzahl der Einzelspiele hiermit nicht zu rechnen ist, mögen auch einzelne Spieler die hierfür erforderliche besondere Geschicklichkeit besitzen.“¹⁷ Die Besonderheit von „Quizzo“ liegt darin, dass zur Beantwortung der Frage ein intellektueller Aufwand erforderlich ist, unabhängig davon, ob die Frage als einfach oder schwierig zu beurteilen ist. Aus diesem Grunde, so könnte man meinen, handelt es sich nicht um ein Glücks-, sondern ein Geschicklichkeitsspiel. Denn nur bei richtiger Antwort wird der Gewinn ausgeschüttet.¹⁸ Zu berücksichtigen ist jedoch, dass aufgrund des eingeschalteten Zufallsgenerators für das Spiel letztlich nicht das Wissen, sondern der Zufall hinsichtlich der (geringen) Möglichkeit, ins Studio durchgestellt zu werden, entscheidend ist. Der Einordnung als Glücksspiel steht auch nicht entgegen, dass während der Sendung tatsächlich ein Zuschauer ins Studio gelangt und eine Gewinnmöglichkeit hat. Denn die weit überwiegende Mehrzahl der Anrufer wird gerade nicht durchgestellt, sondern ihr Anruf ist vergeblich. Um überhaupt die Möglichkeit zu haben, an dem Quiz mitzuwirken, ist damit der Zufall entscheidend, ob der Zuschauer mit seinem Anruf ins Studio gelangt oder nicht, und dies ist reine Glückssache.¹⁹ Damit liegt der besondere Vorwurf gegenüber dem Moderator darin, dass er vorgibt, es handele sich um ein Geschicklichkeitsspiel, während das Spiel aufgrund seiner be-

sonderen Ausgestaltung hinsichtlich der Spielweise ein Glücksspiel ist.

Vor diesem Hintergrund ist im Folgenden die Vorgehensweise der Moderatoren von „Neun Live“ als Betrug näher zu beleuchten. Dabei ist angesichts der BGH-Rechtsprechung zu sog. organisatorischen Machtapparaten auch zu überlegen, ob nicht der Geschäftsführer des Senders als mittelbarer Täter einzustufen ist.

V. Der Tatbestand des Betruges

Voraussetzung für den objektiven Betrugstatbestand sind vier Merkmale: Durch Täuschung wird bei dem Verletzten ein Irrtum hervorgerufen, der zu einer Vermögensverfügung und so zu einem Vermögensschaden führt. Problematisch für die vorliegende Fallkonstellation sind die Tatbestandsmerkmale der Täuschung über Tatsachen und der Vermögensschaden.

1. Täuschung über Tatsachen und Hervorrufen eines Irrtums

Täuschung ist das Einwirken auf das intellektuelle Vorstellungsbild eines anderen mit dem Ziel, eine Fehlvorstellung über Tatsachen hervorzurufen.

d) Tatsachen oder Werturteile

Es stellt sich zunächst die Frage, ob die Aussage des Moderators, „die Frage ist schwer zu beantworten“ bzw. „zu dieser Zeit schauen nicht mehr so viele zu“ eher „marktstreuerischer Charakter“ hat und damit ein bloßes Werturteil bzw. eine Meinungsäußerung ist. Tatsachen sind Zustände der Vergangenheit oder Gegenwart, die dem Beweis zugänglich sind, während ein Werturteil oder Meinungsäußerungen jeglichen Tatsachenkern entbehren oder nach allgemeiner Auffassung des Verkehrs nicht als Tatsachenbehauptung angesehen werden, weil in der Äußerung das subjektive Meinen, Dafürhalten des Äußernden offen erkennbar ist.²⁰ Dabei ist die Grenze zwischen Tatsache und subjektivem Meinen fließend. Abzustellen ist weniger darauf, wie

11 In dem Fall, den der BGH (St 36,74) zu entscheiden hatte, ging es um folgende FaUkonstellation: Der Angeklagte nutzte die Einschubfächer von drei Streichholzschachteln (als Hütchen) und eine kleine Kugel. Nachdem er diese über eines der „Hütchen“ gestülpt hatte, schob er alle drei möglichst schnell mit beiden Händen hin und her. Dabei wechselte er das zum Verbergen verwendete „Hütchen“ häufiger aus. Dem Gegenspieler oblag es, die Vorgänge so genau zu verfolgen, dass er dasjenige „Hütchen“ angeben konnte, unter dem die Kugel zuletzt lag. Als Einsatz hatte er einen bestimmten Geldbetrag zu leisten. Für den Fall, dass er das richtige „Hütchen“ nannte, stand ihm ein Gewinn in doppelter Höhe seines Einsatzes zu, im anderen Fall war sein Einsatz verloren.

12 BT-Drucks. 12/1176, 12 f.

13 Auch das Reichsgericht hat keine generelle Klassifizierung von bestimmten Spielen als Geschicklichkeits- oder Glücksspiel vorgenommen, sondern auf die jeweiligen Spielverhältnisse abgestellt; RGSt 41, 331; 62, 163, 166.

14 BGHSt 36,74, 30.

15 BGHSt 36, 74, 79; vgl. auch LG Frankfurt, NJW 1993, 945; Sack, NJW 1992, 2540; LK-von Bubnoff, StGB, 11. Aufl., 2005, § 284 Rn. 10.

16 RGSt 62, 163, 166; LK-von Bubnoff, StGB, 11. Aufl., 2005, § 284 Rn. 9.

17 RGSt 62, 163, 166; LK-von Bubnoff, StGB, 11. Aufl., 2005, § 284 Rn. 7.

18 Aus diesem Grund nimmt Ernst MMR 2005, 739 auch ein Geschicklichkeitsspiel an.

19 Ein weiterer Vorwurf könnte darin zu sehen sein, dass es der Moderator in der Hand hat, wann eine Leitung freigeschaltet wird. Würde eine Freischaltung erst am Ende der Sendung erfolgen, läge hierin eine zusätzliche Täuschung. Dieser Fall kann mit den sog. Lotteriefällen, in denen das Hauptgewinnlos erst am Ende der Lotterie zu den anderen gemischt wird, verglichen werden. Siehe hierzu RGSt 62, 393, 395 f.; BGHSt 8, 289.

20 Otto, Grundkurs Strafrecht, 7. Aufl., 2005, § 51 Rn. 10; NK-Kindhäuser, StGB, 2. Aufl., 2005, Rn. 73; 85; S/S-Cramer/Perron, StGB, 27. Aufl., 2006, § 263 Rn. 8 f.; Fischer, StGB, 55. Aufl., 2008, § 263 Rn. 6, 8; RGSt 55, 131; BGHSt 48, 331, 344.

die Form der Äußerung oder die sinnliche Wahrnehmbarkeit des Äußerungsgegenstandes geartet ist, sondern darauf, ob sich aus dem Erklärungswert der Äußerung ein objektivierbarer Tatsachenkern ergibt.²¹ Dabei können auch innere Tatsachen (Überzeugungen) einen objektivierbaren Kern aufweisen. So kann ein Urteil zugleich eine Tatsachenbehauptung enthalten, der Urteilende sei von der Richtigkeit seines Urteils überzeugt oder zu der Abgabe des Urteils aufgrund besonderer Sachkunde befähigt.²²

Die Art und Weise der Äußerung des Moderators von „Neun Live“ hat zwar auch reklamehaftes an sich, indem er übertriebene Redewendungen und Floskeln verwendet. Die Aussage enthält aber ebenso einen Tatsachenkern, nämlich dass derjenige, der besonders schnell anruft, eine besonders hohe Gewinnchance hat. Wegen der späten Sendezeit und der Schwierigkeit der Frage riefen nur wenige an. Insofern handelt es sich hier nicht um ein bloßes Werturteil, sondern um eine Tatsache.²³

Es geht schließlich auch nicht nur um ein zukünftiges Ereignis, welches nicht vorausberechenbar wäre. Zwar erfolgt die Ausschüttung des Gewinns erst in Zukunft, aber die Aussage des Moderators bezieht sich auf gegenwärtige Umstände, ein möglichst schneller Anruf könne die Gewinnchance erhöhen.²⁴

b) Konkludente Täuschung durch den Moderator

Eine Täuschung über Tatsachen kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen.²⁵ Erstere liegt hier indes nicht vor, da der Moderator nicht ausdrücklich versichert, es gehe nur um ein Geschicklichkeitsspiel.²⁶ Es handelt sich hier um eine konkludente Täuschung. Ein solche ist gegeben, wenn der Täter die Unwahrheit zwar nicht expressis verbis zum Ausdruck bringt, aber miterklärt.²⁷ Entscheidend ist dabei, welcher Erklärungsgehalt dem Gesamtverhalten des Täters nach der Verkehrsanschauung zukommt.²⁸ Diese ist nach objektiven Maßstäben der jeweiligen Verkehrsweise hinsichtlich des konkret in Frage stehenden Geschäftstyps zu bestimmen. Dabei spielt die Risikoverteilung unter den Vertragspartnern bei verschiedenen Geschäftstypen eine bedeutende Rolle.²⁹ Zwar reicht eine allgemeine Erwartung, der andere werde sich redlich verhalten, für die Annahme einer schlüssigen Erklärung nicht aus, jedoch muss ein Minimum an Redlichkeit im Geschäftsverkehr verbürgt bleiben.³⁰ So enthält der Abschluss eines Rechtsgeschäfts konkludent die Erklärung der Umstände, die den Geschäftstyp ausmachen.³¹ Hier täuscht der Moderator gerade über den Geschäftstyp. Während er suggeriert, es handele sich um ein Geschicklichkeitsspiel, findet in Wirklichkeit ein Glücksspiel statt. Selbst wenn der Moderator nicht ausdrücklich erklärt, jeder Anrufer werde auf jeden Fall durchgestellt, so erklärt er jedenfalls, dass die Chance auf einen Gewinn wegen der späten Sendezeit und der Schwierigkeit der Frage für denjenigen besonders hoch sei, der möglichst schnell anruft. Dass die Chance, tatsächlich ins Studio zu gelangen, aufgrund des sog. Hot-Button-Verfahrens sehr gering ist, übergeht er demgegenüber. Am Ergebnis ändert sich auch nichts, wenn der Sender „Neun Live“ im Internet und Videotext das „Hot-Button-Verfahren“ erläutert. Zwar wird hier darauf hingewiesen, dass „ein Anruf, der Telefonkosten produziert, allein noch keine Gewähr dafür (gibt), in das Studio durchgestellt zu werden und zu gewinnen“. Jedoch wird zum einen nicht daraufhingewiesen, dass die Rufnummer besonders viele Anrufe (1 200 bis 96 000) pro Minute registrieren kann und damit die Chance des einzelnen Anrufers, selbst bei langer Aktivierung des „Hot Button“, tatsächlich durchgestellt zu werden, sehr gering ist. Zum anderen reicht ein solcher Hinweis (der im Übrigen während der Sendung auf dem Sendebild auch nicht erfolgt ist) nicht aus, um eine Täuschung auszuschließen. Selbst wenn auf dem Bildschirm während der Sendung für kurze Zeit auf die Zufälligkeit des Gewinns hingewiesen wird, reicht dies nicht aus, um eine Täuschung zu verneinen. Der Moderator suggeriert mit seinen Aussagen einer-

seits genau das Gegenteil, andererseits muss für den Zuschauer die Geschäftsgrundlage *jederzeit* erkennbar sein.³²

c) Hervorrufen eines Irrtums

Die Moderatoren rufen durch ihr täuschendes Verhalten, es handele sich um ein Geschicklichkeitsspiel, bei dem Zuschauer einen Irrtum hervor, d.i. eine unrichtige Vorstellung über Tatsachen. Für die Irrtumserregung ist es unerheblich, dass der Anrufer möglicherweise nur die Kenntnis von den Sachzusammenhängen hat und nicht das Geschehen im Einzelnen reflektiert. Ausreichend ist vielmehr ein sachgedankliches Mitbewusstsein des Zuschauers in der Weise, dass der Getäuschte aufgrund der ihm bewussten Sachlage davon ausgeht, es sei „alles in Ordnung“.³³ Insbesondere bei einer konkludenten Täuschung, die solche Tatsachen zum Gegenstand hat, deren ausdrückliches Behaupten im besonderen Kontext überflüssig ist, wird auch auf der Empfängerseite das Miterklärte nicht „ausdrücklich“ beachtet, sondern geht unreflektiert in die Entscheidungsgrundlage des Handelnden ein.³⁴ Auch wenn der Anrufer nicht die einzelnen Abläufe der Sendung und die Funktionsweise des „Hot-Button-Verfahrens“ kennt, vertraut er auf die (unrichtigen) Angaben des Moderators, es handele sich um ein Geschicklichkeitsspiel, während es tatsächlich ein Glücksspiel ist. Selbst wenn der Anrufer möglicherweise Zweifel an der Richtigkeit der Äußerungen hat, hindern sie einen Irrtum nicht, da auch der zweifelnde, aber schließlich doch überzeugte Anrufer einer Fehlvorstellung unterliegt.³⁵

d) Betrug in mittelbarer Täterschaft durch den Geschäftsführer (Hintermann) von „Neun Live“?

Der Geschäftsführer selbst täuscht die Zuschauer nicht unmittelbar, da er nicht - wie die Moderatoren - im Studio auftritt. Ihm

21 S/S-Cramer/Perron, StGB, 27. Aufl., 2006, § 263 Rn. 9; Fischer, StGB, 55. Aufl., 2008, § 263 Rn. 8; BGHSt 48, 331, 344 m. Anm. Beulke JR 2005, 37.

22 S/S-Cramer/Perron, StGB, 27. Aufl. 2006, § 263 Rn. 10; NK-Kindhäuser, StGB, 2. Aufl., 2005, Rn. 76; Fischer, StGB, 55. Aufl., 2008, § 263 Rn. 7; BGHSt 15, 26 f.; BGH NJW 1981, 2131, 2132. OLG Köln NJW 1967, 740.

23 So auch Becker/Ulbrich/Voß, MMR 2007, 149, 152; Schröder/Thiele, Jura 2007, 815, 816.

24 Vgl. auch Becker/Ulbrich/Voß, MMR 2007, 149, 152, Schröder/Thiele, Jura 2007, 815, 816.

25 S/S-Cramer/Perron, StGB, 27. Aufl., 2006, § 263 Rn. 11; NK-Kindhäuser, 2. StGB, Aufl., 2005, Rn. 109; Fischer StGB, 55. Aufl., 2008, § 263 Rn. 12; BGH NJW 1995, 539; BGH NJW 2007, 782, 784.

26 So auch Becker/Ulbrich/Voß, MMR 2007, 149, 151 Fn. 19.

27 S/S-Cramer/Perron, StGB, 27. Aufl., 2006, § 263 Rn. 14/15; MK-Hefendehl, StGB, Bd. 4, 2006, § 263 Rn. 93; BGH NJW 1995, 539; BGH NSZ 2002, 144; zuletzt BGH wistra 2007, 102, 104 = NJW 2007, 782, 784 (sog. Hoyzer-Fall).

28 S/S-Cramer/Perron, StGB, 27. Aufl., 2006, § 263 Rn. 14/15; Fischer, StGB, 55. Aufl., 2008, § 263 Rn. 12; BGH NJW 1995, 539.

29 S/S-Cramer/Perron, StGB, 27. Aufl., 2006, § 263 Rn. 14/15; MK-Hefendehl, StGB, Bd. 4, 2006, § 263 Rn. 86; BGHR StGB § 263 Abs. 1 Täuschung 22; zuletzt BGH wistra 2007, 102, 104 = NJW 2007, 782, 784.

30 S/S-Cramer/Perron, StGB, 27. Aufl., 2006, § 263 Rn. 14/15; NK-Kindhäuser, StGB Bd. 2, 2. Aufl., 2005, § 263 Rn. 155; BGH NJW 2007, 782, 784.

31 S/S-Cramer/Perron, StGB, 27. Aufl., 2006, § 263 Rn. 16e.

32 Vgl. ausführlich zur Täuschungshandlung durch den Moderator Schröder/Thiele, Jura 2007, 815, 816 f.

33 RGSt 70, 225, 227; BGHSt 2, 325, 326; OLG Hamburg NJW 1982, 768 f.; S/S-Cramer/Perron, StGB, 27. Aufl., 2006, § 263 Rn. 39; SK-Hoyer StGB 7. Aufl., 2004, § 263 Rn. 65; LK-Tiedemann, StGB, 11. Aufl., 2000 § 263 Rn. 79, 83.

34 UL-Tiedemann, StGB, 11. Aufl., 2000 § 263 Rn. 83.

35 Otto, Grundkurs Strafrecht, 7. Aufl., 2005, § 51 Rn. 22; S/S-Cramer, StGB, 27. Aufl., 2007, § 263 Rn. 40; BGHSt 47, 88; BGH NJW 2003, 1198. Vgl. auch Schröder/Thiele, Jura 2007, 815, 818, die zudem die Frage einer möglichen Berücksichtigung der Mitverantwortung der Anrufer näher diskutieren, jene aber zu Recht verneinen, da auch leichtgläubige Opfer in den Schutzbereich des Betrugstatbestandes fallen müssen.

könnte aber nach den Grundsätzen der mittelbaren Täterschaft / kraft organisatorischer Machtapparate, die nach der Rechtsprechung des BGH auch auf Unternehmen Anwendung finden, die; Täuschungshandlung der Moderatoren zugerechnet werden. Nach dem BGH gibt es bestimmte Fallgruppen, in denen „trotz! des uneingeschränkt verantwortlich handelnden Tatmittlers der Beitrag des Hintermanns nahezu automatisch zu der von diesem Hintermann erstrebten Tatherrschaft führt“.³⁶ Das sei dann der Fall, wenn er „durch Organisationsstrukturen bestimmte Rahmenbedingungen ausnutzt, innerhalb derer sein Tatbeitrag regelhafte Abläufe auslöst“.³⁷ Solche Rahmenbedingungen kämen „insbesondere bei staatlichen, unternehmerischen oder geschäftsähnlichen Organisationsstrukturen (...) in Betracht“.³⁸ Handele der Hintermann in Kenntnis dieser Umstände und nutze er die unbedingte Bereitschaft des unmittelbar Handelnden, den Tatbestand zu erfüllen, aus, sei er mittelbarer Täter, soweit er den Erfolg als Ergebnis seines eigenen Handelns wolle.³⁹ Als Geschäftsführer von „Neun Live“ hat er ein Interesse daran, dass möglichst viele Zuschauer anrufen. In seiner Funktion hat er einen gegenüber den einzelnen Moderatoren überragenden Einfluss auf die Sendungen. Selbst wenn er die Spiele nicht selbst konzipiert, sondern die Aufgaben weitgehend von anderen entwickeln lässt, ist er für den Inhalt des Programms verantwortlich. Auch in den Ablauf der einzelnen Sendungen greift er unter Umständen ein. Nach eigenen Angaben beobachtet er die Sendungen und gibt den Moderatoren Anweisungen: „Natürlich rufe ich auch schon mal in einer Sendung an, wenn mir was nicht passt.“⁴⁰ Seine Mitarbeiter sind zudem in hohem Maße von ihm abhängig und austauschbar, sie müssen die Voraussetzungen erfüllen, die der Geschäftsführer ihnen vorgibt. So erklärt er: „Wir sind ein Durchlauferhitzer, und wir brauchen Bewegung, was Gesichter angeht. Die machen hier alle einen harten Job. Wer sich durchsetzt, ist gut, wer nicht, verlässt uns wieder. Einen Rentenvertrag hat hier kaum jemand.“⁴¹ Dem Geschäftsführer ist seine Tatherrschaft bewusst und die Umstände, auf denen sie beruhen, sind ihm bekannt. Auch wenn eine eigenhändige Beteiligung bei der tatbestandlichen Ausführungshandlung seitens des Geschäftsführers nicht besteht, steht dies nach der Rechtsprechung des BGH der Annahme einer täterschaftlichen Beteiligung nicht entgegen.⁴² Fast man die Rechtsprechung des BGH zusammen, erfüllt das Verhalten des Geschäftsführers den Tatbestand des Betrugs in mittelbarer Täterschaft.

Demgegenüber ist jedoch kritisch einzuwenden, dass die Konstruktion der „Täterschaft kraft organisatorischer Machtapparate“ eine willkürliche Zuschreibung fremder Handlungen darstellt. Anders als ein technischer Apparat ist der Mensch gerade nicht einer reinen Naturkausalität unterworfen, so dass sich allein durch die Schaffung einer besonderen Organisationsform keine Tatherrschaft des Hintermanns begründen lässt. Eine solche Konstruktion führt zudem dazu, dass für die Frage der Strafbarkeit nicht die konkrete Tat entscheidend ist, sondern die hypothetische Annahme, die unmittelbar Handelnden seien austauschbar. Dabei ist es im Strafrecht anerkannt, dass hypothetische Verläufe unberücksichtigt bleiben müssen.⁴³

2. Vermögensverfügung

Bedingt durch den Irrtum tätigt der Anrufer auch eine Vermögensverfügung. Er mindert sein Vermögen um 50 Cent/pro Anruf⁴⁴, weil durch die Wahl der Nummer eine Forderung entsteht und zwar auch dann, wenn er nicht ins Studio durchgestellt wird.

3. Vermögensschaden

Ein Vermögensschaden des nicht ins Studio durchgestellten Anrufers ist ebenfalls zu bejahen, da sein Vermögen im Vergleich zu

der Vermögenslage vor und nach Eingehen der Verbindlichkeit gemindert ist.

a) Vermögensbegriff

Unabhängig von dem Streit um den Vermögensbegriff⁴⁵, besteht Einigkeit darüber, dass unbestimmten Aussichten oder Hoffnungen kein Vermögenswert zukommt. Jedoch sind selbst nach einer engen Auffassung, die eine „reale Herrschaftsbeziehung“⁴⁶ zu einem bestimmten Gut bzw. ein „Haben“⁴⁷ voraussetzt, auch Anwartschaften, Gewinn- und Erwerbchancen dann Vermögensbestandteile, soweit sie derart konkretisiert und individualisiert sind, dass sie als selbständige Bestandteile des Vermögens angesehen werden können. Dies gelte für Gewinnchancen bei Auslosungen, Lotto, Toto usw., soweit diese Chancen in Losen oder Berechtigungschein konkretisiert und individualisiert sind und damit eigenständige Wirtschaftsobjekte geworden seien.⁴⁸ Für den Anrufer von „Neun Live“ besteht wegen der vertraglichen Grundlage „Geschicklichkeitsspiel“ eine konkrete, individuelle Gewinnchance. Der Zuschauer meint, er habe eine reale Gewinnchance, wenn er nur schnell genug anruft und die Frage richtig beantwortet. Damit fällt die (angeblich) hohe Gewinnchance grundsätzlich unter den Vermögensbegriff.⁴⁹

b) Vermögensschaden

Zu überlegen ist aber weiter, ob dem Anrufer insofern überhaupt ein Schaden entsteht, als er für sein Telefonat auch tatsächlich eine Gegenleistung, die Telefonverbindung, erhält.

Ein Schaden liegt dann vor, wenn der wirtschaftliche Gesamtwert des Getäuschten durch seine Verfügung vermindert wird, d.h. wenn entweder die Aktiven ihrem Wert nach verringert wer-

36 BGHSt 40, 218 (236); BGH NJW 2000, 443, 448; vgl. auch die Rechtsprechung des BGH zur Feststellung der Täterschaft kraft Organisationsstruktur im Rahmen eines Unternehmens wistra 1998, 148; NSZ 1997, 544.

37 BGHSt 40, 218 (236).

38 BGHSt 40, 218 (236).

39 BGHSt 40, 218 (236); kritisch zur Konstruktion der mittelbaren Täterschaft „kraft organisatorischer Machtapparate“ *Murmann*, GA 1996, S. 275 278 f.; *Rotsch*, NSZ 1998, 491, 492 f. *Verf.*, Kriterien der Abgrenzung von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft, 2003, S. 90, 132, 319. Kritisch auch zur mittelbaren Täterschaft aufgrund organisierter Machtapparate in wirtschaftlichen Unternehmen *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 8. Aufl., 2006, S. 715 f. m.w.N.

40 *Seewald*, F.A.Z., 24. 10.2005, Nr. 247, S. 42 (aus einem Interview mit dem Geschäftsführer von 9Live Jürgen Wolter).

41 *Seewald*, F.A.Z., 24. 10. 2005, Nr. 247, S. 42.

42 Vgl. auch BGH wistra 1998, 148, 150 (Betrug durch Fortführung eines Betriebs trotz Zahlungsunfähigkeit durch einen faktischen Geschäftsführer); BGH NSZ 1997, 544 (zur Strafbarkeit des Geschäftsführers wegen Gewässerverunreinigung).

43 Vgl. hierzu *Murmann*, GA 1996, S. 275 278 f.; *Rotsch*, NSZ 1998, 491, 492 f. *Verf.*, Kriterien der Abgrenzung von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft, 2003, S. 90, 132, 319. In Betracht kommt aber eine Strafbarkeit des Geschäftsführers wegen Anstiftung zum Betrug.

44 In den Gewinnspielregeln der Landesmedienanstalten („Anwendungs- und Auslegungsregeln der Landesmedienanstalten für die Aufsicht über Fernseh-Gewinnspiele“) von Oktober 2005 stellen gemäß 1.1. „die Kosten i.H.v. 49 Cent/Anruf aus dem deutschen Festnetz den Höchstbetrag“ dar. Dennoch zahlt der Anrufer inzwischen 50 Cent/Anruf. Zwar stellt 1 Cent keinen enormen Betrag dar, weshalb die Landesmedienanstalten vermutlich auch nicht einschreiten, multipliziert man diesen jedoch mit der Anzahl der Anrufer pro Jahr, ergibt sich eine nicht unerhebliche Summe.

45 Vgl. zum Begriff des Vermögens ausführlich *NK-Kindhäuser*, StGB Bd. 2, 2. Aufl., 2005, § 263 Rn. 16 ff.

46 *Otto*, Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes, 1970, S. 46.

47 *Gallas*, in: Eb. Schmidt-FS, S. 411.

48 *Otto*, Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes, 1970, S.46f.; *Gallas* in: Eb. Schmidt-FS, S.411f.; zusammenfassend *LK-Tiedemann*, 11. Aufl., 2005, § 263 Rn. 135; *MK-Hefendehl*, StGB, Bd. 4, 2006, § 263 Rn. 392; BGH NJW 1982, 1165; BGH NJW 2007, 782, 784.

49 Ebenso *Schröder/Thiele*, Jura 2007, 815, 819.

den oder neue Verbindlichkeiten entstehen, ohne dass diese Einbuße durch einen unmittelbaren Zuwachs voll ausgeglichen wird (sog. Gesamtsaldierung).⁵⁰

Der Anrufer bei „Neun Live“ erhält zwar die den 50 Cent entsprechende Telefonverbindung⁵¹, und es liegt auch eine freiwillige Vermögensminderung vor. Fraglich ist jedoch, ob dies die vertragliche Gegenleistung ist. *Becker/Ulbrich/Voß* gehen davon aus, dass als Gegenleistung allein die Telefonverbindung zu betrachten ist. „Eine Verbindung kann nämlich schlicht nicht billiger erlangt werden. Wenn man so will, entsprechen [euro] 0,49 ihrem Marktwert. Deswegen kann auch nicht darauf abgestellt werden, dass die Verbindung/Teilnahmemöglichkeit wegen der geringeren Gewinnchancen weniger wert ist, als es dem Anrufer durch den Moderator angekündigt worden ist. Denn ungeachtet dessen zahlt der Anrufer den Preis, der marktüblich ist. Die darüber hinausgehende Hoffnung auf ein besonders günstiges Geschäft wird (...) grundsätzlich nicht geschützt.“⁵² Die Autoren verneinen daher einen objektiven Schaden, nehmen aber einen Vermögensschaden nach den Grundsätzen des persönlichen Schadenseinschlags an.⁵³ Danach ist in ganz bestimmten Fällen ein Vermögensschaden ausnahmsweise auch dann anzunehmen, wenn das getäuschte Opfer eine Gegenleistung erwirbt, die zwar objektiv den Wert der von ihm gezahlten Vertragssumme erreicht, die aber aufgrund der persönlichen Verhältnisse, Bedürfnisse und Zwecke für das Opfer einen Schaden darstellt.⁵⁴ Das Verneinen eines tatsächlichen Vermögensschaden und die Bejahung eines persönlichen Schadenseinschlags ist aber irrig.⁵⁵ Zwar ist es richtig, dass eine Verbindung für die 50 Cent hergestellt wird, jedoch ist gerade nicht allein auf diese abzustellen. Denn beispielsweise ist auch das Geld, welches das Opfer für ein sog. Hütchenspiel ausgibt, seinen Preis wert oder das Los, welches verkauft wird, auch wenn sich der Hauptgewinn (noch) nicht unter den Losen befindet, aber dennoch andere Preise zu gewinnen sind. Entscheidend ist vielmehr das Verhältnis zur versprochenen Gegenleistung. Es wurde ein Geschicklichkeitsspiel angeboten und unter dieser Voraussetzung auch der Anruf getätigt, in Wirklichkeit handelt es sich aber um ein Glücksspiel. Damit entspricht das gezahlte Entgelt nicht der versprochenen Gegenleistung, nämlich einer besonders hohen Gewinnchance.⁵⁶ Die vorgetäuschte, aber geschuldete Gegenleistung wird damit nicht erbracht.⁵⁷ So sieht auch der BGH einen Betrug gerade darin, „daß dem Opfer ein Geschicklichkeitsspiel angeboten wird, der Veranstalter jedoch von Anfang an die Absicht hat, allenfalls ein Glücksspiel (...) zu spielen. Das Opfer, das sein Geld bei dem unerwarteten Glücksspiel verliert, erleidet einen Vermögensschaden, denn es hat sein Geld im Vertrauen auf die bei dem ihm zunächst vorgegaukelten Geschicklichkeitsspiel wesentlich größere Gewinnchance aus der Hand gegeben.“⁵⁸ Ebenso haben das Reichsgericht und ihm folgend der BGH beim betrügerischen Losverkauf einen Vermögensschaden bejaht.

„Jedem Spieler (stand) vertraglich als Gegenleistung für den Einsatz die planmäßige Ziehung des Loszettels zu (...), bei der sich alle noch nicht gezogenen Gewinnlose in den Lostrommeln zu befinden hatten. Dadurch, daß das nicht der Fall war, verringerte sich die ihm als Vertragserfüllung gebührende Gewinnmöglichkeit; was ihm infolge der Macheschaften der Angeklagten unter dem Anschein planmäßiger Ausspielung als Vertragserfüllung gewährt wurde, hatte demgemäß einen geringeren Vermögenswert, als die nach dem Spielplan wirklich geschuldete Gegenleistung des Ausspielunternehmers. Wenn ein Spieler durch den irrigen Glauben, daß die Ausspielung planmäßig vor sich gegangen sei, veranlaßt wurde, die ihm nachteilige planwidrige Losziehung als Vertragserfüllung hinzunehmen und gelten zu lassen, so verschlechterte sich seine Vermögenslage ohne weiteres dadurch, daß er die ihm gebotene Leistung als Erfüllung annahm (vgl. § 363 BGB).“⁵⁹

Dieser Fall ist auch von den Fällen zu unterscheiden, in denen es um eine bewusste Selbstschädigung geht, bei denen zum Teil die Auffassung vertreten wird, sie fielen nicht unter den Betrugstatbestand.⁶⁰ Diese Ansicht betont, dass § 263 StGB das Vermögen

als wirtschaftlichen Wert und nicht die Dispositionsfreiheit des Einzelnen schütze. Bei einer bewussten Selbstschädigung gebe der Getäuschte gerade sein Vermögen freiwillig und bewusst preis. Es könne daher nicht auf den Zweck ankommen, den der Getäuschte mit seiner Vermögenshingabe erstrebe, denn die Zweckerreichung als solche sei ein für das Vermögen des Betroffenen irrelevanter Vorgang und könne daher nicht ohne Widerspruch zu den allgemeinen Grundlagen des Schadensbegriffs zur Kompensation herangezogen werden.⁶¹ Kritisch werden in diesem Zusammenhang daher beispielsweise der „Spenden“- und „Bettelbetrug“ gesehen. Der vorliegende Sachverhalt ist jedoch anders gelagert. Der Anrufer geht gerade davon aus, dass er mit seinem Einsatz eine reale Gewinnchance erhält, diese aber gerade gar nicht oder kaum existiert. Es liegt damit keine bloße Zweckverfehlung vor, sondern die Geschäftsgrundlage ist eine andere. Es geht nicht, wie der Moderator suggeriert, um ein Geschicklichkeits-, sondern um ein Glücksspiel, insofern gibt der Anrufer mehr weg als er zurückerhält.

4. Vorsatz und Absicht rechtswidriger Bereicherung

Der Moderator handelt vorsätzlich. Es ist gerade sein Ziel, möglichst viele Zuschauer zu einem Anruf zu bewegen, wobei ihm das „Hot-Button-Verfahren“ bekannt ist. Dabei weiß er auch, dass jeder Anruf gebührenpflichtig ist und dass die Anrufer nicht das bekommen, was er ihnen suggeriert, so das er auch vorsätzlich hinsichtlich der Vermögensschädigung handelt.

Der Moderator hat zwar keine Selbstbereicherungsabsicht, weil sein Honorar nicht Stoff gleich sein wird mit der beim Geschädigten durch die Verfügung eingetretenen Vermögensminderung. Denn der Schaden liegt allein in den vom Anrufer zu zahlenden 50 Cent an den genutzten Telefonanbieter; dieser ist damit auch unmittelbar Bereicherter und nicht der Moderator oder der Sender „Neun Live“.⁶²

In Betracht kommt damit nur eine Drittbereicherungsabsicht in Bezug auf den Telefonanbieter. Eine Betrugsabsicht seitens des Moderators im Sinne eines zielgerichteten Handelns ist auch dann gegeben, wenn der Vorteil des Telefonanbieters für ihn not-

50 *Lackner/Kühl*, StGB, 26. Aufl., 2007 § 263 Rn. 36; BGHSt 16,220; BGH NStZ 1997, 32.

51 Auch wenn aus telekommunikationsrechtlicher Sicht nicht eindeutig ist, was die Gegenleistung von 50 Cent tatsächlich ist (vgl. zu dieser Frage *Becker/Ulbrich/Voß*, MMR 2007, 149, 154 m.w.N.), kommt es hier entscheidend darauf an, dass der Veranstalter des Gewinnspiels, „Neun Live“, eine Art Provision für jeden Anruf erhält, auch wenn Betreiber der Nummer das jeweilige Telekommunikationsunternehmen ist.

52 *Becker/Ulbrich/Voß*, MMR 2007, 149, 154.

53 *Becker/Ulbrich/Voß*, MMR 2007, 149, 154 f.

54 BGHSt 16, 321.

55 Vgl. zur Kritik am Rückgriff auf den individuellen Schadenseinschlag auch *Schröder/Thiele*, Jura 2007, 815, 822.

56 BGH NJW 1993, 945, 946.

57 Vgl. zum Vermögensschaden im Zusammenhang mit Gewinnspielen *Rengier* Strafrecht BT I, 8. Auflage, 2007 § 13 Rn. 97: „Wer als Veranstalter Einsätze für Geschicklichkeitsspiele oder Rennwetten kassiert, aber weiß, dass es sich in Wirklichkeit um Glücksspiele oder manipulierte Spiele/Wetten handelt, mindert das Vermögen des Opfers, weil die geschuldete Gegenleistung (Einräumen einer größerer Gewinnchancen) nicht erbracht wird.“; siehe auch *Lampe* JuS 1994,737,738 f.; LG Frankfurt, NJW 1993, 945, 946.

58 BGH NJW 1993, 945, 946; ebenso *Sack*, NJW 1992, 2540, 2541.

59 RGSt 62, 393, 396. BGHSt 8, 289, 291: „Durch diese Vermögensverfügung (Kauf von Losen, Anm. *Verf.*) ist den Loskäufern ein Vermögensschaden entstanden, da sie für die Zahlung des Loskaufpreises von 0,50 DM eine geringere Gewinnchance erhielten als ihnen vertraglich zustand.“

60 *Lackner/Kühl*, StGB, 26. Aufl., 2007, § 263 Rn. 55; *Maiwald*, NJW 1981, 2777, 2780.

61 *Lackner/Kühl* StGB, 26. Aufl., 2007, § 263 Rn. 55; *Maiwald*, NJW 1981, 2777, 2780 f.

62 Vgl. auch *Schröder/Thiele*, Jura 2007, 815, 822.

wendiges Mittel zur Erlangung der von ihm erstrebten Bereicherung ist.⁶³ Dabei ist zu beachten, dass — anders als in den sog. Provisionsvertreterfällen — die Fremdbereicherung des Telefonanbieters insofern keine notwendige Bedingung ist, als davon nicht das Gehalt abhängen wird, vielmehr wird der Moderator dieses unabhängig von der Anzahl der mitspielenden Zuschauer in der konkreten Sendung bekommen.⁶⁴ Der Moderator wird aber insofern ein Risiko dafür tragen, dass möglichst viele Zuschauer mitmachen müssen, als davon seine Anstellung abhängt. Deutlich wird dies auch in der Aussage des Geschäftsführers von „Neun Live“: „Wir sind ein Durchlauferhitzer, und wir brauchen Bewegung, was Gesichter angeht. Die machen hier alle einen harten Job. Wer sich durchsetzt, ist gut, wer nicht, verlässt uns wieder.“⁶⁵ Daher wird man sagen können, dass die Bereicherung des Telefonanbieters ein notwendiges Zwischenziel des Moderators ist und somit die erforderliche stoffgleiche Drittbereicherung zu bejahen ist.⁶⁶

Der Vermögensvorteil ist auch rechtswidrig, da aufgrund der täuschenden Vorgehensweise (Glücksspiel statt Geschicklichkeitsspiel) kein Anspruch auf ihn besteht.⁶⁷

6. Besonders schwerer Fall des Betrugs

Schließlich könnte auch ein besonders schwerer Fall des Betrugs nach § 263 III Nr. 2 Alt. 2 StGB vorliegen.⁶⁸ Der Moderator und der Geschäftsführer müssten in der Absicht handeln, durch fortgesetztes Handeln eine große Zahl von Menschen in die Gefahr des Verlustes von Vermögenswerten zu bringen. Das Merkmal „eine große Zahl von Menschen“ ist nach der Rechtsprechung des BGH „tatbestandsspezifisch“ auszulegen.⁶⁹ Von einer „großen Zahl von Menschen“ ist jedenfalls dann auszugehen, wenn der Täter eine Breitenwirkung erzielen will, d.h. durch das zur Tatbegehung verwendete Medium eine unbestimmte Menge ansprechen und motivieren will,⁷⁰ Das Fernsehen ist ebenso wie das Internet, Postwurfsendungen Zeitungsanzeigen etc. gerade darauf ausgerichtet, eine solche Menge anzusprechen. In subjektiver Hinsicht muss der Täter eine Breitenwirkung erzielen wollen, also durch die Wahl des Mediums zu erkennen geben, dass er eine unbestimmte Vielzahl von Menschen ansprechen und täuschen will. Nicht erforderlich ist, dass der Täter eine konkrete Vorstellung hat, wie viele Personen und welcher Personenkreis auf die Täuschung eingehen werden.⁷¹ Danach ist es unerheblich, dass die Moderatoren oder der Geschäftsführer von „Neun Live“ nicht wissen, welche und wie viele Personen an ihren Gewinnspielen teilnehmen werden oder nicht. Ihnen geht es aber gerade darum, dass aufgrund der Animation durch die Moderatoren möglichst viele Zuschauer anrufen. Auch wenn ein Anruf nur 50 Cent beträgt, liegt kein Bagatellfall i.S. von § 263 IV i.V. mit § 243II StGB vor. Maßgeblich für die Frage der Geringwertigkeit sind nicht die 50 Cent pro Anruf, sondern entscheidend ist die Summe des erlangten Vermögens (innerhalb einer Sendung) insgesamt. Es genügt für die Verwirklichung des Regelbeispiels, dass der Moderator durch eine natürliche Handlungseinheit

möglichst viele Zuschauer zu einem Anruf bewegen und so eine Vielzahl von Menschen hinsichtlich ihrer Vermögenswerte gefährden will.⁷² Eine natürliche Handlungseinheit ist dann gegeben, „wenn der Handelnde den auf die Erzielung eines Erfolges in der Außenwelt gerichteten, einheitlichen Willen durch eine Mehrheit gleichgearteter Akte betätigt und diese einzelnen Betätigungsakte auf Grund ihres räumlichen und zeitlichen Zusammenhanges objektiv erkennbar derart zusammengehören, dass sie nach der Auffassung des Lebens eine Handlung bilden“.⁷³ Der Moderator versucht die gesamte Sendung über, die Zuschauer zu einem Anruf zu motivieren. Dies geschieht auch — innerhalb einer Sendung — in einem unmittelbar räumlichen und zeitlichen Zusammenhang. Ebenso ist die Willensbetätigung des Moderators einheitlich. Diese ist darauf gerichtet, möglichst viele Zuschauer zu einem Anruf zu bewegen. Damit stellt eine Sendung eine Handlungseinheit dar. Ein besonders schwerer Fall des Betrugs ist demnach jedenfalls dann zu bejahen, wenn im Rahmen einer Sendung durch die einzelnen eingehenden Anrufe die Bagatellgrenze in Höhe von 25,-C⁷⁴ bzw. 50-C⁷⁵ überschritten wird.

VI. Ergebnis

Die Ausführungen haben gezeigt, dass die Animation durch die Moderatoren und das Verhalten des Geschäftsführers von „Neun Live“ nicht bloß eine „Bauernfängerei“ sind, sondern den Tatbestand des Betrugs möglicherweise sogar im besonders schweren Fall erfüllen. Es wäre daher zu wünschen, dass die BLM — trotz der hohen Umsätze, die dieser Sender mit seinen „Quizsendungen“ erzielt — diese Art von Unterhaltungssendungen aus dem Programm nimmt.

63 BGHSt 16, 1; vgl. zur Drittbereicherungsabsicht auch Schönke/Schröder-Cramer/Perron, 27. Aufl., 2006, § 263 Rn. 169 m.w.N.

64 Schröder/Thiele, Jura 2007, 815, 823.

65 Vgl. Fn.41.

66 So auch Schröder/Thiele, Jura 2007, 815, 823.

67 Ob beim einzelnen Moderator möglicherweise ein Tatbestandsirrtum hinsichtlich der Rechtswidrigkeit der Bereicherung vorliegt, ist eine Frage des Einzelfalls. Für den Geschäftsführer als (mittelbarer) Täter wäre ein solcher Irrtum zu verneinen, er handelt zumindest im Hinblick auf die Rechtswidrigkeit der Bereicherung mit *dolus eventualis*.

68 Vgl. zu diesem Regelbeispiel *NK-Kindhäuser*, StGB, 2. Aufl., 2005, § 263 Rn. 395.

69 BGH NJW 1999, 299.

70 OLG Jena NJW 2001, 2404, 2405; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, 27. Aufl., 2006, § 263 Rn. 188d.

71 OLG Jena NJW 2001, 2404, 2405; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, 27. Aufl., 2006, § 263 Rn. 188d.

72 Fischer, StGB, 55. Aufl., 2008, § 243 Rn. 25; OLG Düsseldorf NJW 1987, 1958; a.A. OLG Bremen JZ 1960, 131.

73 BGHSt 10, 231; BGH NJW 1997, 3322; BGH NSStZ 1998, 621.

74 Fischer, StGB, 55. Aufl., 2008, § 248a Rn. 3.

75 So z.B. OLG Hamm NJW 2003, 3145; OLG Zweibrücken NSStZ 2000, 536; Kühl, StGB, 26. Aufl., 2007, § 248a Rn. 3.