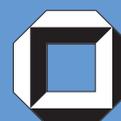


Stefan Bolay

Mehrwertgebührenpflichtige Gewinnspiele

Eine rechtliche Einordnung am
Beispiel aktueller Erscheinungsformen
des Rundfunks



Stefan Bolay

Mehrwertgebührenpflichtige Telefon- und SMS-Gewinnspiele

Eine rechtliche Einordnung am Beispiel aktueller Erscheinungsformen
des Rundfunks

Schriften des Zentrums für angewandte Rechtswissenschaft

Band 9

ZAR | Zentrum für angewandte Rechtswissenschaft

Universität Karlsruhe (TH)

Herausgeber der Schriftenreihe: *Prof. Dr. Thomas Dreier M.C.J.*

Prof. Dr. Jürgen Kühling LL.M.

Prof. Dr. Peter Sester Dipl.-Kfm.

Mehrwertgebührenpflichtige Telefon- und SMS-Gewinnspiele

Eine rechtliche Einordnung am Beispiel aktueller
Erscheinungsformen des Rundfunks

von
Stefan Bolay



universitätsverlag karlsruhe

Dissertation an der Universität Freiburg i. Br., Rechtswissenschaftliche Fakultät

Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät Freiburg i. Br.:

Prof. Dr. jur. Walter Perron

Erstgutachter:

*Prof. Dr. jur. Thomas Dreier, MCJ, Institut für Informationsrecht,
Universität Karlsruhe (TH)*

Zweitgutachter:

*Prof. Dr. jur. Friedrich Schoch, Institut für Öffentliches Recht - Abteilung 4:
Verwaltungsrecht, Universität Freiburg*

Ort und Tag der mündlichen Prüfung:

Freiburg i. Br., 20. Mai 2008,

Karlsruhe, 26. Mai 2008

Die Dissertation wurde am Institut für Informationsrecht der Universität
Karlsruhe (TH) geschrieben. Stand Juni 2008.

Impressum

Universitätsverlag Karlsruhe
c/o Universitätsbibliothek
Straße am Forum 2
D-76131 Karlsruhe
www.uvka.de



Dieses Werk ist unter folgender Creative Commons-Lizenz
lizenziert: <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/de/>

Universitätsverlag Karlsruhe 2008
Print on Demand

ISSN: 1860-8744

ISBN: 978-3-86644-259-7

VORWORT

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2007/2008 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur sind bis Juni 2008 berücksichtigt.

Ich danke meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Thomas Dreier, M.C.J., für die umfassende und wertvolle Unterstützung.

Mein Dank gilt auch Herrn Professor Dr. Friedrich Schoch für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Ich widme die Arbeit meinen Eltern, deren Unterstützung ich mir nicht nur während des Studiums und der Promotion stets sicher sein konnte.

München im Juli 2008

Stefan Bolay

INHALTVERZEICHNIS

KAPITEL 1: EINFÜHRUNG	1
A. Gegenstand der Arbeit und rechtliche Ausgangslage	1
B. Gang der Untersuchung	5
C. Grundlagen	7
I. Das (Gewinn-) Spiel	7
1. Gewinnspielrelevante rechtliche Begriffe und Regelungen	8
2. Bestimmung eines rechtsübergreifend einheitlichen „Gewinnspiel“ - Begriffs	10
II. Mehrwertdienste, Mehrwertdiensternummern und Intelligentes Netz	11
1. Begriff des Mehrwertdienstes	11
2. Relevante Nummernräume	12
a) Televoting- bzw. MABEZ-Nummern („0137“)	12
b) Premium-Rate-Nummern („0900“)	13
c) Premium-SMS (über Kurzwalnummern)	14
3. Intelligentes Netz und Routing	14
KAPITEL 2: DAS BEISPIEL AKTUELLER ERSCHEINUNGSFORMEN IN TV UND HÖRFUNK	17
A. Formen der Einbindung von Gewinnspielen in den Rundfunk	17
I. Die Gewinnspielsendung („Call-In-Show“)	17
II. Das programmbegleitende Gewinnspiel	18
III. Die programmbegleitende Abstimmung unter zusätzlicher Einräumung einer Gewinnchance	19
B. Formen der Einbindung mehrwertgebührenpflichtiger Anrufe und SMS in die Gewinnspielabwicklung	19
I. Das klassische Anrufbeantworter-Spiel: Garantierte Registrierung mit sich anschließender Auslosung	20
II. Neue Spielmodelle mit unmittelbarer mehrwertgebührenpflichtiger Anruferabweisung	21
1. Das Anrufbeantworter-Spiel mit Vorzählfaktor: Kombination aus Vorselektion der Anrufer und sich anschließender Auslosung	22

2. Das Hot Button - Spiel: Vorselektion der Anrufer zur direkten Durchstellung in eine Live-Sendung	23
C. Typen von Quizfragen	26
I. Ratefragen: Begriffsbestimmung und Beispiele	27
II. Wissensfragen: Begriffsbestimmung und Beispiele	29
D. Die ausgelobten Gewinne	30
E. Die wirtschaftliche Seite	31
I. Das Beispiel 9Live	32
II. Die Telekommunikationsbranche	35
F. Position und Vorgaben der Landesmedienanstalten	36
I. Grundsätzliche Haltung zu mehrwertgebührenpflichtigen Gewinnspielen im Rundfunk	37
II. Der Leitfaden für TV-Gewinnspiele	38
III. Anwendungs- und Auslegungsregeln der Landesmedienanstalten für die Aufsicht über Fernseh-Gewinnspiele (GewinnSpielReg)	39

KAPITEL 3: AUSBLICK AUF MÖGLICHE ENTWICKLUNGEN UND ZUKÜNFTIGE ERSCHEINUNGSFORMEN MEHRWERT- GEBÜHRENPFLICHTIGER TV-GEWINNSPIELE IM ZUGE VON DIGITALISIERUNG UND KONVERGENZ

A. Digitale Technik und Kanalvielfalt als Grundlage für weitere Gewinnspiel-Call-In-Sender?	41
B. Technische Konvergenz als Basis für mehrwertgebührenpflichtige TV- Gewinnspiele ohne Telefon?	41

KAPITEL 4: DIE ZIVILRECHTLICHE EINORDNUNG

A. Einführender Überblick über den Meinungsstand	45
I. Der Meinungsstand in der Rechtsprechung	45
II. Der Meinungsstand in der Literatur	47
B. Auslobung und Preisausschreiben nach §§ 657 ff BGB sowie der verbindliche Vertrag sui generis mit Auslobungselement unter entsprechender Anwendung der §§ 657 ff BGB	48
I. Regelungsinhalt, Regelungszweck und Anwendungsbereich der §§ 657 ff BGB	48

II. Die Abgrenzung zwischen Auslobung und Preisausschreiben	49
III. Das öffentliche und einseitig bindende Versprechen einer Belohnung - Abgrenzung der Auslobung zur invitatio ad offerendum zum Abschluss eines Vertrages sui generis mit Auslobungselement	49
IV. Die „Handlung“ im Sinne von § 657 BGB als Gegenleistung für die ausgelobte Belohnung - Abgrenzung zu unverbindlichen Versprechen oder Abreden	51
1. Die objektiv oder subjektiv belohnenswerte Handlung	51
2. Die Beantwortung von Quizfragen als Handlung im Sinne von § 657 BGB	53
a) Spiel dient der Unterhaltung der Teilnehmer	53
b) Spiel dient der Unterhaltung Dritter durch Verwertung der Kandidatenleistungen	53
c) Exkurs: Situation in TV-Spielshows mit Studiokandidaten wie „Das Quiz mit Jörg Pilawa“ oder „Wer wird Millionär?“	54
d) Situation in mehrwertgebührenpflichtigen Call-In-Formaten	55
V. Der Losentscheid nach § 659 Abs. 2 S. 2 BGB	57
1. Die Vorselektion von Anrufern	57
2. Die nachträgliche Auslosung von Gewinnern	58
VI. Ergebnis	59
C. Das unverbindliche Spiel nach §§ 762 f BGB	60
I. Regelungsinhalt, Normzweck und Rechtsnatur der §§ 762, 763 BGB	60
II. Das aleatorische bzw. unsichere Moment des Spiels	62
1. Die Kandidatenvorselektion	63
2. Die Beantwortung von Quizfragen	63
a) Ratefragen	63
b) Wissensfragen	64
3. Die nachträgliche Gewinner-Auslosung	65
4. Ergebnis	65
III. Das Spielrisiko - Verknüpfung der Unwägbarkeiten mit gegenseitigen geldwerten Verlustrisiken	65
1. Der Verlust des ausgelobten Gewinns als spieltypisches Risiko des Spielveranstalters	67

2. Die Pflicht zur Zahlung der Mehrwertgebühren als spieltypisches Risiko des Anrufers	68
IV. Das Spielinteresse	68
V. Ergebnis	70
D. Durchsetzbarkeit der vertraglichen Ansprüche der am mehrwertgebührenpflichtigen Gewinnspiel Beteiligten	71
I. Ansprüche aus dem Mehrwertdienstvertrag (Contentvertrag)	71
II. Ansprüche aus dem Telefondienstvertrag	71
1. Eigener, einwendungsresistenter Vergütungsanspruch auf die komplette Mehrwertgebühr?	72
2. Vollständiger Verlust eines Vergütungsanspruchs?	76
III. Ergebnis	78
E. Typische Beispiele der Unwirksamkeit, Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit von Mehrwertdienst-Spielverträgen	78
I. Minderjährige Anrufer	79
1. Mehrwertdienstvertrag „Spiel“ mit Minderjährigen	79
a) Die §§ 104 ff BGB	79
b) § 6 Abs. 2 Jugendschutzgesetz	80
c) Zwischenergebnis	81
2. Mehrwertdienstvertrag „Spiel“ mit dem Anschlussinhaber	81
a) AGB des Telefondienstvertrages	81
b) Duldungs- oder Anscheinsvollmacht	81
3. Ergebnis und Konsequenzen	83
II. Arglistig getäuschte Anrufer	84
III. Von der Spielteilnahme persönlich ausgeschlossene Anrufer	86
F. Resümee	87
KAPITEL 5: DIE STRAFRECHTLICHE RELEVANZ	89
A. Der Zweck des strafbewehrten Glücksspielverbotes	89
B. Das „Glücksspiel“ im Sinne des StGB	92
I. Glücksspiel im engeren Sinne (§ 284 StGB) sowie Lotterie und Ausspielung (§ 287 StGB)	92

II. Die wesentliche Abhängigkeit des Spielausgangs vom Zufall -	
Die Abgrenzung zum straflosen Geschicklichkeitsspiel	94
1. Die rechtliche Ausgangslage	94
2. Konsequenzen für Spiele (nur) mit Quizfragen	98
a) Spiele mit Ratefragen	98
b) Spiele mit Wissensfragen	100
3. Konsequenzen für Spiele, die aus Quizfrage und reinen Zufallselementen kombiniert sind	101
a) Der Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur	102
b) Die eigene Einordnung	104
aa) Die klassische Anrufbeantworter-Variante	104
bb) Spiele in der Anrufbeantworter-Variante mit Vorzählfaktor oder der Hot Button - Variante	106
4. Ergebnis	107
III. Der Einsatz für die Gewinnchance	108
1. Die Definition des Einsatzes	108
2. Konsequenzen für Mehrwertgebühren	108
IV. Die Erheblichkeit der auf dem Spiel stehenden Vermögenswerte - Die Abgrenzung zum straflosen Zufallsspiel („harmlosen Unterhaltungsspiel“)	111
1. Die rechtliche Ausgangslage	111
a) Die Erheblichkeit der spielgegenständlichen Vermögenswerte zwischen Einsatz, potentielltem Verlust und möglichem Gewinn	112
b) Die Erheblichkeitsschwelle	114
aa) Ansätze aus der Rechtsprechung	114
bb) Ansätze aus der Literatur	116
cc) Stellungnahme	116
2. Einordnung von Spielmodellen über Mehrwertnummern	118
a) Der Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur	118
b) Erste Stellungnahme	119
c) Die differenzierte Einordnung nach den jeweiligen Spielvarianten	121
aa) Der vermögenswerte Gewinn als Glückspiel-Voraussetzung	121
bb) Mögliche Einsätze bei Gewinnspielen in der klassischen Anrufbeantwortervariante	121

cc) Mögliche Einsätze in der Anrufbeantwortervariante mit Vorzahlfaktor	122
dd) Mögliche Einsätze in der Call-In-Show, insb. in der Hot Button-Variante	123
3. Ergebnis	125
C. Die weiteren Tatbestandsvoraussetzungen	125
I. Ohne behördliche Erlaubnis: Keine Glücksspiellizenz für private Anbieter nach dem Glücksspielstaatsvertrag (GlüStV)	126
II. Öffentlich	128
III. Die einzelnen Begehungsformen	128
1. Veranstalten nach § 284 Abs. 1 Alt. 1 StGB bzw. § 287 Abs. 1 StGB	128
2. Halten nach § 284 Abs. 1 Alt 2 StGB	129
3. Bereitstellen von Einrichtungen nach § 284 Abs. 1 Alt. 3 StGB	129
IV. Subjektiver Tatbestand	130
D. Resümee	131
KAPITEL 6: DIE GEWERBERECHTLICHE BEURTEILUNG	133
A. Normweck der §§ 33c ff GewO und Verhältnis zu den §§ 284 ff StGB	133
B. Voraussetzungen einer Erlaubnispflicht	134
I. Die gewerbsmäßige Spielveranstaltung	134
1. Der Gewerbebegriff	134
2. Konsequenzen für mehrwertgebührenpflichtige Gewinnspielangebote	136
II. Keine ausnahmsweise erlaubnisfreien Spielveranstaltungen (sog. „Kleine Spiele“)	137
III. Ergebnis	139
C. Voraussetzungen einer Erlaubnisfähigkeit	140
I. „Spielgeräte“ und „andere Spiele“	140
1. Spielgeräte mit „technischer Vorrichtung“ nach § 33c GewO	140
2. „Andere Spiele“ nach § 33d GewO	141
II. Die ortsgebundene Spielveranstaltung	142
1. Anwendbarkeit der GewO auf „virtuelle“ Spiele?	142
a) Der Meinungsstand	142
b) Stellungnahme	143

2. Konsequenzen für Gewinnspiele über Mehrwertnummern	144
III. Die Bauartzulassung bzw. Unbedenklichkeitsbescheinigung	145
1. Gemeinsame Anforderung nach § 33e Abs. 1 S. 1 GewO: Keine unangemessen hohen Verluste in kurzer Zeit	145
2. Weitere Anforderungen an die Unbedenklichkeitsbescheinigung	146
D. Resümee	149
KAPITEL 7: RUNDFUNK- UND MEDIENRECHTLICHE FRAGEN	151
A. Das mehrwertgebührenpflichtige Gewinnspiel im Rundfunkprogramm als Teleshopping oder Werbung	151
I. Teleshopping und Werbung: Begriffsbestimmung und Abgrenzung	151
II. Gewinnspiele im Rundfunkprogramm als Werbung	152
1. Das Gewinnspiel als Maßnahme zur Bewerbung der ausgelobten Preise	152
2. Gewinnspiel als Werbung für das (übrige) Rundfunkprogramm	153
III. Mehrwertgebührenpflichtige Gewinnspiele im Rundfunkprogramm als Teleshopping	155
1. Die Rechtssache C-195/06 („KommAustria gegen ORF“)	156
a) Die Kriterien des Generalanwalts	156
b) Das Urteil des EuGH	158
2. Stellungnahme und eigener Ansatz	159
IV. Einzel-Bewertung mehrwertgebührenpflichtiger Gewinnspielformate im Rundfunk auf ihre Teleshopping-Qualität	161
1. Die Call-In-Show	161
2. Die programmbegleitende Abstimmung unter zusätzlicher Einräumung einer Gewinnchance (Formate wie „Let’s Dance“, „DSDS“, „Big Brother“)	163
3. Programmbegleitende Gewinnspiele	164
a) Gewinnspiele ohne programmatischen Bezug zur Sendung	164
b) Gewinnspiele mit programmatischem Bezug zur Sendung	165
V. Ergebnis und Rechtsfolgen	167
B. Das Format der Call-In-Show zwischen Rundfunk und Telemedium	168

I. Rundfunk und Telemedien (als Teleshoppingkanal):	
Begriffsbestimmung und Abgrenzung	168
II. Konsequenzen für Call-In-Shows	171
III. Ergebnis	173
KAPITEL 8: DIE WETTBEWERBSRECHTLICHE EINORDNUNG	175
A. Einführung	175
I. Die Schutzrichtung des UWG	175
II. Das Gewinnspiel im Wettbewerbsrecht	175
B. Die „Wettbewerbshandlung“ nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG als Anwendungsvoraussetzung	176
I. Allgemeines zur Wettbewerbshandlung	176
II. Wettbewerbshandlungen im Zusammenhang mit mehrwertgebührenpflichtigen Gewinnspielen	177
C. Das Koppelungsverbot nach §§ 3, 4 Nr. 6 UWG	179
I. Grundsätzliches zum wettbewerbsrechtlichen Koppelungsverbot	179
1. Sinn und Zweck eines Koppelungsverbot	179
2. Die Voraussetzungen des Koppelungstatbestandes	181
II. Mögliche Koppelungstatbestände im Zusammenhang mit Gewinnspielen über Mehrwertnummern	182
1. Die mehrwertgebührenpflichtige Abstimmung unter zusätzlicher Gewährung einer Gewinnchance: Koppelung eines Gewinnspiels an die entgeltliche Abstimmungs-Dienstleistung?	182
2. Das mehrwertgebührenpflichtige Gewinnspiel: Koppelung bzw. koppelungsähnlicher Fall wegen der Mehrwertgebührenpflichtigkeit der Gewinnspielteilnahme?	183
a) Der Meinungsstand	183
aa) Die Begründung im Regierungsentwurf zum neuen UWG	183
bb) Die Auffassungen in der Rechtsprechung	183
cc) Der Meinungsstand in der Literatur	184
b) Die eigene Einordnung	185
aa) Kein Koppelungs- oder koppelungsähnlicher Fall bei Erbringung der entgeltlichen Dienstleistung „Gewährung einer Gewinnchance“	185

bb) Verkoppelung der entgeltlichen Spielteilnahme mit einer über dem Basistarif liegenden Telekommunikationsdienstleistung	186
cc) Verkoppelung der entgeltlichen Spielteilnahme mit einer Telekommunikationsdienstleistung, die den Teilnahmewunsch nicht übermittelt bzw. nur die Erfolglosigkeit der Teilnahme mitteilt	187
c) Zwischenergebnis	188
3. Die wettbewerbsrechtliche Erheblichkeit der Koppelungsfälle nach § 3 UWG	188
a) Keine Erheblichkeit bei Mehrwertgebühren in Höhe von „üblichen Übermittlungskosten“ im Sinne der Gesetzesbegründung	189
b) Situation bei Gewinnspielmodellen mit unmittelbarer gebührenpflichtiger Anruferabweisung	190
4. Möglichkeiten der Entkoppelung?	191
III. Ergebnis	195
D. Das Transparenzgebot nach §§ 3, 4 Nr. 5 UWG bzw. das Irreführungsverbot nach §§ 3, 5 Abs. 1 UWG	196
I. Grundsätzliches zum Verbot der irreführenden (untransparenten) Werbung mit Gewinnspielen	196
II. Transparenzgebote und mögliche Irreführungen im Zusammenhang mit mehrwertgebührenpflichtigen Gewinnspielen	199
1. Transparenzpflichten bzgl. der Entgeltlichkeit bzw. Mehrwertgebührenpflichtigkeit des Gewinnspiels	199
a) Höhe des Verbindungsentgelts	199
b) Beteiligung des Veranstalters an den Telefongebühren	199
c) Die notwendige Dauer der Verbindungshaltung	200
d) Die Entgeltlichkeit des Teilnahmeversuchs bzw. die Zwischenschaltung einer mehrwertgebührenpflichtigen Vorselektion	200
aa) Das grundsätzliche Bestehen einer Informationspflicht	200
bb) Konkrete Anforderungen an die Art und Weise der Information	201
cc) Wettbewerbsrechtliche Relevanz von fehlenden oder zweideutigen Angaben	202
e) Die konkrete Durchlassrate (Vorzahlfaktor) bei Gewinnspielen in der Anrufbeantworter-Variante	203

2. Transparenzpflichten bzw. Irreführungsverbote bzgl. des tatsächlichen und technischen Ablaufs des Gewinnspiels in der Hot Button - Variante	204
3. Mögliche Irreführungen über die Gewinnchancen	205
a) Irreführungen im Zusammenhang mit dem Zeitpunkt der „zufälligen Kandidatenauswahl“ im Hot Button-Auswahlverfahren	205
aa) Irreführung über die Aktivierung der Hot Button - Auswahlentscheidung	205
bb) Irreführende Aussagen über den Zeitpunkt des Endes des Spiels / der Sendung	206
b) Irreführung über die Zahl der Teilnehmer durch Suggestion ausbleibender Anrufe	207
c) Irreführende Aufgabenstellungen und nicht nachvollziehbare Lösungen	207
d) Irreführende Angaben zu „möglichen“ Gewinnsummen	208
E. Unlauterkeit wegen unangemessener unsachlicher Beeinflussung gemäß §§ 3, § 4 Nr. 1 UWG	209
I. Allgemeines	209
II. Psychischer Kaufzwang	209
III. Übertriebenes Anlocken	210
F. Unlauterkeit wegen Rechtsbruchs gemäß §§ 3, 4 Nr. 11 UWG	211
KAPITEL 9: ERGEBNISSE UND FAZIT	213
A. Ergebnisse	213
I. Zivil- und vertragsrechtliche Beurteilung	213
II. Strafrechtliche Beurteilung	214
III. Gewerberechtliche Beurteilung	216
IV. Rundfunk- und medienrechtliche Beurteilung	217
V. Wettbewerbsrechtliche Beurteilung	218
VI. Das rechtlich unbedenkliche mehrwertgebührenpflichtige Gewinnspiel	219
B. Fazit	220
LITERATURVERZEICHNIS	XIII

Kapitel 1: EINFÜHRUNG

A. Gegenstand der Arbeit und rechtliche Ausgangslage

Die vorliegende Arbeit setzt sich mit Problemen im Zusammenhang mit der Veranstaltung von Gewinnspielen über Telefon-Mehrwertdiensternummern auseinander und nimmt eine rechtliche Einordnung des Geschäftsmodells und seiner unterschiedlichen Ausprägungen vor.

Die Untersuchung erfolgt am Beispiel aktueller Erscheinungsformen im Rundfunk. Dort sind mehrwertgebührenpflichtige Gewinnspiele inzwischen unmittelbar in das redaktionelle Programm eingebunden bzw. in sogenannten „Call-In-Shows“ einziger Sendungsinhalt. Die Teilnehmer spielen per Telefon um Sofortgewinne. Die Gewinnspiele dienen dabei der unmittelbaren Gewinnerzielung der Veranstalter, indem Mehrwertdiensternummern zur Spielteilnahme geschaltet werden, an deren Gebührenaufkommen die Spielanbieter beteiligt sind. Im Rundfunk werden derzeit vorwiegend sogenannte „Tele-voting“ - Nummern¹ über die Rufnummerngassen 0137-8 und -9 eingesetzt, für deren Anwahl gesprächsdauerunabhängige Gebühren von aktuell 0,50 Euro pro Anruf anfallen. Die Spielveranstalter erhalten Anteile (sog. „Sharings“) von sechzig bis siebenzig Prozent². Die Mehrwertdiensternummern sind regelmäßig so geschaltet, dass die einzelne Anwahl nicht zielführend hinsichtlich der angestrebten Gewinnspielteilnahme ist. Zwar wird so gut wie jeder Anruf mehrwertgebührenpflichtig entgegengenommen, aber nur, um ohne Registrierungsmöglichkeit unmittelbar wieder abgewiesen zu werden. Aus sämtlichen Anrufern werden nur einzelne als Kandidaten zugelassen, allen anderen wird per Sprachansage mitgeteilt, dass sie „leider kein Glück gehabt“ haben, es aber „gerne noch einmal versuchen“ können. Dadurch können die Sender nicht nur beachtliche Geldgewinne ausloben³, sondern auch eigene Gewinne erzielen⁴. Gewinnspiele in Funk

¹ Auch als „MABEZ“ - („Massenanrufe zu bestimmten Zielen“) oder „Mass Calling“ - Nummern bezeichnet.

² Zahlen nach *Goldhammer/Lessig*, Call Media, S. 34.

³ *9Live* spielte im 1. Quartal 2006 über 3 Mio. EUR aus, vgl.

<http://www.prosiebensat1.com/pressezentrum/9live/2006/04/19/19135> (Stand 30.10.2007) und „garantiert“ heute „Monat für Monat eine Gewinnsumme von bis zu 1 Million Euro“, vgl., http://www.neunlive.de/dafuer_steht_9live/9live_qualitaeten/ (Stand: 30.10.2007); Vgl. auch Kapitel 2, D.

Radio Regenbogen zahlte im April 2006 im Rahmen seiner Gewinnspielaktion „Radio-Regenbogen-Wortschatz“, die über 15 Wochen lief, einen Gewinn von über 220.000 EUR aus.

⁴ Vgl. dazu Kapitel 2, E.

und Fernsehen dienen dadurch nicht mehr nur indirekt der Rundfunkfinanzierung, indem sie Zuschauer binden, den Marktanteil erhöhen und sich positiv auf den Verkauf von Werbezeiten auswirken, sondern unmittelbar, indem die Zuschauer als Anrufer und Gewinnspielteilnehmer Mehrwertgebühren leisten. Inzwischen treten alle privaten⁵ Sendeanstalten als Anbieter von Gewinnspielen über Mehrwertdienstnummern auf, wobei die Intensität variiert, mit der die Spiele in das Rundfunkprogramm integriert werden⁶.

Außerhalb des Rundfunks tauchen Gewinnspiele über Mehrwertdienstnummern in Zeitschriftengewinnspielen („Kreuzwörterrätseln“) und klassischen Werbegewinnspielen („Gratisverlosungen“) auf, allerdings regelmäßig als alternative Teilnahmemöglichkeit zur Einsendung einer Postkarte und unter Verzicht auf eine unmittelbare Anruferabweisung.

Die praktische und wirtschaftliche Bedeutung des Geschäftsmodells „Gewinnspielveranstaltung über Mehrwertdienstnummern“ sowie die öffentliche Kritik an aktuellen Formaten im Rundfunk⁷ wird zum Anlass genommen, auf rechtlicher Ebene Klarheit zu schaffen, indem mehrwertgebührenpflichtige Gewinnspiele unter Berücksichtigung ihrer unterschiedlichen Erscheinungsformen - und gerade auch der „interaktiven“ Mitspielmöglichkeit im Rundfunk - in das weite Spektrum zwischen wettbewerbsrechtlich regelmäßig zulässigen „Gewinnspielen und Preisausschreiben“, zivilrechtlich unverbindlichen „Spielen“, genehmigungspflichtigen „Spielen mit Gewinnmöglichkeit“ im Sinne des Gewerberechts und strafrechtlich grundsätzlich verbotenen „Glücksspielen“ eingeordnet werden.

Der *BGH* hat sich bisher nur zur wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit der unmittelbaren Einbindung *nicht* mehrwertgebührenpflichtiger Telefongewinnspiele in das Rundfunk-

⁵ Auch im öffentlich-rechtlichen Rundfunk sind Telefongewinnspiele präsent und wurden durch Schaltung von Mehrwertnummern zur Gewinnerzielung genutzt, etwa im Rahmen der *ARD*-„Sportschau“ (hier in Kombination mit einer Abstimmung beim „Tor der Woche“). Nach § 13 Abs. 1 S. 2 des Rundfunkstaatsvertrages (RfStV), der im April 2005 eingefügt wurde, ist es öffentlichen Rundfunkveranstaltern nunmehr aber generell versagt, Einnahmen aus dem Angebot von Telefonmehrwertdiensten zu erzielen.

⁶ So verzichtet die *RTL*-Sendergruppe (*RTL*, *RTL II*, *Super RTL*, *Vox*, *NTV*) inzwischen komplett auf das Format der reinen Gewinnspielsendung (Call-In-Show). Vgl. zu den unterschiedlichen Einbindungsformen in den Rundfunk im Einzelnen Kapitel 2, A.

⁷ Vgl. nur die kritischen Beiträge in den Medien, etwa: *Pavlovic, Milan*, „Rechnen Sie mit allem“, „Süddeutsche Zeitung“ vom 27.06.2005; *Müller Horst*: „Die Hütchenspieler“, „Frankfurter Allgemeine Zeitung“ vom 13.02.2006, *Onneken, Peter*: „Abzocke im TV - Wer stoppt dubiose Gewinnspiele?“, *ARD* - „Plusminus“ - Beitrag vom 08.05.2007; *Niggemeier, Stefan*: „Anrufsender in der Kritik - Wer warnt die Öffentlichkeit?“, „Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung“ vom 27.05.2007, S. 38; *Rezec, Oliver*: Der Generatorenkonflikt, „die tageszeitung“ vom 06.10.2007, S. 19.

programm erklärt und diese als „Teil der Leistung“ des Rundfunkveranstalters bezeichnet⁸.

Instanzgerichtliche Entscheidungen zu Gewinnspielen über Mehrwertdienstnummern im Rundfunk sind dagegen spärlich, höchstrichterliche fehlen ganz: Aus strafrechtlicher Sicht existiert nur eine vorgerichtliche Entscheidung in Form einer Einstellungsverfügung der *Staatsanwaltschaft München I*. Die Ermittlungen betrafen Spiele des Senders *9Live* über Televoting-Nummern zu 0,49 Euro pro Anruf. Der Glücksspiel-Tatbestand des § 284 StGB wurde jedenfalls mangels Erheblichkeit eines Einsatzes abgelehnt⁹. Auch eine Zivilkammer des *LG Freiburg* verneinte das Vorliegen eines strafrechtlich relevanten Glücksspiels inzident, im wesentlichen unter Verweis auf die Einstellungsverfügung der *Staatsanwaltschaft München I* und die Verlängerung der rundfunkrechtlichen Genehmigung von *9Live* durch die *Bayerische Landeszentrale für neue Medien (BLM)*¹⁰. Aus einem wettbewerbsrechtlichen Verfahren liegt zudem ein Beschluss des *LG München I* vor, wonach die Gewinnspiele des Senders *9Live* weder wettbewerbswidrig, noch strafrechtlich relevant seien¹¹. Im nachfolgenden sofortigen Beschwerdeverfahren merkte das *OLG München* an, es sehe keine Veranlassung, die Frage des unerlaubten Glücksspiels anders zu beurteilen, als die dafür besonders berufenen Strafverfolgungsbehörden¹². Zivilrechtlich sind die Gewinnversprechen im Rundfunk im Rahmen der Spiele über 0137x-Rufnummern in einem Urteil der *29. Kammer* des *LG München I* als rechtlich unverbindlich gemäß § 762 BGB eingeordnet worden¹³, in einem Urteil der *33. Kammer* des *LG München I* dagegen als Auslobungen im Sinne des § 657 BGB¹⁴. Das *OLG München* betätigte das Vorliegen verbindlicher Auslobungen¹⁵, das *Kammergericht* neigte dagegen im Rahmen eines richterlichen Hinweises dazu, Telefongebühren aus Rundfunk-Gewinnspielen über 0137x-Rufnummern insgesamt als un-

⁸ BGH, Urteil vom 11.04.2002, Az.: I ZR 225/99, WRP 2002, 1136/1138 („Gewinnspiel im Radio“).

⁹ Einstellungsverfügung vom 21.04.2007 - 124 Js 12258/03 (vgl. *9Live* - Pressemitteilung vom 23.04.2004, abrufbar unter <http://www.presseportal.de/story.htx?nr=549701&search=neun,live> (Stand: 22.09.2007)).

¹⁰ LG Freiburg, Urteil vom 12.05.2005, Az.: 3 S 308/04, MMR 2005, 547.

¹¹ LG München I, Beschluss vom 28.07.2005, Az.: 17 HK O 13392/05, abrufbar unter <http://www.mehrwertdiensteundrecht.de/lg-muenchen-9-live-wettbewerbsgemaess-17-HK-O-13392-05.html> (Stand: 22.09.2007).

¹² OLG München, Beschluss vom 22.12.2005, Az.: 6 W 2181/05, MMR 2006, 225/226.

¹³ LG München I, Urteil vom 02.02.2005, Az.: 29 O 12315/04, abrufbar unter <http://www.kanzlei-prof-schweizer.de/bibliothek/urteile/index.html?id=12666> (Stand: 22.09.2007).

¹⁴ LG München I, Urteil vom 21.12.2004, Az.: 33 O 15954/04, CR 2005, 494 = MMR 2005, 389.

¹⁵ OLG München, Urteil vom 28.07.2005, Az.: U (K) 1834/05, NJW-RR 2005, 1401 = MMR 2005, 774.

vollkommene Verbindlichkeiten im Sinne von § 762 BGB zu betrachten¹⁶. Die medienrechtliche Einordnung mehrwertgebührenpflichtiger Rundfunkgewinnspiele war in Deutschland noch nicht Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen, allerdings existiert ein Urteil des *Europäischen Gerichtshofs* (*EuGH*) vom 18.10.2007, in welchem Maßstäbe zur Auslegung des Begriffs „Teleshopping“ und „Werbung“ im Sinne der EU-Fernsehrichtlinie gegeben werden. Nach dem Urteil ist die Veranstaltung mehrwertgebührenpflichtiger Gewinnspiele im TV jedenfalls grundsätzlich geeignet, Teleshopping oder Eigenwerbung darzustellen¹⁷.

Bei Gewinnspielen über 0190-Mehrwertdiensternummern (inzwischen „0900“) außerhalb des Rundfunks ist bislang regelmäßig von einer Wettbewerbswidrigkeit und strafrechtlichen Relevanz ausgegangen worden: Nach einer Entscheidung des *OLG Düsseldorf* ist ein im Internet präsentiertes Gewinnspiel über eine 0190-Rufnummer mit Gebühren in Höhe von 3,6 DM pro Anruf wettbewerbswidrig, weil es den objektiven Tatbestand des § 284 StGB erfülle¹⁸. Das *AG Mönchengladbach* bejahte im Strafverfahren zum gleichen Sachverhalt ebenfalls den objektiven Tatbestand des Glücksspielsverbotes¹⁹. Nach einem Urteil des *LG Memmingen* sind in der TV-Werbung präsentierte Gewinnspiele unter Verwendung von 0190-Nummern bei Gebühren in Höhe von 0,97 DM pro Anruf generell wettbewerbswidrig²⁰. Daneben existiert ein Beschluss des *LG Hamburg*, der die Bewerbung und Durchführung von Gewinnspielen über 0190-Mehrwertdiensternummern im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs als unlauter untersagt²¹.

Stellungnahmen in der Literatur beschäftigen sich mit der wettbewerbsrechtlichen und strafrechtlichen Problematik der aktuellen Rundfunkgewinnspiele über 0137x-Mehrwertdiensternummern²². Sie reichen in ihrer Einschätzung von „rechtlich etab-

¹⁶ Zitiert nach *Labenski*, Morgenpost vom 02.07.2005.

¹⁷ Rechtssache C-195/06, Abl. C. 315/15, MMR 2008, 32, vgl. dazu Kapitel 7, A, III, 1.

¹⁸ OLG Düsseldorf, Urteil vom 23.09.2003, Az.: I – 20 U 39/03, Magazindienst 2005, 919 ff (abrufbar unter <http://www.gluecksspiel-und-recht.de/urteile/Oberlandesgericht-Duesseldorf-20030923.html> [Stand: 30.10.2007]).

¹⁹ AG Mönchengladbach, Urteil vom 27.03.2003, Az.: 13 Ds / 102 Js 989/01 - 162/02, abrufbar unter <http://www.gluecksspiel-und-recht.de/urteile/Amtsgericht-Moenchengladbach-20030327.html> (Stand: 22.09.2007).

²⁰ LG Memmingen, Urteil vom 10.05.2000, Az.: 1 H O 2217/99, GRUR-RR 2001, 135.

²¹ LG Hamburg, Beschluss vom 08.01.2002, Az.: 406 O 7/02, abrufbar unter <http://www.gluecksspiel-und-recht.de/urteile/Landgericht-Hamburg-20020108.html> (Stand: 22.09.2007).

²² *Bahr, Martin*: „0190-Telefonnummern und Gewinnspiele - ein Verstoß gegen § 1 UWG?“, WRP 2002, 501-506; *Eichmann, Daniel/Sörup, Thorsten*: „Das Telefongewinnspiel zwischen Strafbarkeit und Wettbewerbsverstoß“, MMR 2002, 142-146; *Kreile, Johannes*: „Interaktives Fernsehen in der juristischen Praxis“, in: zu Salm, „Zaubermaschine interaktives Fernsehen?“, Wiesbaden 2004, S. 189-211;

liert²³“ über „strafrechtlich nicht unbedenklich“²⁴ bis hin zu „indiziert strafbar“²⁵. Zivilrechtliche Einordnungen führen einmal zu wirksamen Auslobungen gemäß §§ 657, 661 BGB²⁶, einmal zur Annahme eines Spielvertrages nach § 762 BGB²⁷. Eine medienrechtliche Auseinandersetzung ist bisher nur ansatzweise erfolgt²⁸.

B. Gang der Untersuchung

Die Untersuchung gliedert sich in neun Kapitel:

In der Einführung wird der Begriff „Gewinnspiel“ nach einem Überblick über die verschiedenen rechtlichen Regelungen zu Spielen und Preisauslobungen rechtsübergreifend einheitlich bestimmt. Zudem werden Telefonmehrwertdienste und ihre technischen Grundlagen dargestellt, soweit sie für die Gewinnspielabwicklung relevant sind.

Im zweiten Kapitel folgt die ausführliche Darstellung der aktuellen Erscheinungsformen mehrwertgebührenpflichtiger Gewinnspiele im Rundfunk. Hier werden die unterschiedlichen Formen der Integration der Spiele in den Rundfunk und der Präsentation der Spiele im TV und Hörfunk aufgezeigt. Eingegangen wird auf die verschiedenen Spielmodelle und Gewinnvoraussetzungen. Zudem wird die wirtschaftliche Bedeutung der Spiele und die Position sowie die Vorgaben der Landesmedienanstalten dargestellt.

Im dritten Kapitel erfolgt ein kurzer Ausblick auf die mögliche Entwicklung und zukünftigen Erscheinungsformen mehrwertgebührenpflichtiger TV-Gewinnspiele im Zuge von Digitalisierung und Konvergenz

Im vierten Kapitel werden die bürgerlich-rechtlichen Rechtsbeziehungen zwischen den Veranstaltern und Teilnehmern von Spielen über Mehrwertdienstrufnummern festge-

Hecker, Manfred / Ruttig, Markus: „Versuchen sie es noch einmal - Telefon-Gewinnspiele im Rundfunk unter Einsatz von Mehrwertdienste-Rufnummern und ihre Beurteilung nach dem StGB und neuem UWG“, GRUR 2005, 393-398; *Gabriel, Ulrich/Barth, Stefanie:* „Rechtsprobleme bei Gewinnspielen mit Mehrwertdiensten“, VuR 2006, 301-304. *Bahr,* „Glücks- und Gewinnspielrecht“, 2. Auflage, Berlin 2007, der auf den Seiten 149-162 auf „Spiele mit Mehrwertdiensten“ eingeht.

Allein die strafrechtliche Problematik thematisierend: *Odenthal, Hans-Jörg:* „TV-Gewinnspiele - unerlaubtes Glücksspiel?“, GewArchiv 2002, 315-317; *Kleinschmidt, Broder:* „Interaktive Gewinnspielshows im TV – Eine illegale Glücksspielveranstaltung?“, MMR 2004, 654-658; *Albert, Conrad/Müller, Michael:* „TV-Gewinnspiele - auch rechtlich etabliert“, MMR aktuell 12/2004, V-VII; *Ernst, Stefan:* „Zur Finanzierung von TV-Quizsendungen durch MABEZ-Rufnummern“, ITRB 2006, 86-89; *Schulz, Anja:* „Call In Shows mit Mehrwertdiensten – Glücksspiel im deutschen Fernsehen?“, CR 2006, 164-169.

²³ *Albert/Müller*, MMR aktuell, 12/2004, V/V. So im Ergebnis auch *Kreile*, in: zu Salm, S. 207.

²⁴ *Odenthal*, GewArch 2002, 315/317. In diese Richtung auch *Kleinschmidt*, MMR 2004, 654/658 und *Schulz*, CR 2006, 164/168.

²⁵ *Hecker/Ruttig*, GRUR 2005, 393/398.

²⁶ *Ernst, Stefan:* „Telefonrechnungen mit 0137-9 Verbindungen aus TV-Sendungen“, MMR 2005, 735-743 sowie „Das TV-Zuschauerquiz im BGB zwischen Auslobung und Spiel“, NJW 2006, 186-188.

²⁷ *Gabriel/Barth*, VuR 2006, 301/303.

²⁸ Die offensichtlich einzige Stellungnahme stammt von *Kreile*, in: zu Salm, S. 197-200.

stellt. Im Mittelpunkt stehen die Regelungen zu Auslobung und Preisausschreiben nach §§ 657, 661 BGB sowie zu Spiel, Wette, Ausspielung und Lotterie nach § 762, 763 BGB. Hier wird die rechtliche Einordnung in das bestehende Normensystem vorgenommen. Auch wird auf die besondere Situation der Vertragsabwicklung als Mehrwertdienstleistung unter Beteiligung von Telekommunikationsdienstleistern mit eigenen Ansprüchen eingegangen. Zuletzt werden mögliche Unwirksamkeits- und Nichtigkeitsgründe von Mehrwertdienstverträgen über die Gewinnspielteilnahme aufgezeigt.

Im fünften Kapitel wird untersucht, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen mehrwertgebührenpflichtige Gewinnspiele als Glücksspiele im Sinne des § 284 StGB zu beurteilen sind. Dies kann nicht geschehen, ohne sich mit dem Zweck des strafbewehrten Glücksspielverbotes auseinander zu setzen und zwischen unterschiedlichen Spielmodellen zu differenzieren.

Im sechsten Kapitel wird eine mögliche Parallele zwischen Gewinnspielen über Mehrwertdiensternummern und Spielen mit Gewinnmöglichkeit nach den §§ 33c ff der Gewerbeordnung gesucht und die Frage eines Genehmigungserfordernisses bzw. einer Genehmigungsmöglichkeit aus gewerberechtlicher Sicht erörtert.

Im siebten Kapitel wird überprüft, ob mehrwertgebührenpflichtige Gewinnspielveranstaltungen im Rundfunk dem redaktionellen Programm, der Werbung oder dem Teleshopping zuzuordnen sind. Im Anschluss wird gefragt, ob die Präsentation und Durchführung von Gewinnspielen über Mehrwertdiensternummern in der Call-In-Show zwangsläufig als Rundfunk zu qualifizieren ist oder nicht auch eine Einordnung als Telemedium denkbar ist.

Im achten Kapitel wird dargestellt, welchen wettbewerbsrechtlichen Anforderungen Telefongewinnspiele über Mehrwertdiensternummern unterliegen und wie sie sich zu herkömmlichen kostenlosen Postkartengewinnspielen verhalten. Untersucht wird auch, wie der verständige Verbraucher die Präsentation der Spiele und Teilnahmebedingungen im Rundfunk aufnimmt.

Im letzten Kapitel folgt eine abschließende Gesamtdarstellung der gefundenen Ergebnisse sowie ein Fazit.

C. Grundlagen

I. Das (Gewinn-) Spiel

Der Begriff „Spiel“ entstammt dem althochdeutschen Wort für Tanzbewegung („*spil*“). „Spiel“ ist jede Tätigkeit, die sich „frei von äußerer Zwecksetzung oder Zwang vollzieht“²⁹. Differenziert wird nach den Spielformen Agon (Wettstreit), Alea (Zufall), Mimikry (Verkleidung) und Ilinx (Rausch), wobei entweder nach festen Regeln gespielt wird (*ludus*) oder allein Kreativität und Freude den Ablauf bestimmen (*paida*)³⁰.

Hat das grundsätzlich zweckfreie Spiel eine Funktion, die über die Zerstreuung hinausgeht, kann es seinen Spielcharakter verlieren. Insbesondere im Zusammenhang mit Spielen, die eine Belohnung für denjenigen Spielteilnehmer aussetzen, der ein bestimmtes Spielziel als einziger oder erster erreicht (Gewinnspielen), kann zweckgebundenes Handeln dominieren und das Geschehen aus soziologischer Sicht kein Spiel mehr sein³¹.

Spätestens also, wenn das Spiel über die Unterhaltung und den Zeitvertreib hinausgeht, wird es auch rechtlich relevant. Bereits das *Reichsgericht* stellte klar, dass Spiele dann Bedeutung für das Recht gewinnen, wenn „um Vermögenswerte, insbesondere um Geld gespielt wird“³². Das spielerische Element kann hier durch das Bestreben verdrängt werden, materielle Vorteile zu erlangen, je nach Ausgestaltung des Spiels auch in kurzer Zeit und ohne Anstrengung³³. Gesetzliche Regelungen finden sich grundsätzlich nur zu solchen Geschehensabläufen, bei denen Vermögenswerte auf dem Spiel stehen³⁴. So sind in einem ersten Schritt „Gewinnspiele“ als „Spiele *mit* Gewinnmöglichkeit“ von den „Unterhaltungsspielen“ als den „Spiele *ohne* Gewinnmöglichkeit“ abzugrenzen³⁵.

²⁹ Brockhaus.

³⁰ Vgl. *Runkel*, Spiel, S. 11 f (unter Bezugnahme auf *Caillois, Roger*, Definition und Einteilung der Spiele (1958), in: Scheuerl, Hans, [Hrsg.], Theorien des Spiels, 10. Auflage, 1975, S. 165).

³¹ Der Tennisprofi oder Berufsgolfer „spielt“ nicht mehr, sondern handelt zweckgerichtet, indem er mit seinem Tun den Lebensunterhalt bestreitet.

³² RG, Urteil vom 07.12.1906, Az.: V 473/06, RGSt 40, 21/33.

³³ Vgl. *Kummer*, GewArch 1988, 264.

³⁴ Vgl. §§ 33 c ff GewO (Spielgeräte und Spiele mit *Gewinnmöglichkeit*), §§ 284 ff StGB (Glücksspiele [Voraussetzung: *nicht nur unerheblicher Vermögenswert* als Spielgegenstand]), §§ 4 Nr. 5 und Nr. 6 UWG (*Gewinnspiele* und *Preis Ausschreiben*), §§ 657 ff (Auslobung einer *Belohnung* und *Preis Ausschreiben*), § 762 BGB (Spiel, Wette [Voraussetzung: Übernahme von *vermögenswerten Verlustrisiken*]).

³⁵ So auch *Raitz von Frenzt/Masch*, ZUM, 189/189 f. Vgl. auch § 33i Abs. 1 S. 1 GewO, der von „Unterhaltungsspielen ohne Gewinnmöglichkeit“ spricht. Im Strafrecht wird der Begriff des Unterhaltungsspiels mitunter auch für reine Zufallsspiele um geringwertige Vermögenswerte verwendet, um das strafbare Glücksspiel vom straflosen abzugrenzen, vgl. hierzu Kapitel 5, B, IV. Nach der hier gefundenen Abgrenzung sind solche Spiele jedenfalls auch Gewinnspiele, wenn Vermögenswerte zu erlan-

Bei Gewinnspielen besteht das Teilnahmemotiv auch oder ausschließlich im „Reiz des Gewinns“³⁶ bzw. der Erlangung der auf dem Spiel stehenden Vermögenswerte. Bei Spielen ohne Gewinnmöglichkeit liegt das Spielmotiv dagegen zwangsläufig allein in der „Freude an der Spieltätigkeit“³⁷ bzw. dem „Spielvergnügen“³⁸.

1. Gewinnspielrelevante rechtliche Begriffe und Regelungen

Das Recht differenziert weiter zwischen „Spiel“ (§ 762 BGB), „Gewinnspiel“ (§ 4 Nr. 5 und Nr. 6 UWG), „Preisausschreiben“ (§ 661 BGB; § 4 Nr. 5 und Nr. 6 UWG), „Glücksspiel“ (§ 284 StGB) und „Spiel mit Gewinnmöglichkeit“ (§ 33d GewO). Im Folgenden werden die einzelnen Begriffe und die damit verbundenen gesetzlichen Regelungen einführend dargestellt:

Das Bürgerliche Gesetzbuch versteht unter einem „Spiel“ im Sinne von § 762 BGB eine Vereinbarung, nach der der Ausgang einer nach bestimmten Regeln vorgenommenen Tätigkeit oder der Eintritt einer zufallsabhängigen Tatsache entscheidet, welcher Vertragspartner einen vermögenswerten Verlust hinnehmen muss³⁹. Im „Spiel“ riskieren die Beteiligten eigene Vermögenswerte, um fremde Vermögenswerte zu erlangen. Die Spielform ist aleatorisch.

Bei der „Auslobung“ nach §§ 657 ff BGB verspricht der Auslobende öffentlich eine Belohnung für die „Vornahme einer bestimmten Handlung“, insbesondere die „Herbeiführung eines bestimmten Erfolges“. Im Rahmen der Sonderform des „Preisausschreibens“ wird ein Preis öffentlich ausgelobt, die Handlung bzw. Erfolgsherbeiführung muss innerhalb einer bestimmten Bewerbungsfrist gelingen (§ 661 Abs. 1 BGB). Die geforderte Handlung wird beim Preisausschreiben üblicherweise qualitativ unterschiedlich erbracht (§ 661 Abs. 2 und 3 BGB), bei der Auslobung erfolgt die Differenzierung gegebenenfalls nach der Schnelligkeit (vgl. § 659 Abs. 1 BGB). Der Auslobende verspricht einen Vermögenswert, um als Gegenleistung die geforderte Handlung zu erhalten. Aufgrund der Vielzahl der Auslobungsadressaten besteht die Unsicherheit, trotz Vornahme des verlangten Tuns keine Belohnung zu erhalten, weil ein anderer schneller oder besser war. So kann unter den Auslobungsadressaten ein Leistungswettbewerb um den ausgelobten Preis im Sinne eines Wettstreites (Agon-Spielform) vorliegen.

gen sind, also Gewinne ausgesetzt werden, die nicht nur symbolischen Wert haben.

³⁶ RGSt 40, 21/25.

³⁷ RGSt 40, 21/25.

³⁸ Raitz von Frenzt/Masch, ZUM, 189/190.

³⁹ MünchKommBGB/Habersack § 762, Rn. 4 f; Henssler, Risiko, S. 427. Hierzu im Einzelnen Kapitel 4, C.

Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) setzt die Begriffe „Gewinnspiel“ und „Preisausschreiben“ voraus, ohne sie gesetzlich zu definieren oder voneinander abzugrenzen. Auch die Gesetzesergründung zum neuen UWG macht keine Definitions- und Abgrenzungsversuche, sondern spricht von „Preisausschreiben und Gewinnspielen mit Werbecharakter“⁴⁰. Der *BGH* bewertete „Preisausschreiben“ zu Werbezwecken in der wettbewerbsrechtlichen Rechtsprechung zunächst nach den Maßstäben der §§ 657, 661 BGB und fragte nach einem „echten Leistungswettbewerb“⁴¹. Später stellte er fest, dass zu Werbezwecken veranstaltete „Preisausschreiben, deren Lösung jedermann ohne Mühe möglich ist, also keine echte Leistung der Teilnehmer erfordern (Gratisverlosungen)“ aus wettbewerbsrechtlicher Sicht wie echte Preisausschreiben zu behandeln seien⁴². Folglich ist die Bezeichnung und Einordnung als „Gewinnspiel“ einerseits oder „Preisausschreiben“ andererseits irrelevant, da aus wettbewerbsrechtlicher Sicht keine Beurteilung der Gewinnvoraussetzungen erfolgt⁴³. Im „Gewinnspiel“ im Sinne des UWG vergibt der Veranstalter einen Vermögenswert, ohne von den Teilnehmern eine direkte persönliche Gegenleistung oder einen entgeltlichen Einsatz zu verlangen⁴⁴. Abgezielt wird auf die mit der Spieldurchführung verbundene Aufmerksamkeit für den Veranstalter und seine Produkte⁴⁵. Üblicherweise hat das „Gewinnspiel“ Verlosungscharakter und stellt somit eine Alea-Spielform dar.

Bei einem „Glücksspiel“ im Sinne von § 284 StGB hängt die Entscheidung über Gewinn oder Verlust nicht wesentlich von den Fähigkeiten und Kenntnissen der Spieler ab, sondern allein oder hauptsächlich vom Zufall⁴⁶. Durch die Frage nach der Zufallsabhängigkeit erfolgt die Definition des „Glücksspiels“ als klassischer Alea-Spielform in Abgrenzung zum (überwiegend) zufallsresistenten straflosen „Geschicklichkeitsspiel“ als typischer Agon-Spielform. Ein Glücksspiel setzt zudem voraus, dass nicht nur ganz

⁴⁰ Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 18.

⁴¹ BGH, GRUR 1959, 138/140 („Italienische Note“).

⁴² BGH, GRUR 1973, 474/475 („Mon Cherie Preisausschreiben“).

⁴³ Auch das neue UWG keine unterschiedlichen Rechtsfolgen für Gewinnspiele einerseits und Preisausschreiben andererseits. Letztendlich macht die Erwähnung des Preisausschreibens neben dem Gewinnspiel in § 4 Nr. 5 und 6 UWG allenfalls Sinn, wenn der Begriff des Preisausschreibens im zivilrechtlichen Sinne verstanden wird und eine Klarstellung für den Ausnahmefall betrifft, dass echte Preisausschreiben (auch) zu werblichen Zwecken eingesetzt werden. So wohl auch Hefermehl/*Köhler*/Bornkamm, § 4, Rn. 1.118 f.

⁴⁴ Hefermehl/*Köhler*/Bornkamm, § 4, Rn. 1.121.

⁴⁵ Auch die Erlangung der Adressdaten der Teilnehmer als potentieller Kunden kann Motiv der Veranstaltung sein.

⁴⁶ Ständige Rechtsprechung, vgl. etwa RGSt 18, 1/6; RGSt 62, 163/165; BGHSt 2, 274/276 („Spiral-Roulette“); BGHSt 34, 171/175 = NJW 1987, 851/852 („Kettenbriefaktion“).

unerhebliche bzw. unbeträchtliche Spieleinsätze zu erbringen sind⁴⁷. Im Glücksspiel riskieren die Beteiligten eigene Vermögenswerte, um fremde Vermögenswerte zu erlangen.

Das Gewerberecht unterscheidet in der Gewerbeordnung zwischen „Spielgeräten mit Gewinnmöglichkeit“ (§ 33c GewO) und „anderen Spielen mit Gewinnmöglichkeit“ (§ 33d GewO). Als „Spielgeräte“ sind Gegenstände definiert, die den Spielausgang durch technische Vorrichtungen beeinflussen⁴⁸. Hierzu gehören insbesondere die klassischen Kneipen-Geldspielautomaten⁴⁹. Zu den „anderen Spielen“ zählen alle weiteren Spielformen mit Gewinnmöglichkeit, die nach § 33h Nr. 3 GewO aber keine „Glücksspiele im Sinne des § 284 des Strafgesetzbuches“ sein dürfen. Spiele und Spielgeräte nach §§ 33c ff GewO sind entgeltlich und bieten einen Gewinn. Folglich setzen die Beteiligten auch hier Vermögenswerte ein, um Gewinne zu erlangen.

2. Bestimmung eines rechtsübergreifend einheitlichen „Gewinnspiel“ - Begriffs

Alle soeben beschriebenen rechtlichen Erscheinungsformen stimmen insoweit überein, dass immer mindestens eine Partei eine geldwerte Leistung in Aussicht stellt, die eine andere Partei durch ein bestimmtes Tun anstrebt, aber nicht sicher erhält. Hieraus bilde ich einen rechtsübergreifend einheitlichen Oberbegriff des Gewinnspiels „auf kleinstem gemeinsamen Nenner“, der alle Geschehensabläufe umfasst, in denen

- eine anbietende Partei („Veranstalter“⁵⁰)
- einer anderen Partei („Teilnehmer“⁵¹)
- für eine bestimmte Tätigkeit
- eine vermögenswerte Leistung (Gewinn) in Aussicht stellt,
- wobei die Gewinnerlangung für den Teilnehmer nicht sicher ist,
 - o wegen der Leistungsanforderungen an die Tätigkeit (Agon)
 - o oder aufgrund der alleinigen Abhängigkeit der Gewinnerlangung von Zufallselementen bzw. Unwägbarkeiten (Alea)
 - o oder wegen einer Kombination beider Faktoren.

⁴⁷ BGH NJW 1987, 851/852 („Kettenbriefaktion“); OLG Köln, NJW 1957, 721/721; BayObLG, GA 1956,385/386.

⁴⁸ Marcks, in: Robinski, S. 139 f.

⁴⁹ Im Volksmund auch als „Groschengräber“ bezeichnet.

⁵⁰ Der Begriff „Veranstalter“ wird üblicherweise verwendet, wenn die anbietende Partei sich an eine Vielzahl von Personen richtet.

⁵¹ Der Begriff „Teilnehmer“ wird üblicherweise verwendet, wenn die anbietende Partei sich als Veranstalter an eine Vielzahl von Personen richtet.

Ob die „bestimmte Tätigkeit“ des Teilnehmers als geistiger oder körperlicher („Geschick“, „echte Leistung“), finanzieller („Teilnahmegebühr“, „Einsatz“, „Übernahme eines Verlustrisikos“) oder überhaupt kein Aufwand („Glück“, „Zufall“) zu qualifizieren ist, ist für das Gewinnspiel dagegen genauso wenig konstitutiv wie das Motiv des Veranstalters für die In-Aussicht-Stellung des Gewinns, welches insbesondere in Werbung, Kundenbindung, Unterhaltung, Kommerzialisierung der zu erbringenden Tätigkeit des Teilnehmers oder Gewinnerzielung (aus einem Entgelt bzw. Einsatz des Teilnehmers) liegen kann⁵².

II. Mehrwertdienste, Mehrwertdiensternummern und Intelligentes Netz

1. Begriff des Mehrwertdienstes

Mehrwertdienste⁵³ sind entgeltliche⁵⁴ Dienstleistungen des Fernabsatzes, die neben der Basisdienstleistung „Kommunikation“ über die Kommunikationsmittel (Mobil-) Telefon, Telefax oder Internet angeboten, durchgeführt und abgerechnet werden⁵⁵. Auf Grundlage existierender Fernmeldedienste erfolgt eine zusätzliche Wertschöpfung - der Mehrwert. Mehrwertdienste gehen demzufolge über reine Telekommunikationsdienste im Sinne der Herstellung einer Verbindung hinaus, werden aber im Leistungsbündel mit diesen in einem Preis - regelmäßig über die Telefonrechnung - abgerechnet⁵⁶. Der Mehrwert-Diensteanbieter erhält vom Telekommunikationsdienstleister für seine

⁵² Die gleiche rechtsübergreifend einheitliche Gewinnspieldefinition findet *Koch*, Gewinnspiele, S. 18 f. Im Ergebnis ebenso *Harte/Henning/Bruhn*, § 4 UWG, Vor Nr. 5, Rn. 4 ff. Vgl. auch schon RGSt, 40, 21/32 f sowie OVG LSA, GewArch 2002, 199, die das „Gewinnspiel“ als Oberbegriff für die Unterarten „Geschicklichkeitsspiel“ und „Glücksspiel“ verwenden. Auch *Bahr*, Glücks- und Gewinnspielrecht, Rn. 39, wählt das Gewinnspiel als Oberbegriff, will aber Glücksspiele im Sinne von § 284 StGB explizit ausnehmen. Wiederum anders dagegen *Raitz von Frenzt/Masch*, ZUM 189/189, die „Spiele mit Gewinnmöglichkeit“ als Oberbegriff wählen und dann zwischen Gewinnspielen (unentgeltlich) und Glücks- bzw. Geschicklichkeitsspielen (jeweils entgeltlich) trennen.

⁵³ Der Begriff ist die wörtliche Übersetzung von „value added services“.

⁵⁴ Für den Endkunden unentgeltliche Telefon-Mehrwertdienste werden als „Servicenummern“ bezeichnet. So insbesondere diejenigen über die „0800“ - Rufnummerngassen, bei denen der Anrufende nicht einmal ein Entgelt für die Telekommunikationsdienstleistung aufbringen muss. Geringfügig gebührenpflichtig sind die „0180x“ - Rufnummerngassen, die als „Shared-Cost-Dienste“ bezeichnet werden. Das an den Rufnummernanbieter zu entrichtende Entgelt wird zwischen dem Nutzer der Nummer und dem Anrufer aufgeteilt. Entscheidend ist, dass vom Anrufer kein Geld erhoben werden darf, das dem Nutzer zufließt.

⁵⁵ Vgl. auch die Definition der „Mehrwertdiensternummern“ in § 13 a S. 1 TKV als „Nummern, mittels derer neben Telekommunikationsdienstleistungen weitere Dienstleistungen angeboten werden“. Die TKV ist inzwischen in das TKG integriert worden. Nach § 3 Nr. 17a TKG sind „Premium-Dienste“ Dienste, insbesondere der Rufnummernbereiche (0)190 und (0)900, bei denen über die Telekommunikationsdienstleistung hinaus eine weitere Dienstleistung erbracht wird, die gegenüber dem Anrufer gemeinsam mit der Telekommunikationsdienstleistung abgerechnet wird und die nicht einer anderen Nummernart zuzurechnen ist“.

⁵⁶ *Vander*, Mehrwertdienste, S. 30; *Härting*, Mehrwertdienste, Rn. 2; *Stogmüller*, CR 2003, 251/253.

Dienstleistung einen Teil des insgesamt zu zahlenden Entgelts, welches im Vergleich zu den Gebühren für die Telekommunikationsdienstleistung erhöht ist. Hieraus folgt auch der für Mehrwertdienste gebräuchliche Begriff der Premium-Rate-Dienste („Dienste höherer Gebühr“)⁵⁷. Unterschieden wird zwischen Telefonmehrwertdiensten (auch: Sprachmehrwertdiensten) und Datenmehrwertdiensten, bei denen Informationen per Datentransfer über die Telefonleitung übertragen werden.

Soweit im Folgenden von „Mehrwertdiensten“ die Rede ist, sind ausschließlich Mehrwertdienste über das (Mobil-) Telefon gemeint, für die eine - gegenüber der Telekommunikationsgebühr für ein normales Telefonat bzw. eine normale SMS - erhöhte Mehrwert-Gebühr („Premium Rate“) anfällt und einem telekommunikationsfremden Diensteanbieter zufällt.

2. Relevante Nummernräume

Mehrwertdienste werden in speziellen Nummerngassen realisiert. Zur Abwicklung von Telefongewinnspielen unter Erzielung von Einnahmen aus den Telefongebühren kommen „Televoting“-Nummern (Nummerngasse „0137x“), „Premium-Rate“-Nummern (Nummerngasse „0900“, früher „0190“) und „Premium-SMS“ (über Kurzwahlnummern) in Frage⁵⁸. Wenn im weiteren Verlauf ohne Differenzierung von Mehrwertdiensterufnummern oder der Kurzform „Mehrwertnummern“ gesprochen wird, so umfasst die Bezeichnung Rufnummern in den Nummerngassen „0137x“ und „0900“ sowie Kurzwahlnummern für Premium-SMS.

a) Televoting- bzw. MABEZ-Nummern („0137“)

Das Televoting-System über die Rufnummerngassen „0137x“ ist grundsätzlich für Massenansrufe innerhalb kurzer Zeiträume konzipiert, insbesondere im Zusammenhang mit Abstimmungen im TV. § 3 Nr. 11d TKG spricht von „Massenverkehrs-Dienste(n)“ als Diensten, „insbesondere des Rufnummernbereichs (0)137, die charakterisiert sind durch

⁵⁷ Vander, Mehrwertdienste, S. 31.

⁵⁸ Die Rufnummerngassen „118xy“ für „Auskunftsdienste“ dürfen dagegen nur für solche Informationsdienste eingesetzt werden, die „ausschließlich der Weitergabe von Rufnummer, Name, Anschrift und zusätzlichen Angaben von Telekommunikationsnutzern dienen“ (vgl. Zuteilungsregeln der Bundesnetzagentur, abrufbar unter <http://www.bundesnetzagentur.de>). Auch die Rufnummerngasse „012“ kommt für die Abwicklung von Gewinnspielen grundsätzlich nicht in Betracht. Sie ist für „Innovative Dienste“ reserviert, worunter insbesondere Anwendungen mit solchen Merkmalen fallen, die die Nutzung anderer Nummernräume ausschließen (vgl. „Regeln für die Zuteilung von Rufnummern für neuartige Dienste“, RegTP-Verfügung Nr. 28/1999, Amtsblatt RegTP 04/99, S. 2, abrufbar unter <http://www.bundesnetzagentur.de/media/archive/11394.pdf>). Darunter fallen etwa solche Modelle, bei denen eine hohe Anzahl an Einzelrufnummern mit einheitlicher Dienstekennzahl benötigt wird.

ein hohes Verkehrsaufkommen in einem oder mehreren kurzen Zeitintervallen mit kurzer Belegungsdauer zu einem Ziel mit begrenzter Abfragekapazität“. Neben der Bezeichnung Televoting-Dienst ist der Begriff „MABEZ“⁵⁹ - Dienst gebräuchlich.

Den ersten MABEZ-Service führte die Deutsche Telekom AG 1997 als „T-Vote-Call“ ein. Seit Aufhebung des Monopols der Deutsche Telekom AG im Sommer 2002 werden MABEZ-Dienste auch von anderen Telekommunikationsdienstleistern angeboten⁶⁰. In Abhängigkeit zur Abfragekapazität als Belegung pro Minute wird zwischen fünf MABEZ-Typen unterschieden. Typ 5 kann bis zu 96.000 Anrufe pro Minute verwalten⁶¹.

Die Tarifierung eines Televoting-Dienstes erfolgt beim Aufbau der Verbindung zu einem gesprächsdauerunabhängigen Festpreis und liegt je nach Tarifikennung⁶² zwischen 0,14 Euro und 1,0 Euro. Für die Rufnummerngasse „0138“ und die Rufnummerngasse „0137“ mit der Tarifikennung 1-5 fallen Verbindungskosten von 0,14 Euro an. 0137-6 Nummern kosten 0,25 Euro, für 0137-7 Nummern sind 1,0 Euro aufzubringen. Die Anwahl der Rufnummerngassen 0137-8 und 0137-9 kostet 0,5 Euro pro Anruf. In Abhängigkeit vom Anrufvolumen fließen dem Inalteanbieter (Mehrwertdienstleister) bei Verwendung von 0137-Nummern mit den Tarifikennungen -7 bis -9 bis zu 70 Prozent der (Brutto-) Gebühren zu⁶³.

Aufgrund der gesprächsdauerunabhängigen Tarifierung hängt der wirtschaftliche Erfolg der Schaltung von 0137x-Mehrwertnummern allein von der Anzahl der Verbindungsherstellungen ab.

b) Premium-Rate-Nummern („0900“)

Nach § 3 Nr. 17a TKG sind „Premium-Dienste“ Dienste, insbesondere der Rufnummernbereiche (0)190 und (0)900, bei denen über die Telekommunikationsdienstleistung hinaus eine weitere Dienstleistung erbracht wird, die gegenüber dem Anrufer gemeinsam mit der Telekommunikationsdienstleistung abgerechnet wird und die nicht einer anderen Nummernart zuzurechnen ist“. Bei Premium-Rate-Rufnummern erfolgt die

⁵⁹ „Massenverkehr zu bestimmten Zielen“.

⁶⁰ beispielsweise „Talkline ID“; „dtms“ oder „IN-Telegence“.

⁶¹ Vgl. „Spezifikation Behandlung von Massenverkehr zu bestimmten Zielen“, Ausgabestand 2.0.0 vom 11.06.2002, S. 11, herausgegeben vom Arbeitskreis technische und betriebliche Fragen der Nummerierung und Netzzusammenschaltung (AKNN), erarbeitet vom UAK MABEZ, abrufbar unter http://www.aknn.de/fileadmin/uploads/oeffentlich/Spezifikation_MABEZ_v200_.pdf (Stand: 30.10.2007).

⁶² Tarifikennung ist die erste Ziffer nach der Dienstkennzahl („0137“ bzw. „0900“).

⁶³ Zahlen zur Anbietersvergütung nach *Goldhammer/Lessig*, Call Media, S. 34; *Elixmann/Schäfer*, Markt für Mehrwertdienste, S. 6.

Tarifierung im Minutentakt. § 66d Abs. 1 S. 1 TKG legt eine gesetzliche Minutenpreisobergrenze von 3 Euro fest. Bis zu dieser Grenze sind die Rufnummern mit Einführung der Nummerngasse „0900“ individuell tarifierbar. Von den pro Minute anfallenden Anrufkosten erhält der Mehrwertdienstleister Ausschüttungen, die im Bereich zwischen 40 bis 75 Prozent der (Brutto-) Gebühren liegen⁶⁴.

Der wirtschaftliche Erfolg der Schaltung von 0900-Mehrwertnummern ist nicht allein von der Anzahl der Verbindungsherstellungen abhängig, sondern kann auch durch die Dauer der Verbindungshaltung beeinflusst werden.

c) Premium-SMS (über Kurzwahlnummern)

Mehrwertdienstleistungen werden heute auch in Mobilfunknetzen angeboten. Die Verbindung von Mehrwertdienstleistung und Mobilfunkgerät erfolgt überwiegend über sogenannte Kurzwahlnummern (Short-Code-Nummern). Nach § 3 Nr. 11b sind „Kurzwahldienste“ Dienste, die die Merkmale eines Premium-Dienstes haben, jedoch eine spezielle Nummernart mit kurzen Nummern nutzen; Diese sind ohne Netzvorwahl erreichbar und bestehen daher nur aus vier bis sechs Ziffern“. Nicht sprachgestützte Kurzwahlnummern sind zur Interaktion per SMS bzw. MMS eingerichtet. SMS an mobile Kurzwahlnummern sind grundsätzlich frei tarifierbar. Gemäß § 66d Abs. 2 S. 1 TKG darf der Preis für zeitunabhängig über Rufnummern für Premium-Dienste abgerechnete Dienstleistungen höchstens 30 Euro pro Verbindung betragen.

3. Intelligentes Netz und Routing

Mehrwertnummern basieren auf dem Konzept des „Intelligent Network“ (IN)⁶⁵. Das IN bietet eine Erweiterung des physischen Telefonnetzes durch komplexe Vermittlungsleistungen von Hochleistungsrechnern. Bei Anrufen/SMS, bei denen ein IN-Dienst aktiv wird, erfolgt eine Anfrage von einer Netz-Vermittlungsstelle zu einem zentralen Rechner, wie mit dem Anruf/der SMS zu verfahren ist. Dessen Programmierung entscheidet, welches Ziel angesteuert wird. So können die unter einer Mehrwertnummer eingehenden Anrufe/SMS beliebig auf verschiedene Ziele verteilt werden („Routing“). Die Zuweisung kann zeitabhängig oder anruferzahlhängig (prozentual, als sog. „Vorzählfak-

⁶⁴ Zahlen zur Anbietervergütung nach *Goldhammer/Lessig*, Call Media, S. 32; *Elixmann/Schäfer*, Markt für Mehrwertdienste, S. 6.

⁶⁵ Eingehend zu Begriff, Technik und Funktionsweise des IN: *Siegmund*, Intelligente Netze, S. 1 ff und *Technik der Netze*, S. 679 ff; *Krusch*, Telefonnetz, S. 1 ff.

tor“) erfolgen⁶⁶. Die Intervalle können jederzeit dynamisch („frei wählbar“) verändert und so an das aktuelle Anruf/SMS-Volumen angepasst werden⁶⁷. Die Verteilung der eingehenden Anrufe/SMS und die responseabhängige Modifikation des Verteilungsschlüssels kann der Diensteanbieter selbst festlegen und jederzeit ändern, indem ihm der Nummernprovider mithilfe entsprechender Software via Internet einen direkten Zugang zum Zentralrechner (IN-Plattform) gewährt⁶⁸. Im Ergebnis kann der Mehrwertnummernanbieter „einfach per Mausklick“⁶⁹ entscheiden, wann und wie viele Anrufe/SMS zum jeweiligen Ziel gelangen⁷⁰. Mithilfe von Live-Statistiken („Echtzeit-Reportings“) zu den eingehenden Anrufen/SMS erhält der Diensteanbieter unmittelbare Informationen zur aktuellen Response der Dienstenutzer, auf die er direkt reagieren kann⁷¹.

⁶⁶ Beispiele dazu bei *Siegmund*, Intelligente Netze, S. 238 f.

⁶⁷ Vgl.: Pressemitteilung „Talkline ID erweitert Kapazitäten für 0137-Dienste“ von Talkline ID vom 27.01.04, abrufbar unter <http://www.tariftip.de/news/14594/archiv/Talkline-ID-erweitert-Kapazitaeten-fuer-0137-Dienste.htm> (Stand 30.10.2007).

⁶⁸ *Siegmund*, Intelligente Netze, S. 170, 180 ff, 198 ff; *Goldhammer/Lessig*, Call Media, S. 44. Vgl. dazu auch Pressemitteilung von „Next ID“ vom 26.10.2005, „0137 Interactive Calls: Management wird noch einfacher, abrufbar unter http://next-id.de/fileadmin/content/PDF/presse_NEXT_ID/6_0137_Management_wird_noch_einfacher.pdf, (Stand: 30.10.2007).

⁶⁹ So die IN-telegence GmbH & Co. KG in der Broschüre „teleVote premium“, S. 1, abrufbar unter http://www.in-telegence.net/fileadmin/redaktion/Produktblaetter/PB_teleVote_premium.pdf (Stand: 30.10.2007). Weiter heißt es: „Unser Echtzeitsteuerungssystem macht’s möglich. Den besten Zeitpunkt für Start und Stop ihrer Aktion bestimmen sie selbst. Außerdem sind sie immer über die Entwicklung ihres Anrufs- und SMS-Volumens informiert und können diese Angaben im Programmablauf berücksichtigen.“

⁷⁰ Mit dem Slogan „Gewinnen ist alles“ wirbt die EWE TEL GmbH, in der Broschüre „EWE TEL Servicernummern“, zum „EWE TEL 0137 vote“, S. 3, abrufbar unter <http://www.ewetel.de/vkp/pdf/svicernummern.pdf> (Stand: 30.10.2007). Weiter heißt es auf S. 4: „Mit dem *online manager komfort* konfigurieren Sie Ihre EWE TEL Servicernummern online mit wenigen Klicks. Sie bestimmen so alle Routingoptionen spontan und flexibel. Neue Zielrufnummern können Sie beispielsweise in Sekundenschnelle selbst eingeben und freischalten - ganz einfach von jedem Internetanschluss der Welt aus.“

⁷¹ Vgl. *Goldhammer/Lessig*, Call Media, S. 43 f; *Witzki*, Funkschau 3/2004, 46/47.

Kapitel 2: DAS BEISPIEL AKTUELLER ERSCHEINUNGSFORMEN IN TV UND HÖRFUNK

Dieses Kapitel widmet sich der ausführlichen Darstellung der aktuellen Erscheinungsformen mehrwertgebührenpflichtiger Gewinnspiele im Rundfunk.

A. Formen der Einbindung von Gewinnspielen in den Rundfunk

Es existieren verschiedene Modelle, Gewinnspiele über Mehrwertnummern in das Rundfunkprogramm zu integrieren. Die folgende Darstellung nimmt eine Einteilung nach der Intensität der Einbindung vor und beschreibt den jeweils typischen Ablauf.

I. Die Gewinnspielsendung („Call-In-Show“)

Einziges Inhalt solcher Live-Sendungen ist die Veranstaltung von Gewinnspielen mit Quizfragen über Mehrwertnummern. Die Sendezeit beträgt mindestens eine Stunde. Entweder werden verschiedene Spiele aneinandergereiht, oder ein einziges Spiel über den gesamten Zeitraum absolviert. Wenigstens ein Anrufer wird während der Sendezeit zum Gewinner gekürt⁷².

In TV-Gewinnspielen ist die Mehrwertnummer zur Spielteilnahme die gesamte Sendezeit über eingeblendet. Die Kosten von pro Anruf/SMS, der zu gewinnende Geldbetrag, sowie die aktuelle Gewinnfrage bzw. das jeweils zu lösende Rätsel werden ebenfalls dauerhaft auf dem Bildschirm bzw. einem Bildschirmteil abgebildet. In Hörfunk-Formaten erfolgen diesbezügliche Informationen durch stetig wiederkehrende Einspieler.

Schlüsselfigur der Call-In-Show ist der Moderator. Er präsentiert die Spielaufgaben und animiert zur Anwahl der Mehrwertnummer. Seine Hauptaufgabe besteht darin, aus pas-

⁷² Aktuelle TV-Formate (Stand 11/2007) sind: „Bei uns“, „9Live Kaffeeklatsch“, „9Live Unterwegs“, „9Live Feierabend“, „9Live Pronto“, „9Live Brunch“, „Planet 9“, „Quizzo“, „Koffershow“, „Alles auf Rot“, „Der unfassbare Gewinn“ (alle 9Live, täglich insgesamt über 12 h), „DSF-Das Sportquiz“ (DSF, wochentags 7,5 h, am Wochenende unregelmäßig und seltener), „Hollywood Quiz“ (Das Vierte, täglich 2-3 h [mittags]), „Money Express“ (VIVA, Nick und Comedy Central täglich [außer Di.] 2-3 h [nachts]), „Bei Anruf - Spiel!“ (Tele 5, wochentags 3 h [mittags]), „Kabel eins Filmquiz“ (Kabel eins, Mo.-Do. 1 h [nachts]), „ProSieben Night-Loft“, (Pro7, Mo.-Do. 1 h [nachts]).

Inzwischen werden Call-In-Shows auch in diversen privaten Hörfunk-Sendern ausgestrahlt, nur beispielhaft werden genannt (Stand 11/2007): „2255live - Ihr Gewinnradio“, das täglich von 10-18 Uhr mehrwertgebührenpflichtige Gewinnspiele sendet sowie „Lars Vegas“ (RPR 1, zweimal wöchentlich 2 h).

siven Zuschauern aktive Anrufer zu machen: Er repetiert ständig die anzuwählende Rufnummer, appelliert an die Fähigkeiten der Zuschauer, beteuert die Lösbarkeit der Aufgabe, wedelt im TV-Format mit Geldscheinen, sinniert, was er mit dem Geldgewinn machen würde, vergleicht die Gewinnsumme mit einem durchschnittlichen Monatsgehalt und liefert Begründungen, warum die Chance gerade „jetzt“ ideal sei, anzurufen und zu gewinnen: Bei Sendungen im Tagesverlauf wird darauf hingewiesen, dass die meisten Leute arbeiteten, bei Sendungen in der Nacht, dass schon alle schliefen, bei Sendungen am Wochenende, dass viele unterwegs seien. Außerdem mutmaßt der Moderator kontinuierlich, dass die Durchstellung eines Kandidaten unmittelbar bevorstehe, gleich etwas passiere oder das Spiel bestimmt nicht mehr lange gespielt werde.

In-TV-Formaten werden die verbal-dramaturgischen Darbietungen des Moderators durch Einblendungen der Regie unterstützt: Der zu gewinnende Geld-Betrag wird großformatig eingeblendet oder blinkt unaufhörlich auf dem Bildschirm. Bänder und Banner laufen durch das Bild und kündigen an, dass das Spiel in wenigen Minuten zu Ende sei oder man schnell „in die Leitung“ solle. Geräusche wie das Heulen einer Sirene oder das Ticken einer Uhr werden eingespielt.

Im Ergebnis ist die Call-In-Show weder mit einer herkömmlichen TV-Quizshow vergleichbar, bei der eine klare Trennung herrscht zwischen Studiokandidaten, die am Spiel teilnehmen und Zuschauern, die die Sendung und das Spiel verfolgen, noch mit einem typischen Rundfunkgewinnspiel, welches das übrige Programm üblicherweise nur tangiert.

II. Das programmbegleitende Gewinnspiel

Eine abgeschwächte Form der reinen Call-In-Show sind Formate, bei denen programmbegleitend Gewinnspiele mit Quizfragen über Mehrwertnummern durchgeführt werden. Der Programmschwerpunkt der Sendung liegt nicht in der Veranstaltung von Gewinnspielen.

Im Fernsehen werden Informationssendungen⁷³, Infotainmentformate⁷⁴, Sportübertragungen⁷⁵, Quizshows mit Studiokandidaten⁷⁶ oder Talkshows⁷⁷ mit Gewinnspielen über

⁷³ „Morgenmagazin“ (ZDF).

⁷⁴ Beispiele: „Punkt 6“, „Punkt 9“ und „Punkt 12“ (alle RTL); „Sat.1-Frühstücksfernsehen, „Blitz“ (beide Sat.1); „SAM“ (Pro7). „Infotainment steht für Sendungen, die eine Mischformen aus Information (Nachrichten) und Entertainment (Lifestyle, Unterhaltung) bieten.

⁷⁵ Beispielsweise alle Live-Übertragungen von Fußballspielen im DSF.

⁷⁶ Beispielsweise „Wer wird Millionär“ (RTL).

⁷⁷ Beispielsweise „Britt“ (Sat.1).

Mehrwertnummern kombiniert. Der Moderator fordert in einer gewissen Regelmäßigkeit – etwa vor jeder Werbepause - zur Teilnahme der Zuschauer auf, indem er die Gewinnfrage stellt und die Mehrwertnummer nennt.

Im Hörfunk haben sich Gewinnspielaktionen über Wochen und Monate etabliert⁷⁸. Die Moderatoren weisen im Programmverlauf mehrmals stündlich auf die Gewinnspiele hin, zudem werden Werbe-Jingles unter Nennung der Mehrwertnummer eingespielt. Zum Teil wird auch Plakatwerbung geklebt⁷⁹. Pro Stunde oder mehrmals täglich wird ein Kandidat zur Lösung der Gewinnfrage ins Studio gestellt.

In Live-Sendungen werden die Gewinnspiele durch Zuschaltung eines Kandidaten gegen Ende der Sendung „on air“ durchgeführt⁸⁰. In aufgezeichneten TV-Formaten erfolgt die Gewinnerbekanntgabe am Ende der Sendung durch Einblendung⁸¹.

III. Die programmbegleitende Abstimmung unter zusätzlicher Einräumung einer Gewinnchance

Auch hier liegt der Programmschwerpunkt nicht in der Veranstaltung von Gewinnspielen, sondern in Unterhaltungssendungen, in denen die Zuschauer per Abstimmung („Televoting“) Einfluss auf den Sendeverlauf nehmen können. Beispiele sind Formate wie „Big Brother“ (*RTL II*), „Deutschland sucht den Superstar“, „Let’s dance“ (*RTL*) oder „Stars auf Eis“ (*Pro 7*)⁸². (Studio-) Kandidaten messen sich im Singen, Tanzen oder Eislaufen, die Zuschauer küren die Gewinner per Televoting.

Parallel zur Teilnahme am Voting per Anruf/SMS läuft ein Gewinnspiel, indem alle Abstimmenden automatisch an der Verlosung eines Preises teilnehmen, ohne dass eine Quizfrage zu beantworten ist. Jeder Anrufer/SMS-Absender „votet“, ein Anrufer/SMS-Absender gewinnt zusätzlich.

B. Formen der Einbindung mehrwertgebührenpflichtiger Anrufe und SMS in die Gewinnspielabwicklung

Gewinnspiele werden im privaten Rundfunk derzeit über Televoting-Rufnummern in den Rufnummerngassen „0137-8“ und „0137-9“ angeboten, für deren Anwahl aktuell

⁷⁸ Beispiele: *Radio Regenbogen*: „Wortschatz“ (etwa September-November 2005), „Das geheimnisvolle Geräusch“ (etwa September-Oktober 2006); *RPR 1*: „Das mysteriöse Geräusch“ (etwa September - Oktober 2005); *Antenne Bayern*: „Das geheime Geräusch“; *Hit Radio FFH*: „Soundcheck“.

⁷⁹ So beispielsweise von *Radio Regenbogen* zur Bewerbung des „Wortschatz“ - Gewinnspiels.

⁸⁰ „Punkt 6“, „Punkt 9“ und „Punkt 12“ (alle *RTL*), „Blitz“ (*Sat.1*), „SAM“ (*Pro7*).

⁸¹ Beispielsweise „Wer wird Millionär“ (*RTL*); „Clever“ (*Sat.1*).

⁸² Weitere Beispiele: „Ich bin ein Star - holt mich hier raus!“ (*RTL*), „Die Burg“ (*Pro7*).

0,5 Euro anfallen. Davon erhalten die Dienstanbieter bis zu siebenzig Prozent. Mitunter wird auch die alternative Teilnahmemöglichkeit durch Absendung einer Premium-SMS an eine Kurzwahlnummer eingeräumt. Auch hier werden bisher maximal 0,5 Euro pro SMS berechnet. Davon erhalten die Dienstanbieter bis zu fünfzig Prozent⁸³.

Im öffentlichen Rundfunk wird vereinzelt die Rufnummerngasse „0137-6“ eingesetzt, für die 0,25 Euro pro Anruf fällig werden⁸⁴. Die Verwender können hier grundsätzlich Sharings in Höhe von bis zu vierzig Prozent beanspruchen.

Die mehrwertgebührenpflichtigen Anrufe und SMS werden dabei auf unterschiedliche Art und Weise in die Spielabwicklung eingebunden. Im Folgenden werden die verschiedenen Spielmodelle dargestellt, bei denen die Anwahl der Mehrwertnummer nur der Teilnahme am Gewinnspiel dient, also *kein* Voting durchgeführt wird.

I. Das klassische Anrufbeantworter-Spiel: Garantierte Registrierung mit sich anschließender Auslosung

Das Spielmodell ist insofern klassisch, als die Gewinnspielteilnahme mit jeder entgeltlichen Verbindungsherstellung bzw. jeder entgeltlichen Absendung einer SMS-Kurzmitteilung garantiert wird. Die Mehrwertgebühr fällt nur für die erfolgreiche Registrierung und Teilnahme an einer dem Anruf bzw. der SMS-Mitteilung zeitlich nachfolgenden Gewinnspielentscheidung an.

Die teilnahmewilligen Anrufer erreichen ausnahmslos eine Registrierungsplattform, auf der entweder nur der Teilnahmewunsch (Registrierung als potentieller Kandidat) oder schon die Antwort auf eine Quizfrage (Registrierung als potentieller Gewinner) zu hinterlassen ist.

Die Teilnehmer per SMS registrieren sich durch Anwahl der Kurzwahlnummer und automatische Registrierung ihrer Mobilfunknummer oder durch Eingabe der Lösungsantwort bzw. Lösungsziffer. Im Anschluss erhalten sie eine Registrierungsbestätigung. Nach einer Sammelphase wird – im Live-Spiel – ein Kandidat aus der Gesamtheit der registrierten potentiellen Kandidaten per Zufallsentscheid ausgewählt und zur Gewinnspielteilnahme in der Sendung zurückgerufen oder – in aufgezeichneten Formaten – der Gewinner aus der Gesamtheit der registrierten Teilnehmer mit der richtigen Lösungsantwort ausgelost und – durch Einblendung – veröffentlicht.

⁸³ Zahlen zur Anbietervergütung nach *Goldhammer/Lessig*, Call Media, S. 34 u. 40.

⁸⁴ Vgl. etwa das Gewinnspiel „Richtig oder falsch?“ im „Morgenmagazin“ des ZDF.

Diese klassische Anrufbeantwortervariante wird im Rundfunk nur noch vereinzelt im Zusammenhang mit Gewinnspielangeboten genutzt, die programmbegleitend zu aufgezzeichneten Sendungen veranstaltet werden⁸⁵.

II. Neue Spielmodelle mit unmittelbarer mehrwertgebührenpflichtiger Anruferabweisung

Die eigentliche „Geschäftsidee“, die den Boom der Call-In-Gewinnspiele in TV und Hörfunk auslöste, besteht darin, auch ohne die Durchführung von Abstimmungen massenhaft Telefonanrufe gebührenpflichtig anzunehmen. Die Abstimmungs- und Zählfunktion des Televoting-Systems wird bei Gewinnspielen gewissermaßen als „kostenpflichtiges Besetzzeichen“ eingesetzt. Im Rahmen der Spieldurchführung wird - wie für die Abstimmung konzipiert - jeder Anruf gebührenpflichtig angenommen. Nicht nur die Anrufe derjenigen, die sich als Kandidat registrieren lassen oder eine Gewinnfrage in der Live-Sendung beantworten dürfen, werden tarifiert, sondern auch die Anrufe der Teilnahmeinteressenten, die nicht zum eigentlichen Ziel „durchkommen“ und ihren Teilnahme-Wunsch nicht kommunizieren dürfen. Anstelle der bei Abstimmungen üblichen Mitteilung „Ihre Stimme wurde gezählt“, erhalten die Anrufer eine Sprachansage mit folgendem Inhalt: „Vielen Dank für Ihren Anruf! Leider haben sie dieses Mal kein Glück gehabt! Versuchen sie es gerne noch einmal!“.

Wenn auch die Teilnahme per Premium-SMS angeboten wird, muss eine Kurzmitteilung ohne Textinhalt zur Kommunikation des Teilnahmewunsches gesendet werden. Der nicht ausgewählte SMS-Absender erhält innerhalb weniger Sekunden eine unmittelbare Rückantwort per Kurzmitteilung, die ihn über die Vergeblichkeit seines Teilnahmeversuches ins Bild setzt. Der gängige Text lautet hier: „Der Buzzer/Hot Button hat leider noch nicht zugeschlagen! Auf geht’s! Schnell noch mal probieren!“.

Im Unterschied zum klassischen Telefongewinnspiel in der Anrufbeantwortervariante ohne Anruferabweisung oder auch herkömmlichen Postkarten-Gewinnspielen wird durch Spielmodelle mit unmittelbarer gebührenpflichtiger Anruferabweisung nicht ein Gewinner unter allen Teilnehmern ausgelost, sondern einzelne Teilnehmer aus der Gesamtheit der Teilnehmewilligen. Objektiv macht es bei Gewährung von Chancengleich-

⁸⁵ Ein Beispiel ist das Zuschauer-Gewinnspiel, das parallel zur Ausstrahlung der RTL-Sendung „Wer wird Millionär?“ durchgeführt wird. Die Teilnehmer sendet eine Premium-SMS, deren Eingang bestätigt wird. Am Ende der Sendung wird der Gewinner, der aus allen eingegangenen SMS mit der richtigen Lösungsantwort ermittelt wurde, durch Einblendung bekannt gegeben.

heit zwar keinen Unterschied, ob erst die Gewinner aus allen registrierten Teilnehmern ausgelost werden, oder schon die zur Registrierung zuzulassenden Teilnehmer aus allen anrufenden Teilnehmewilligen. Subjektiv motiviert das Voranstellen einer Zufallsentscheidung allerdings zur Mehrfachteilnahme: Wer sich durch einen Anruf als potentieller Kandidat oder Gewinner registrieren lassen kann, wird das weitere Spielgeschehen bzw. das weitere Sammeln von Anrufern aus der Sicht eines Teilnehmers verfolgen, der die Chance hat, in der sich anschließenden Auslosung zum Kandidaten oder zum Gewinner zu werden. Wem jedoch das negative Ergebnis der Vorauswahl per Sprachansage oder SMS-Mitteilung unmittelbar mitgeteilt wird, der fällt als Teilnehmer definitiv aus und hat endgültig keine Gewinnchance mehr. Es sei denn, er folgt dem Vorschlag, es noch einmal zu versuchen. Im Zweifel wird er dies tun, da er nach wie vor anrufen und mitspielen kann, nach wie vor gewinnen will und nach wie vor die (vermeintliche) Antwort auf die Quizfrage kennt. Folglich sind Gewinnspiele mit unmittelbarer mehrwertgebührenpflichtiger Anruferabweisung objektiv auf eine Mehrfachteilnahme ausgerichtet, weil das Spielangebot unmittelbar negative Spielentscheidungen herbeiführt, aber daran anschließend die weitere Teilnahmemöglichkeit bietet.

1. Das Anrufbeantworter-Spiel mit Vorzählfaktor: Kombination aus Vorselektion der Anrufer und sich anschließender Auslosung

Das Anrufbeantworter-Spiel mit Vorzählfaktor stellt eine Modifikation der klassischen Anrufbeantwortervariante dar. Der Anrufer muss sich auch hier auf einem Anrufbeantworter anmelden, die entgeltliche Verbindungsherstellung garantiert jedoch keine Registrierungsmöglichkeit als Spielteilnehmer. Die Mehrwertgebühr fällt auch für Registrierungsversuche an. Die nicht zur Registrierung bestimmten Anrufer werden auf eine Audiotex - Plattform geleitet und per Sprachansage über die Erfolglosigkeit des Teilnahmeversuchs informiert.

Dient die Registrierung der Vorauswahl von Kandidaten für eine Live-Sendung, so hinterlässt der erfolgreiche Anrufer im ersten Schritt ausschließlich seine Telefonnummer. Wird das Spiel nicht „on air“ abgewickelt, ist im ersten Schritt bereits die Lösungsantwort auf eine Quizfrage und die Adresse zu hinterlassen.

Nach einer Sammelphase werden unter allen erfolgreich angemeldeten Anrufern im zweiten Schritt – je nach Spielform – Kandidaten oder Gewinner mit der richtigen Lösungsantwort zufällig ausgewählt. Im Live-Spiel werden die ermittelten Kandidaten

vom Veranstalter zurückgerufen und beantworten die Quizfrage in der Sendung. Im anderen Fall werden die ausgelosten Gewinner auf dem Bildschirm eingeblendet.

Das Routing der ankommenden Anrufe erfolgt hier regelmäßig nach einem festgelegten Verteilungsschlüssel. Die eingehenden Anrufe werden nach einer vordefinierten und programmierten Durchlassrate (sog. „Vorzählfaktor“) auf den Anrufbeantworter geführt. In Rundfunkgewinnspielen wurde die Einstellung des Vorzählfaktors bis heute weder in den Spielbedingungen, noch im konkreten Spiel kommuniziert. Praxisüblich ist ein Wert von 25⁸⁶.

2. Das Hot Button - Spiel: Vorselektion der Anrufer zur direkten Durchstellung in eine Live-Sendung

Dieses Spielmodell wird ausschließlich in der Call-In-Show eingesetzt und dient der Direktauswahl von Live-Kandidaten. Die eingehenden Anrufe werden entweder unmittelbar mehrwertgebührenpflichtig abgewiesen und über die Erfolglosigkeit des Teilnahmeversuchs informiert, oder direkt in die Live-Sendung gestellt. Eine Registrierungsplattform ist im Gegensatz zu den Anrufbeantwortervarianten nicht zwischengeschaltet.

Das Routing der eingehenden Anrufe erfolgt hier regelmäßig flexibel. Ob ein Anrufer bzw. SMS-Absender in die Live-Show gestellt wird, um eine Quizfrage zu beantworten, entscheidet ein Auswahlmechanismus, der als „Hot Button“ (*9Live*, *Kabel 1*, u.a.), „Buzzer“ (*DSF*) oder „Chance Button“ (*2255live*) bezeichnet wird⁸⁷.

In den Spielbedingungen heißt es, im Hot Button-Modus werde „zu einem beliebigen Zeitpunkt, entweder innerhalb eines vorgegebenen Zeitfensters oder ohne zeitliche Begrenzung (!) (sog. ‚offener Hot Button‘), nach Aktivierung (!) eines technischen Auswahlmechanismus ein Anrufer ausgewählt“⁸⁸.

Noch verständlich erscheint, dass ein technischer Auswahlmechanismus so programmiert wird, dass innerhalb eines vordefinierten Zeitraums ein Anrufer zufällig ausgewählt wird. Nicht mehr nachvollziehbar ist jedoch, wie ein technischer Auswahlmecha-

⁸⁶ Vgl. *Kreile*, in: zu Salm, S. 206; *Lueg*, Transaktionsfernsehen, S. 5. Grundsätzlich kann jeder anderer Faktor „x“ gewählt werden.

⁸⁷ Im Folgenden wird nur noch der Begriff „Hot Button“ verwendet, der in der Praxis üblicher ist.

⁸⁸ So die wortgleichen Erläuterungen in den „9Live-Mitmachregeln“ unter Ziffer 2 b) (Stand: 12.07.2007, abgerufen unter <http://www.neunlive.de/service/mitmachregeln/> am 30.10.2007) und den „Teilnahmebedingungen“ zum „DSF-Das Sportquiz“ (*DSF*) unter Ziffer 6 b) (ohne Angabe eines Standes, abgerufen unter <http://www.dsf.de/de> am 30.10.2007) sowie die „2255live-Mitmachregeln, Ziffer 2 a) (ohne Angabe eines Standes, abgerufen unter <http://www.2255live.de/dynasite.cfm?dssid=5158&dsmid=82596> am 30.10.2007).

nismus im „offenen Modus“ - also ohne zeitliche Begrenzung - eine zufällige Auswahl treffen soll und kann.

Voraussetzung für jede zufällige Auswahlentscheidung ist zudem, dass der Hot Button - Auswahlmechanismus aktiviert wird („nach Aktivierung“). Die Aktivierung steht aufgrund seines technischen Einflusses auf die Abwicklung der Anrufe grundsätzlich im Ermessen des Mehrwertdiensteanbieters und kann somit „per Mausklick“ erfolgen (s.o.)⁸⁹, auch wenn in den Teilnahmebedingungen darauf verwiesen wird, „die Auswahl der Anrufe“ erfolge über einen „externen Telefon-Dienstleister, der hierzu verschiedene technische Mechanismen“ einsetze, „um die große Anzahl der eingehenden Anrufe zu bewältigen“⁹⁰.

Die Spielpraxis im Hot Button - Modus ist geprägt von Unklarheiten und fehlender Transparenz hinsichtlich der Zufälligkeit und Systematik des Auswahlverfahrens: Das „vorgegebene Zeitfenster“, in dem die Auswahlentscheidung getroffen werden soll, wird regelmäßig nicht kommuniziert. In der Call-In-Show ist typischerweise völlig unklar, wann nach Spielbeginn der Hot Button zur Direktauswahl eines Kandidaten erstmals „zuschlägt“ und in welchen Intervallen er in der Folge Kandidaten ermittelt. Zum Teil werden zusätzlich bestimmte Leitungen beziffert, die der Anrufer im richtigen Moment treffen müsse. Auch hier ist völlig unklar, wie viel Leitungen insgesamt geschaltet sind und wie der Hot Button den richtigen Moment „zufällig“ und vom Veranstalter unbeeinflusst wählt.

⁸⁹ Vgl. dazu auch die Beschreibung des Hot-Button-Systems im Angebot der „Comsys Schweiz GmbH“, die als Referenzen u.a. *9Live* und das *DSF* nennt, abrufbar unter <http://www.comsys-schweiz.ch/> (Stand: 30.10.2007): „Das Produkt ‚C-Hot Button‘ ermöglicht Live-Aktionen in Rundfunk und TV. ‚C-Hot Button‘ bringt das Potential der ‚Mitmach-Telefonie‘ in Ihre Medien. Diverse Unternehmen aus der Medienbranche profitieren von unserem Produkt ‚C-Hot Button‘ für Masscall Aktionen und Call-IN Formate. Die Crystal MeDiaLog GmbH hat speziell für Fernseh- und Hörfunksender sowie für Print- und Online-Medien diese Lösung entwickelt, um Ihre geplanten wirtschaftlichen Ziele effizient zu unterstützen - und Ihnen mit Blick auf Kundenservice und Image deutliche Pluspunkte zu bringen. Für Angebote über reichweitenstarke Medien ist unser Produkt ‚C-Hot Button‘ das ideale Instrument, um Mehrwertdienste mit Massenverkehr abzuwickeln. Insbesondere MassCalling - darunter versteht man die Bewältigung extrem hoher Anruferzahlen in sehr kleinen Zeitfenstern - lassen sich über die Inhouse-IVR-Plattform der Crystal MeDiaLog GmbH spielend leicht abwickeln. Nach Anwahl der 0901-Rufnummer hört der Anrufer entweder eine kurze Ansage, dass er leider keinen Erfolg hatte oder er wird direkt live ins Studio verbunden. Die Anzahl und Häufigkeit der direkten Verbindung LIVE ins Studio können Sie individuell bestimmen. Sie erhalten ein von uns bereitgestelltes Online-Tool (sog. Hot-Button-Tool), dass Sie individuell betätigen können, sodass die Anrufer LIVE ins Studio verbunden werden können. Sie steuern den Aktionsablauf und beobachten live die Teilnehmerquoten.“

⁹⁰ „9Live-Mitmachregeln“, Ziffer 2. b) (Stand: 12.07.2007, abgerufen unter <http://www.neunlive.de/service/mitmachregeln/> am 30.10.2007).

Nachdem im Mai 2007 zunächst im *ARD*-Magazin „Plusminus“ ehemalige Redakteure von *9Live* (anonym) berichteten, der jeweilige Redakteur der Call-In-Show entscheide in Abhängigkeit von der Response der Zuschauer, wann der Hot Button zuschlage⁹¹ und zudem ein Video-Mitschnitt einer *9Live* - Sendung im Internet auftauchte, in dem die Moderatorin die Regie offensichtlich auffordert, den „Hot Button“ später zuschlagen zu lassen⁹², sah sich *9Live* als erster Anbieter von Gewinnspielen im Hot Button Modus genötigt, das System in einer Pressemitteilung näher zu erläutern⁹³:

Laut *9Live* setzt sich der Hot Button Modus dabei aus drei Komponenten zusammen: Erstens stelle ein vom technischen Dienstleister von *9Live* bereitgestellter Mechanismus sicher, dass aus der Zahl der eingehenden Anrufe nach Aktivierung des Hot Button ein Anrufer willkürlich herausgefiltert werde und direkt in die Sendung gelange. Zweitens erfolge die Aktivierung des Zufallsmechanismus ‚Hot Button‘ „aufgrund einer autonomen Entscheidung des Redakteurs“, unterliege aber „strengen Richtlinien“⁹⁴. Der Redakteur sei „angewiesen, sich dabei von niemandem - sei es auch eine Moderatorin - beeinflussen zu lassen“. Dritte Komponente des Auswahlmechanismus sei eine in Zusammenarbeit mit dem technischen Dienstleister „speziell für *9Live* entwickelte und bereitgestellte Applikation“. Diese stelle sicher, dass „unabhängig vom Zuschlag des ‚Hot Button‘ einzelne, bereits vor dem Zuschlag eingehende Anrufe und SMS, bei der Auswahl berücksichtigt“ würden. Das System speichere die entsprechenden Anrufe und SMS und nehme „zum Zeitpunkt der Aktivierung des Hot Button eine zufallsbasierte Auswahl vor“. So garantiere *9Live*, technisch unterlegt, dass zu jeder Zeit in jeder Sendung, in der mittels des Hot Button gespielt wird, für jeden anrufenden Zuschauer eine Gewinnchance bestehe. Das Auswahlsystem Hot Button stelle damit „zweifellos in seiner Gesamtheit einen echten Zufallsmechanismus dar“⁹⁵.

⁹¹ Vgl. *Onneken*, Plusminus-Sendungsprotokoll vom 08.05.2007.

⁹² In einer *9Live*-Sendung vom 13. Mai ist - wohl aufgrund einer Panne in der Tonregie - deutlich zu hören, wie die Moderatorin Alida Lauenstein Kontakt zur Redaktion, aufnimmt. So sagt sie: „...noch ein bisschen mitzunehmen. Lasst das doch Max übernehmen. Bei solchen Peaks, schlägt doch später zu“. Unter „Peaks“ ist die Anzahl der eingehenden Anrufe zu verstehen, mit „Max“ ist offensichtlich der Moderator Max Schradin gemeint, der als Moderator für die darauffolgende Sendung vorgesehen war. Vgl. dazu auch *Vofß*, DWDL, 16.05.07; *Niggemeier*, FAS, 27.05.07, S. 38.

⁹³ *9Live*-Pressemitteilung vom 24.05.2007 „Auswahl von Zuschauern strikt im Rahmen der bekannten und offiziell genehmigten Richtlinien“, abrufbar unter http://www.presseportal.de/pm/40708/991626/neun_live_fernsehen_gmbh_co_kg?search=9live (Stand: 30.10.2007).

⁹⁴ Die Richtlinien seien der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien (BLM) - der für *9Live* zuständigen Rundfunkgenehmigungs- und Aufsichtsbehörde - „seit Jahren bekannt“ und von dieser „offiziell genehmigt“ worden. Vgl. zur Rolle der Landesmedienanstalten: dieses Kapitel, F.

⁹⁵ *9Live*-Pressemitteilung vom 24.05.2007 „Auswahl von Zuschauern strikt im Rahmen der bekannten

Aus alledem wird deutlich: Das Hot Button - Spielmodell stellt eine Kombination aus Zufallsentscheidung und Veranstalterermessen dar. Die Chancengleichheit wird zwar als Absichtserklärung proklamiert, kann aber für Außenstehende nicht nachvollziehbar dargelegt oder gar objektiv gewährleistet werden. Sie steht und fällt mit dem Zeitpunkt der Aktivierung des Auswahlverfahrens, die im alleinigen Ermessen des Gewinnspielveranstalters liegt. Wenn daneben - gewissermaßen hilfsweise - auf eine „speziell entwickelte Applikation“ verwiesen wird, die zwar keine erfolgreiche Registrierung ermöglichen will, aber einzelne Anrufe speichern soll, ohne den Anrufer darüber zu informieren, um unabhängig vom Hot Button-Zuschlag oder gar der Hot Button-Aktivierung, die jederzeitige Chancengleichheit zu garantieren, so stellt dies nicht mehr als ein Versprechen dar. Dessen Nachhaltigkeit ist mangels Einblicks in die technischen Abläufe von Außenstehenden genauso schwer zu überprüfen ist wie die Einhaltung der „strengen Richtlinien“, nach denen der Redakteur den Hot Button aktiviert.

Wenn - wie in der aktuellen Spielpraxis zu beobachten⁹⁶ - der Hot Button über eine Stunde keinen einzigen Kandidaten auswählt, regelmäßig erst gegen Ende der Sendung zuschlägt, oder mangels Auswahlentscheidung gar die offizielle Sendezeit verlängert werden muss, dann ist offensichtlich, dass jedenfalls nicht die jederzeitige Chance gewährt wird, direkt in die Sendung gestellt zu werden.

C. Typen von Quizfragen

Voraussetzung für die Erlangung eines Gewinns ist in Rundfunkgewinnspielen regelmäßig⁹⁷ die Beantwortung einer Quizfrage. Die präsentierten Aufgaben sind vielfältig. Es werden Fehlerbilder gezeigt⁹⁸ oder Scherzfragen gestellt⁹⁹, es sind Rechenaufgaben

und offiziell genehmigten Richtlinien“ (aaO).

⁹⁶ Vgl. hierzu *Brauck/Hilsen*, Spiegel, 40/07, S. 117; *Rezec*, taz, 06.10.07, S. 19; *Onneken*, Plusminus-Sendungsprotokoll vom 08.05.2007.

⁹⁷ Eine Ausnahme stellen die programmbegleitenden Abstimmungen unter Einräumung einer zusätzlichen Gewinnchance dar. Hier wird der Gewinn unter allen Abstimmenden verlost.

⁹⁸ Zwei vermeintlich identische Abbildungen oder Fotos werden nebeneinander gestellt. Die Abweichung(en) ist (sind) zu finden.

⁹⁹ Beispiele für *9Live* - Scherzfragen:

„Eine halbe Glatze hat 500 Haare...: Wie viele hat eine ganze Glatze?“

„Sieben kleine Heuhaufen und fünf große Heuhaufen werden zusammengelegt...: Wie viele Heuhaufen hat man?“

„*Monikas* Vater hat 5 Töchter. Lele, Lala, Lolo, Lulu und ...: Wie heißt die 5. Tochter?“

Beispiel für eine „DSF Das Sportquiz“ - Scherzfrage, bei dem es laut Sendungsbeschreibung um „Fragen aus der Welt des Sports“ geht: „Boris Becker zeigt dir seine Hände. Es sind 10 Finger. Wie viele Finger haben 10 Hände?“

zu lösen, Porträt-Fotos zu entschlüsseln¹⁰⁰, Wörter zu vervollständigen¹⁰¹, Begriffe aus Buchstabengittern herauszusuchen oder Geräusche zu erkennen¹⁰². In den Call-In-Shows findet der Ideenreichtum der Redakteure mitunter seine Grenzen. So werden identische oder minimal abgewandelte Quizfragen über Monate hinweg wiederholt, und zwar in bis zu täglicher Regelmäßigkeit¹⁰³.

Einteilen kann man die Vielzahl der Fragen, Aufgaben und Rätsel in zwei Gruppen: Einerseits müssen „Ratefragen“ beantwortet werden, andererseits werden „Wissensfragen im weitesten Sinne“ gestellt.

I. Ratefragen: Begriffsbestimmung und Beispiele

Unter Ratefragen sind alle Spielaufgaben zu subsumieren, für die Wissen, Können oder Fleiß (eines Idealspielers) nicht ausreichen, um zur „richtigen“ Lösung zu gelangen, da aus einer Vielzahl potentieller Antwort- und Lösungsmöglichkeiten diejenige erraten werden muss, die vom Aufgabensteller „als richtig“ ausgewählt wurde. Nur das Finden vorausgewählter Antworten zieht den Gewinnanspruch nach sich. Die Aufgabenstellung enthält subjektive Elemente oder ist mehrdeutig, sodass der Weg zur geforderten Lösung entweder überhaupt nicht nachvollziehbar ist oder sich allenfalls als einer von vielen möglichen darstellt.

In Call-In-Shows sehr verbreitet sind Gewinnspiele mit der Spielaufgabe „Welche Worte mit suchen wir?“. Der Moderator fordert zur Suche nach Begriffen auf, die von der Redaktion vorausgewählt wurden. Vorgegeben wird ein bestimmtes Wort oder nur eine bestimmte Silbe, mit dem/der der Begriff beginnt bzw. endet oder nur ein bestimmter Buchstabe, der in dem Begriff enthalten ist¹⁰⁴. Die Spiele laufen typischerweise über

¹⁰⁰ Auf unscharfen Fotos sind Personen der Zeitgeschichte zu identifizieren.

¹⁰¹ Aus Buchstaben, Silben oder Wörtern sind bestimmte Begriffe zu bilden.

¹⁰² Insbesondere im Hörfunk erfreuen sich akustische Aufgaben großer Beliebtheit. Vor allem sind hier Alltagsgeräusche zu erkennen. So musste man bei *RPR 1* („Das mysteriöse Geräusch“) in 2005 unter anderem das Geräusch erkennen, das beim Abreißen von Tesafilm verursacht wird.

¹⁰³ Die Frage „*Monikas* Vater hat 5 Töchter. Lele, Lala, Lolo, Lulu und ...: Wie heißt die 5. Tochter?“ kann als einer der „Klassiker“ des Senders *9Live* bezeichnet werden. In den Jahren 2004 und 2005 wurde sie vielfach zur Beantwortung gestellt. Abgewandelt wurde die Frage auch mit „*Moniks* Vater“ gestellt, sowie in der Variante „*Barbaras* Mutter hat 5 Töchter. Nene, Nini, Nono, Nunu und ...: Wie heißt die 5. Tochter?“.

Ein „Rätsel-Klassiker“ In der Sendung „DSF - Das Sportquiz“ wurden in 2005 immer wieder die gleichen „Fehlerbilder“, mit der unbestritten fotogenen Cora Schumacher, der Ehefrau des Formel-1-Rennfahrers Ralf Schumacher zur Lösung gestellt, und zwar so exzessiv, dass diese letztendlich gerichtlich gegen die Nutzung ihres Konterfeis vorging (vgl. dazu <http://www.abendblatt.de/daten/2006/02/16/534155.html> [Stand 22.09.2007]).

¹⁰⁴ Diese Variante wird beispielsweise im Rahmen der Call-In-Shows der Sender *Tele 5*, *Das Vierte*, *DSF* und *9Live* angeboten. Die zu findenden Begriffe sind regelmäßig auf einer Tafel vermerkt und mit

Stunden, obwohl regelmäßig Anrufer durchgestellt werden. Dies liegt grundsätzlich an der Vielzahl der möglichen Lösungen, zum Teil aber auch an der eigenwilligen Vorauswahl der Spielveranstalter, die bis zu Wort(neu)schöpfungen wie der „Box-Geburtstagsorte“¹⁰⁵, dem „Pferde-Schwimmen“¹⁰⁶, dem „Fußball-Mensch“¹⁰⁷ oder dem „Web-Tag“¹⁰⁸ gereicht.

Beliebte Aufgaben für „Call-In-Shows“ sind auch sogenannte „Zählspiele“. Die Aufgabenstellung lautet „Zählen Sie alle ...“ oder „Zählen sie alle möglichen ...“. Auf den ersten Blick sind Additionen vorzunehmen, auf den zweiten Blick ist völlig unklar, „was“ genau „auf welche Weise“ addiert werden soll, weil der Veranstalter eine eigene und eigenwillige Additionsgrundlage zum Rechenmaßstab macht¹⁰⁹.

Geldscheinen verdeckt.

¹⁰⁵ Geforderte Lösung in einer „DSF-Das Sportquiz“-Sendung in 2006 im Zusammenhang mit der Spiel-aufgabe „Welche Wörter mit ‚Box...‘ suchen wir?“.

¹⁰⁶ Geforderte Lösung in einer „Sportquiz“-Sendung im *DSF* in 2006 im Zusammenhang mit der Spiel-aufgabe „Welche Wörter mit ‚Pferde...‘ suchen wir?“.

Weitere gesuchte, aber nicht gelöste Begriffe im Zusammenhang mit derselben Spielaufgabe, die in 2006 gestellt wurde: Pferde-Hufprodukte, Pferde-Vermittlung, Pferde-Hintersetzer, Pferde-Motiv, Pferde-Comic.

Ein weiteres Beispiel aus der Sendung „DSF-Das Sportquiz“ in 2006: „Welche Wörter mit ‚Motorrad...‘ suchen wir?“. Nicht gefundene Lösungen u.a.: „Motorrad-Logos“, „Motorrad-Pin“, „Motorrad-Einheit“, „Motorrad-Look“.

¹⁰⁷ Geforderte Lösung in einer „DSF-Das-Sportquiz-Lösung“ in 2006 im Zusammenhang mit der Spiel-aufgabe „Welche Wörter mit ‚Fußball...‘ suchen wir?“, zitiert nach *Kalkofe*, Spiegel 1/2007.

¹⁰⁸ Geforderte Lösung bei *9Live* in 2007 im Zusammenhang mit der Spielaufgabe „Vervollständigen Sie das Wort ‚...-Tag‘“. Hier wurde der Begriff sogar noch als besonders einfach beworben, da die Eingabe in die Internetsuchmaschine „Google“ genauso viele Treffer wie der Begriff „Wochentag“ produziere. Diese beziehen sich allerdings auf den englischen Begriff „webtag“, nicht auf ein deutsches Wort, das mit ‚...Tag“ endet.

¹⁰⁹ Vgl. hierzu auch die Beispiele im „Protokoll zur Programmbeobachtung von *9live*“ des *ARD*-Magazins „Plusminus im Zeitraum: 10.08.04 - 15.08.04, abrufbar unter http://www.daserste.de/cmspix/plumi05/pdf/programmbeobachtungen_9live.pdf (Stand: 30.10.2007).

Ein besonderes anschauliches Beispiel für die mit Zählspielen verbundene Undurchsichtigkeit der Lösungswege, von denen selbst der Veranstalter als Aufgabensteller abkommt, ist die im Rahmen einer Quizshow von *9Live* in 2005 gestellte Aufgabe „Kinoprogramm - Zählen Sie alle Stunden“: Eingebildet wurde die Programmtafel eines Kinos. Dargestellt waren erdachte Titel von Kinofilmen mit den jeweiligen Uhrzeiten von Filmbeginn und Filmende. Die Filmtitel waren jeweils durch das Wort „Pause“ voneinander getrennt. Ein Filmtitel hieß etwa „JULIETTA GIBT GAS“, ein anderer „TANGA TANGO“. Nach der Fragestellung war zunächst unklar, ob die Laufzeiten aller Filme addiert werden sollen, oder die dargestellten Anfangs- und End-Uhrzeiten der Filme zusammengezählt werden müssen, bzw. in welches Verhältnis die Filmlaufzeiten und die abgebildeten Uhrzeiten zu setzen sind. Aus der Interpretation der Lösung ergab sich dann im nachhinein, dass die Buchstabenreihe „TAG“ innerhalb eines Wortes als „Tag“ gewertet wurde und damit in der Addition mit „24 Stunden“ zu berücksichtigen war. Die Buchstabenreihe „TAG“ war darüber hinaus auch durch Verbindung zweier getrennter Worte zu bilden und mit „24 Stunden“ zu berücksichtigen. Und selbst die Buchstabenreihe GAT, also „Tag“ von rechts nach links gelesen, war mit „24 Stunden“ zu veranschlagen. Innerhalb dieses höchst undurchsichtigen Lösungsweges fehlte es dann aber trotzdem an der nötigen Konsequenz. Schließlich wurde die Buchstabenreihe „JULI“ nicht als Monat mit 31 Tagen und damit „744 Stunden“ in der Rechenaufgabe berücksichtigt (zitiert nach *tvmatrix.net*, Sonderforum „Call-In“, Thema „9 Live Pannenserie“, abgerufen im Januar 2006 unter <http://forum.tvmatrix.net/viewtopic.php?t=6140&postdays=0&postorder=asc&start=510>).

Das klassische Beispiel für ein Zählspiel, wie es bereits in diverseren¹¹⁰ „Call-in-Shows“ veranstaltet wurde, ist das „Augen-Zählen“: Unter Einblendung von Spielwürfeln wird die Aufgabe gestellt: „Zählen sie alle möglichen Augen!“. Gezeigt wird die Draufsicht auf mehrere Spiel-Würfel. Auf den ersten Blick ist die Spielaufgabe mit etwas Fleiß und der Kenntnis der Grundrechenarten zu bewältigen, doch stellt sich im Spielverlauf heraus, dass die naheliegenden Lösungsversuche, etwa alle sichtbaren Augen, oder alle Augen des Wurfes (oben liegenden Augen), oder alle Augen der Würfel insgesamt, zu zählen, regelmäßig nicht anerkannt werden¹¹¹. So ergibt sich dann im Spielverlauf durch Bewertung der naheliegenden Antwortung als „falsch“, dass wohl weniger nachvollziehbare Lösungswege „gewünscht“ sind¹¹². Allein die verschiedenen Lösungswege und umso mehr die Kombinationsmöglichkeiten dieser Lösungswege führen zur absoluten Beliebigkeit. Selbst bei der Berücksichtigung der eher abwegigen Rechenwege ist dann regelmäßig nicht mehr nur „die eine“ Lösung zu finden, sondern mehrere. Ob man dann die vom Gewinnspielveranstalter „gewünschte“ trifft, ist trotz aufwendiger Rechnungen, nicht vorhersehbar. Erst recht nicht, wenn die Augen normwidrig¹¹³ auf dem Würfel verteilt werden¹¹⁴. Wie sich ein ungenormter Würfel auf der nicht sichtbaren Rückseite fortsetzen mag, ist dann ein wirkliches Rätsel im ursprünglichen Wortsinne¹¹⁵.

II. Wissensfragen: Begriffsbestimmung und Beispiele

Unter Wissensfragen sind alle Fragen und Aufgaben zu fassen, die ohne Rücksicht auf den Schwierigkeitsgrad - theoretisch (vom Idealspieler) - allein mit Wissen, Können oder Fleiß zu bewältigen sind.

In Rundfunkspielen befindet sich der Grad der Schwierigkeit von Wissensfragen im Bereich von banal bis anspruchsvoll. Regelmäßig genügt ein Mindestmaß an Allge-

¹¹⁰ Beispielsweise in der „Quiz Night“ (*Sat.1*) und *9Live* - Call-in-Shows.

¹¹¹ So kam *9Live* in 2004 bei 6 Würfeln einmal auf 224 Augen, ein anderes Mal bei 6 Würfeln auf 174 Augen, wobei ein Würfel maximal 21 Augen hat ($6+5+4+3+2+1$), sechs also maximal 126 Augen.

¹¹² In Betracht kommt dann, dass man beispielsweise alle in einer Zahl enthaltenen niedrigeren Augenzahlen hinzuzählt (die 5 enthält auch 4, 3, 2 und 1 Auge(n), oder alle Kombinationen von Augen innerhalb einer Zahl berücksichtigt (die 3 enthält drei Kombinationen aus 2 Augen). Diese „möglichen“ Augen sind dann noch relativ beliebig um die „sichtbaren Augen“ oder den „tatsächlichen Wurf“ zu ergänzen.

¹¹³ Bei einem genormten Würfel ergibt die Addition der Augen der einander gegenüberliegenden Seiten immer die Summe 7.

¹¹⁴ So geschehen etwa bei *9Live* in 2004.

¹¹⁵ Etymologisch stammt der Begriff des „Rätsels“ vom Verb „raten“ für „(aus)sinnen“ ab. Rätsel sind überhaupt keiner logischen oder „einzig wahren“ Lösung zugänglich oder nur vom Rätselsteller zu beantworten. Auch wird die Lösung oft durch bewusste Irreführung erschwert (vgl. Brockhaus).

meinbildung. Nur in seltenen Fällen erfordern die gestellten Fragen echtes Sonderwissen¹¹⁶ oder genauere Kenntnis der jüngeren Zeitgeschichte¹¹⁷. Viele Fragen sind so banal, dass sie als rhetorische Fragen bezeichnet werden können: So müssen die Zuschauer einfachste Additionen durchführen¹¹⁸ oder das aktuelle Datum kennen¹¹⁹ oder die aktuelle Temperatur in einer deutschen Stadt nennen, wobei die Temperatur gleichzeitig mit der Frage auf dem Bildschirm eingeblendet wird¹²⁰.

Weiter differenzieren kann man Wissensfragen danach, ob der Aufgabensteller Antwortalternativen vorgibt („Wissensfrage mit Antwortalternativen“), oder nicht („Wissensfrage ohne Antwortalternativen“). Wissensfragen mit Antwortalternativen stellen keine „Ratefragen“ im oben definierten Sinne dar, weil der Spieler nicht raten muss, um zu gewinnen, können aber rechtlich relevant sein, weil sie dem Spieler eine Ratemöglichkeit bieten, wodurch sich ein Spielgewinn in Abhängigkeit von der Anzahl der Antwortalternativen durchaus auch ohne Wissen („mit Glück“) realisieren lässt.

D. Die ausgelobten Gewinne

In mehrwertgebührenpflichtigen Rundfunkgewinnspielen werden den Spielgewinnern regelmäßig Geldgewinne versprochen. Sachpreise werden nur ganz vereinzelt ausgelobt und stellen dann meist eine Zugabe zu den Geldpreisen dar. Vereinzelt wurde dem Spielgewinner überhaupt kein Mindestgewinn garantiert, sondern nur eine „Chance“. Derjenige, der eine Frage richtig beantwortet, musste sich noch einer gewinnabhängigen Zufallsentscheidung unterwerfen¹²¹.

Bei manchen Gewinnspielen in der Call-In-Show ist die konkrete Gewinnsumme nur abschätzbar. Der Spielgewinner kann zwischen verschiedenen, mit Geld gefüllten „Geldpaketen“, „Briefumschlägen“ oder „Überraschkugeln“ wählen oder gewinnt eine „Schüssel“ oder einen „Koffer“ voller Geld.

Normalerweise werden jedoch konkrete Geldbeträge ausgelobt. In der Regel werden Beträge im mittleren dreistelligen bis unteren fünfstelligen Euro-Bereich vergeben. In Call-In-Shows wird dieser Bereich nicht selten innerhalb einer Sendung voll ausge-

¹¹⁶ Beispielsweise hätte man bei „Punkt 9“ (RTL) in 2005 wissen müssen, dass Udo Jürgens ca. 600 Lieder veröffentlicht hat.

¹¹⁷ Beispielsweise hätte man bei „Punkt 12“ (RTL) etwa zwei Monate nach Wahl des neuen Papstes noch wissen müssen, an welchem Wochentag die Papstkür erfolgt war.

¹¹⁸ 9Live - Frage aus 2005: „Was ergibt 2+3“.

¹¹⁹ 9Live - Frage aus 2005: „Ist heute der 2. Oktober?“.

¹²⁰ So in 2006 und 2007 wochentäglich im Quiz der RTL - Sendung „Punkt 9“.

¹²¹ So geschehen in 2005 in der Sendung „DSF-Das Sportquiz“.

schöpft, indem mit der Auslobung niedriger Gewinne begonnen wird, die mit fortdauernder Sendezeit stetig steigen.

Zum Teil wird zusätzlich ein Jackpot¹²² - Gewinn geboten. Dieser hat oder erreicht regelmäßig ein Niveau im mittleren bis oberen fünfstelligen Euro-Bereich. In der Call-In-Show wird er bei Spielbeginn oder im Spielverlauf festgesetzt und nur bei Realisierung einer zusätzlichen Zufallsentscheidung, beispielsweise in Abhängigkeit vom Geburtsdatum des Kandidaten¹²³ oder der Auswahlentscheidung einer Lotteriemaschine¹²⁴, ausgezahlt. In programmbegleitenden täglichen Live - Gewinnspielen im TV wächst er mit jeder falschen Antwort über Tage oder gar Wochen. Ausgezahlt wird er für die Beantwortung einer zweiten, nicht öffentlich gestellten Quizfrage.

Bei programmbegleitenden Hörfunkgewinnspielen über Wochen und Monate wird mit der Auslobung von Gewinnen im unteren fünfstelligen Euro-Bereich begonnen, die sich mit jeder falschen Antwort oder im Stundentakt um mindestens fünfzig bis zu mehreren hundert Euro erhöhen¹²⁵. Der Gewinn steigt so auf Summen bis in sechsstelligen Euro-Bereiche¹²⁶.

E. Die wirtschaftliche Seite

Durch die Veranstaltung von Gewinnspielen, Abstimmungen und Umfragen über Mehrwertdienst-Rufnummern erzielt der Rundfunk seit Anfang des neuen Jahrtausends beträchtliche Einnahmen. Bereits im Jahr 2003 haben deutsche Radio- und Fernseh-

¹²² Der Begriff „Jackpot“ im eigentlichen Sinne steht für die Summe der Spieleinsätze, die in einem aktuellen Spiel zusätzlich ausgespielt werden, da im vorherigen Spiel keiner der teilnehmenden Spieler die Gewinnbedingungen erfüllt hat. Wenn mehrmals hintereinander keine Gewinnsituation eintritt, erhöht sich die Gewinnsumme so immer weiter. In den Rundfunkgewinnspielen dient die Bezeichnung regelmäßig als Synonym für eine zusätzliche, besonders hohe Gewinnchance.

¹²³ So im *9Live* - Jackpotspiel in 2005: Der Geburtstag des Kandidaten muss in Tag und Monat mit einem Datum übereinstimmen, dass der Moderator ermittelt, indem er das oberste Blatt eines Kalenders abreißt, auf welchem die Tage eines Jahres beliebig aneinander gereiht sind. Wenn das folgende Blatt den Geburtstag des Kandidaten nennt, hat dieser gewonnen.

¹²⁴ So im *DSF*-Jackpotspiel in 2005: Der Kandidat nennt drei Ziffern von „1“ bis „9“, die anschließend in dieser Reihenfolge von einer Lotteriemaschine, die neun Kugeln mit den Ziffern von „1“ bis „9“ enthält, gezogen werden müssen.

¹²⁵ Beispiele: *Radio Regenbogen* „Wortschatz“ - Gewinnspiel und *RPR 1* - Gewinnspiel „Das mysteriöse Geräusch“, beide veranstaltet im Zeitraum September/Oktober 2005. Im *RPR 1* - Gewinnspiel wurde der Jackpot stündlich um 100 Euro erhöht.

¹²⁶ *RPR 1* zahlte im Frühjahr 2005 im Gewinnspiel „Das mysteriöse Geräusch“ einen Jackpot von 98.000 Euro aus (Quelle: http://www.rpr1.de/events/das_mysterioese_geraesch/11788.htm, abgerufen im April 2006). Im *Radio Regenbogen* „Wortschatz“ - Gewinnspiel wurden im Zeitraum 2005-2006 mehrfach Summen zwischen 100.000 und 200.000 Euro erreicht. Im April 2006 wurden beispielsweise 222.500 Euro vergeben (Quelle: Mitteilung von *Radio-Regenbogen* vom 14.04.2006, abgerufen unter <http://www.radio-regenbogen.de> im April 2006). *Radio PSR* zahlte im November 2005 einen Gewinn von 318.000 Euro aus, vgl. Müller, FAZ vom 13.02.2006.

der insgesamt 320 Millionen Euro über Mehrwert-Dienste umgesetzt¹²⁷. 2005 waren es 390 Millionen Euro¹²⁸. Nach Marktprognosen von Branchenexperten aus 2006 könnte sich der Umsatz bis zum Jahr 2010 nahezu verdoppeln¹²⁹. Laut Spiegel 40/2007 unter Berufung auf Insider-Schätzungen breche der Call-In-Markt allerdings um bis zu 20 Prozent ein¹³⁰. In diese Richtung kann man auch die Zahlen in aktuellen Geschäftsberichten interpretieren¹³¹.

Einer der Gründe für das Aufkommen der Mehrwertdienstformate im deutschen Rundfunk anfangs des Jahrtausends war der Einbruch der Werbeeinnahmen der Fernsehsender ab 2001. Von 1995 bis 2000 waren die Nettowerbeeinnahmen von 3,2 Mrd. Euro auf 4,7 Mrd. Euro gestiegen, dann aber stetig gesunken, bis sie im Jahre 2003 bei 3,8 Mrd. Euro lagen. Seitdem sind sie wieder auf 4,1 Mrd. Euro im Jahr 2006 angewachsen. Die Werbeeinnahmen im Hörfunk sind seit 2003 von 580 Mio. Euro auf 680 Mio. Euro in 2006 gestiegen¹³².

Inzwischen hat der Wirtschaftszweig, der Mehrwertdienste mit Medienangeboten verbindet, einen eigenen Namen und wird als „Call Media“ - Sektor bezeichnet¹³³. Allein die 0137x-Mehrwertnummern, die vorwiegend im Rundfunk eingesetzt werden, wurden im Jahr 2005 in Deutschland rund 700 Millionen Mal angewählt¹³⁴.

I. Das Beispiel *9Live*

Einer der Auslöser für die breite Einführung von Mehrwertdienst-Angeboten in das deutsche Fernsehen war der TV-Sender *9Live*¹³⁵. Die Programmcharakteristik des Sen-

¹²⁷ Goldhammer/Lessig, Call Media, S. 96.

¹²⁸ Goldhammer/Birkel/Piopiunik, Call Media II, S. 7, wobei hier im Gegensatz zur ersten Studie aus 2004 auch der Print-Bereich mit ca. 60 Mio. EUR Berücksichtigung findet, sodass eine Zahl von 450 Mio. EUR genannt wird.

¹²⁹ Goldhammer/Birkel/Piopiunik, Call Media II/3, S. 6, nennen 800 Mio. EUR (inkl. eines nicht näher aufgeführten Wertes für den Printbereich) als „Best-Case-Schätzung“ im Falle eines sich weiter frei entwickelnden Marktes. Die „Worst-Case-Schätzung“ im Falle von rechtlichen Restriktionen beläuft sich auf 500 Mio. EUR.

¹³⁰ Brauck/Hülsen, Spiegel, 40/07, S. 116.

¹³¹ Im Bereich „Transaktionsfernsehen“, der die Call Media Sparte beinhaltet, erzielte die *ProSiebenSat.1 Media AG* im ersten Halbjahr 2007 einen Umsatz von 48,5 Mio. EUR und erzielte ein positives Ergebnis vor Zinsen, Steuern und Abschreibungen (EBITDA) von 8,3 Mio. EUR, im ersten Quartal 2007 allein aber schon 27,7 Mio. EUR und ein EBITDA von 6,9 Mio. EUR (Quelle: *ProSiebenSat.1 Media AG*, Halbjahresbericht 2007, S. 11 u. 36 und Quartalsbericht Q 1 2007, S. 38).

¹³² Zahlen nach Goldhammer/Lessig, Call Media, S. 99 und Zentralverband der deutschen Werbewirtschaft e.V. (ZAW), Quelle: http://www.zaw.de/doc/Werbeumsaetze_Informationen.pdf (Stand: 30.10.2007).

¹³³ Vgl. Goldhammer/Lessig, Call Media, S. 23.

¹³⁴ Goldhammer/Birkel/Piopiunik, Call Media II, S. 6

¹³⁵ Goldhammer/Lessig, Call Media, S. 150.

ders lautet „Spartenprogramm interaktive Unterhaltung“¹³⁶. Vom Sendestart im September 2001 bis zum Jahr 2006 firmierte er als „Deutschlands 1. Quizsender“¹³⁷ und bezeichnet sich selbst als „Vorreiter einer neuen Sendergeneration des Transaktionsfernsehens“¹³⁸. *9Live* war der erste Rundfunksender, der Gewinnspiele über Telefonmehrwertdienstnummern zum einzigen Programminhalt machte¹³⁹. So war die „Call-In-Show“ geboren und der Sender Schöpfer des „überaus erfolgreichen Geschäftsmodells“¹⁴⁰. Die Produktionskosten für eine Stunde Call-In-Format belaufen sich - die Gewinnausschüttungen nicht eingerechnet¹⁴¹ - auf ungefähr 500 Euro und liegen damit im Vergleich zu anderen TV-Produktionen (Talkshow mind. 25.000 Euro, Fernsehserie mind. 75.000 Euro¹⁴²) in einem sehr überschaubaren Rahmen.

Durch die Veranstaltung von Gewinnspielen über Mehrwertnummern im Rahmen von Call-In-Shows sieht sich *9Live* seit Mitte 2002 „weitgehend unabhängig von Werbung“¹⁴³, indem ca. 14 Stunden am Tag Call-In-Shows mit mehrwertgebührenpflichtigen Gewinnspielen gesendet werden¹⁴⁴. Dank der intensiven Nutzung des Geschäftsmodells erzielte *9Live* bereits im Jahr 2003 einen Umsatz von 78,7 Millionen Euro sowie ein positives Ergebnis vor Zinsen, Steuern und Abschreibungen (EBITDA) in Höhe von 29,3 Millionen Euro¹⁴⁵. Im Jahr 2004 stieg der Umsatz auf 102,4 Mio. Euro, das EBITDA lag bei 28, 2 Mio. Euro¹⁴⁶, im ersten Halbjahr 2005 wurde ein Umsatz von rund 52 Mio. Euro¹⁴⁷ erzielt. Zum 01.06.2005 wurde die *9Live Fernsehen GmbH & Co. KG* mitsamt des Mutterkonzerns, der *Euvia Media AG Holding*, komplett¹⁴⁸ von der *ProSiebenSat.1 Media AG* übernommen. Seitdem ist *9Live* Umsatzträger des Segments Transaktions-TV der *ProSiebenSat.1 Media AG* und produziert auch die Call-In-Shows

¹³⁶ Vgl. Informationen zu *9Live* in der TV-Sender-Datenbank, abrufbar unter <http://www.alm.de/programmveranstalter/programm.php?sSearch=neun+live&iD=351>, (Stand: 22.09.2007).

¹³⁷ Das neue Motto lautet „Heute ist mein Tag“.

¹³⁸ Pressemappe *9Live*, Stand April 2005, S. 2.

¹³⁹ Vgl. auch *Goldhammer/Lessig*, Call Media, S. 150.

¹⁴⁰ Zitat aus der *9Live* - Pressemitteilung vom 23.04.2004, abgerufen im November 2004 unter www.neunlive.de/3143/PM_Einstellung_Verfahren_0404.pdf

¹⁴¹ *Brauck/Hülsen*, Spiegel, 40/2007, S. 116.

¹⁴² Gehrs, Spiegel 21/2000, S. 114.

¹⁴³ „*9Live*-Pressemappe“, Stand 2007, S. 2 u. 6.

¹⁴⁴ „*9Live*-Pressemappe“, Stand 2007, S. 2.

¹⁴⁵ „*9Live*-Pressemappe“, Stand 2007, S. 7.

¹⁴⁶ „*9Live*-Pressemappe“, Stand 2007, S. 7. Die Zahlen beziehen sich hier auf die *Euvia Media AG*, die *9Live* und *sonnenklar TV* betreibt. Eine Aufschlüsselung nach Sendern erfolgt nicht.

¹⁴⁷ Vgl. Meldung des Online-Magazins *tvmatrix.de*, abrufbar unter <http://www.tvmatrix.de/?newsid=6242> (Stand: 22.09.2007).

¹⁴⁸ Zuvor hielt die *ProSieben Sat.1 Media AG* 48,4 %, die *H.O.T. Networks AG* 48,6 % sowie die Firmengründerin *Christiane zu Salm* 3,0 %. Quelle: *Euvia Media AG* (zitiert nach *Goldhammer/Lessig*, Call Media, S. 151).

im Programm von *Pro7*, *Sat.1* und *kabel eins*. Die Sparte setzte im zweiten Halbjahr 2005 54 Mio. Euro um und erreichte ein EBITDA von 18,6 Mio. Euro, hauptsächlich durch die Generierung mehrwertgebührenpflichtiger Telefonanrufe¹⁴⁹. Die Umsätze aus im ersten Halbjahr 2007 lagen bei 48,5 Mio. Euro um (1.HJ 2006: 48,9) das EBITDA bei 8,3 Mio. Euro (1. HJ 2006: 14,7)¹⁵⁰.

Die Erlöse sind hauptsächlich auf die Generierung mehrwertgebührenpflichtiger Anrufe im Zusammenhang mit Gewinnspiel-Call-In-Shows zurückzuführen¹⁵¹. *9Live* hat einen Zuschauer-Marktanteil von 0,2 Prozent¹⁵² und sendet nach eigenen Angaben seit Juli 2002 zwischen 11 und 24 Uhr grundsätzlich keine Werbung¹⁵³. Von den pro Anruf zur Gewinnspielteilnahme anfallenden 0,5 Euro Telefon-Mehrwert-Gebühren erhält der Sender 0,32 bis 0,34 Euro. Der Rest verbleibt im wesentlichen beim technischen Dienstleister, früher *Talkline ID*, heute *NextID*¹⁵⁴. Bereits im Dezember 2001 zählte *9Live* nach eigenen Angaben insgesamt 6,54 Millionen Anrufe pro Monat, im Januar 2002 wurde ein erster Spitzenwert von 675.000 Anrufen an einem Wochenende gezählt¹⁵⁵. Im September 2002 erhielt *9Live* nach eigenen Angaben bis zu 1,07 Mio. Anrufe pro Tag, im vierten Quartal 2002 insgesamt über 57 Millionen, im Durchschnitt also knapp 625.000 Anrufe pro Tag. Im Jahr 2003 gab es hinsichtlich der Anruferzahlen immer noch Steigerungsraten im zweistelligen Prozentbereich¹⁵⁶. Aktuellere Zahlen sind offensichtlich nicht mehr veröffentlicht.

Bemerkbare konzernfremde Konkurrenz auf dem TV-Markt hat *9Live* im wesentlichen nur durch das *Deutsche-Sport-Fernsehen (DSF)*, das sich im Jahr 2005 mit geschätzten 30 Mio. Euro Call-Media-Umsatzerlösen zu ca. einem Drittel aus Mehrwertdienst-Angeboten finanzierte¹⁵⁷. Die Einnahmen stammten fast ausschließlich aus mehrwertgebührenpflichtigen Gewinnspielen, insbesondere durch Ausstrahlung der Call-In-Show „DSF-Das Sportquiz“.

¹⁴⁹ Vgl. Geschäftsbericht 2005 der *ProSiebenSat.1 Media AG*, S. 44, abrufbar unter <http://www.prosiebensat1.com/downloadcenter/publikationen/> (Stand: 30.10.2007).

¹⁵⁰ Vgl. *ProSiebenSat.1 Media AG*, Halbjahresbericht 2007, S. 11 u. 36.

¹⁵¹ Vgl. etwa *ProSiebenSat.1 Media AG*, Halbjahresbericht 2007, S. 36 f.

¹⁵² Quelle: ALM-Senderdatenbank, abrufbar unter <http://www.alm.de/programmveranstalter/programm.php?iType=3&sSearch=&iID=351> (Stand: 30.10.2007).

¹⁵³ „9Live-Pressemappe“, Stand 2007, S. 6.

¹⁵⁴ Zahlen nach *Goldhammer/Lessig*, Call Media, S. 152. Sie beziehen sich auf die Abrede mit *TalklineID* und Mehrwertgebühren in Höhe von 0,49 EUR pro Anruf.

¹⁵⁵ Pressemappe *9Live*, Stand April 2005, S. 7.

¹⁵⁶ „9Live-Pressemappe“, Stand: 2007, S. 7.

¹⁵⁷ Vgl. *Goldhammer/Birkel/Piopiunik*, Next Generation Call Media, S. 6; *Brauck/Hülsen*, Spiegel 40/2007, 116/117.

II. Die Telekommunikationsbranche

Daneben profitiert vor allem die Telekommunikations-Branche von der intensiven Einbindung von Mehrwertdienstleistungen in den Rundfunk. Nach den Zuteilungsregeln der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (RegTP, inzwischen: Bundesnetzagentur) werden Mehrwertrufnummern nur an Unternehmen vergeben, die die Rufnummern nicht selbst zur Erbringung von Dienstleistungen nutzen. Die Vergabe erfolgt daher nur an Telekommunikationsunternehmen, die als Nummernprovider auftreten. Zum Teil befassen sich diese als eine Art Zwischenhändler allein mit dem Vertrieb von Mehrwertnummern¹⁵⁸. Der Vertrieb umfasst dabei mindestens die Schaltung der Mehrwertrufnummern sowie die Auszahlung der vereinbarten Anteile. Um diese Verpflichtungen erbringen zu können, muss der Nummernprovider daher entweder selbst (Teilnehmer- und Verbindungs-) Netzbetreiber sein oder mit solchen Verträge über die Schaltung von Mehrwertnummern und die Abrechnung und ggf. Einziehung der Gebühren geschlossen haben (sogenannte Zusammenschaltungsverträge)¹⁵⁹. Die *Deutsche Telekom AG* ist Marktführer im Sektor der Mehrwertdienstleistungen, insbesondere durch Bereitstellung der T-Vote-Call-Plattform. Sie kontrolliert nach Schätzungen ungefähr die Hälfte des Marktes und setzte 2003 ca. 700 Millionen Euro mit Mehrwertdiensten um¹⁶⁰.

Zudem hat sich ein Markt von Nummern Providern entwickelt, der speziell auf den Bereich der Mehrwertdienste ausgerichtet ist¹⁶¹. Diese „Full-Service-Provider“ bieten über die technische Abwicklung auch inhaltliche Komplettlösungen zur Anwendung von Mehrwertdienstleistungen jeglicher Art an. So entwickeln sie etwa konkrete Konzepte und Spielformen für Rundfunk-Gewinnspiele und sehen sich insofern als Erbringer eines medialen Gesamtkonzepts. Der Einfluss solcher spezialisierter Anbieter auch auf die Programmgestaltung zeigt sich darin, dass sie zum Teil ganze TV-Formate entwerfen. So zeichnet sich beispielsweise „Digame“ nicht nur für die technische Abwicklungen der Televotings, sondern auch für die (Co-) Produktion der RTL-Sendung „Ich bin ein Star – Holt mich hier raus!“ verantwortlich. Einige „Full Service Anbieter“ im Bereich der Mehrwertdienstleistungen sind bereits unmittelbar mit Medienunternehmen verbunden. So organisiert „RTL New Media“ interaktive Bestrebungen der RTL-

¹⁵⁸ Härting, Mehrwertdienste, Rn. 21

¹⁵⁹ Härting, Mehrwertdienste, Rn. 28

¹⁶⁰ Zitiert nach *Goldhammer/Lessig*, Call Media, S. 63.

¹⁶¹ Vgl. zum Ganzen: *Goldhammer/Lessig*, Call Media, S. 61 ff.

Gruppe, „SevenOne Intermedia“ ist konzernintern für die ProSiebenSat.1-Gruppe tätig¹⁶².

Hierdurch verschwimmen die klaren Trennlinien zwischen Telekommunikationsunternehmen und Medienunternehmen zunehmend. So kann sich ein Rundfunksender eines TK-Anbieters bedienen, um sein Programm attraktiver zu gestalten, aber auch ein TK-Dienstleister eines Senders, um seine Dienste in dessen Programm zu platzieren. Insofern liegt hier eine Konvergenz der Geschäftsmodelle vor.

F. Position und Vorgaben der Landesmedienanstalten

Die Landesmedienanstalten sind unabhängige rechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts. Aus Gründen der Staatsfreiheit des Rundfunks gehören sie nicht der mittelbaren Staatsverwaltung an. Zwar nehmen sie Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahr, tun dies aber in Selbstverwaltung¹⁶³.

Der Tätigkeitsbereich der Landesmedienanstalten richtet sich im Wesentlichen nach den §§ 20 ff des Rundfunkstaatsvertrages (RfStV) und den jeweiligen Landesmediengesetzen. Zu den Hauptaufgaben der Landesmedienanstalten gehört es, die Zulassung für die Veranstaltung privaten Rundfunks zu erteilen und die Einhaltung des Rundfunkstaatsvertrages bzw. der ihn ausführenden Landesmediengesetze zu überwachen¹⁶⁴. Darunter fällt auch die Aufsicht über die Einhaltung der Programmgrundsätze nach § 41 RfStV, wodurch die Landesmedienanstalten nach § 41 Abs. 1 S. 3 RfStV mittelbar über die Einhaltung der „allgemeinen Gesetze“ wachen.

Im Genehmigungsverfahren haben die Landesmedienanstalten unter anderem die finanzielle Ausstattung eines Rundfunksenders zu prüfen¹⁶⁵. Zudem haben sie als öffentlich-rechtliche Träger den verfassungsrechtlichen Auftrag, die Rahmenbedingungen dafür zu schaffen, dass privater Rundfunk auch in finanzieller Hinsicht realisierbar ist¹⁶⁶. Folglich stehen die Landesmedienanstalten der Erschließung neuer Einnahmequellen durch private Rundfunkanbieter grundsätzlich offen gegenüber bzw. fördern diese aktiv¹⁶⁷.

¹⁶² Vgl. zum Ganzen: *Goldhammer/Lessig*, Call Media, S. 61 ff.

¹⁶³ *Hesse*, Rundfunkrecht, S. 220 f; *Holznapel/Stenner*, Rundfunkrecht, S. 74; *Fechner*, Medienrecht, Rn. 1040.

¹⁶⁴ *Holznapel/Stenner*, Rundfunkrecht, S. 76; *Hesse*, Rundfunkrecht, S. 221; *Fechner*, Medienrecht, Rn. 1041.

¹⁶⁵ Beispielsweise gemäß Art. 26 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 des Bayerischen Mediengesetzes

¹⁶⁶ BVerfGE 83, 238/329 f. („6. Rundfunkentscheidung“ - „WDR-Urteil“).

¹⁶⁷ So ist beispielsweise die *Bayerische Landeszentrale für neue Medien (BLM)* Auftraggeber der Studie „Call Media – Mehrwertdienste in TV und Hörfunk“, der Goldmedia GmbH Media Consulting & Research. Die Studie bewertet Perspektiven und Formen der Einbindung von Mehrwertdiensten in das

I. Grundsätzliche Haltung zu mehrwertgebührenpflichtigen Gewinnspielen im Rundfunk

Insbesondere die *Bayerische Landeszentrale für neue Medien (BLM)* als zuständige Genehmigungsbehörde für *9Live* gilt von Anfang an als Förderer und Protege des Geschäftsmodells der „mehrwertgebührenpflichtigen Gewinnspiele im Rundfunk“. Nach Darstellung der *BLM* „entwickeln sich kostenpflichtige telefonische Gewinnspiele über 0190er oder 0137er Telefonnummern zu einer wichtigen Einnahmequelle für private Fernsehveranstalter“¹⁶⁸. Der *Medienrat der BLM* verlängerte zuletzt im Dezember 2002 die Genehmigung von *9Live* um acht Jahre bis zum 30.04.2011¹⁶⁹. Genehmigt wurde auch ein neues Programmschema, dessen eindeutiger Schwerpunkt auf Call-In-Shows liegt¹⁷⁰. Die *BLM* erwartete „vor allem eine inhaltliche Profilierung in Richtung eines anspruchsvolleren Quizsenders“, da die „Handhabung der gebührenpflichtigen Telefonnummern im Rahmen der Quiz- und Gewinnspiele für den Zuschauer transparenter gemacht worden“ sei. Auch habe *9Live* „spezielle Dienstvorschriften“ für seine Mitarbeiter erlassen¹⁷¹.

Die *Direktorenkonferenz der Landesmedienanstalten (DLM)* sieht in Gewinnspielangeboten über Mehrwertnummern im Rundfunk kein strafrechtlich verbotenes Glücksspiel. Grundlage für diese Feststellung ist ein internes Rechtsgutachten der *Gemeinsamen Stelle Werbung/Recht* der Landesmedienanstalten, das aus ungenannten Gründen nicht veröffentlicht wird. Aufbauend hierauf fasste die *DLM* am 19.11.2001 zum Programm von *9Live* einen Beschluss, nach dem die dort veranstalteten Quiz- und Spielshow-Sendungen nicht gegen § 284 StGB verstoßen, solange die vom Zuschauer für die Teil-

Programmumfeld und macht Optimierungsvorschläge.

¹⁶⁸ Zitiert aus der Rubrik „Fragen und Antworten“ auf der Internetpräsenz der *BLM*, abgerufen am 06.07.05 unter

http://www.blm.de/inter/de/pub/die_blm/fragen_und_antworten/weiterefaq/9live___gewinnspiele.htm

¹⁶⁹ Pressemitteilung der *BLM* vom 12.12.2002 „Medienrat verlängert Genehmigung von NEUN LIVE“, abgerufen unter

http://www.blm.de/inter/de/pub/aktuelles/pressemitteilungen.cfm?fuseaction_pre=detail&prid=176 & (Stand: 22.09.2007).

¹⁷⁰ Mit Genehmigung eines Programmschemas mit dem Schwerpunkt „Call-In-Show“ erklärte sich *9Live* bereit, Erotikprogramme auf ein „wirtschaftlich notwendiges Maß“ zu reduzieren. Verzichtet wurde u.a. auf die Umsetzung des ursprünglich zur Genehmigung beantragten „Beate Uhse-TV“ und ein bereits genehmigtes Format mit dem Arbeitstitel „Freudenhaus“ (vgl. Pressemitteilung der *BLM* vom 12.12.2002 „Medienrat verlängert Genehmigung von NEUN LIVE“ aaO, sowie Pressemitteilung der *BLM* vom 05.05.2003 „BLM-Präsident Ring begrüßt Reduzierung des Erotikprogramms bei NEUN LIVE“, abrufbar unter

http://www.blm.de/inter/de/pub/aktuelles/pressemitteilungen.cfm?fuseaction_pre=detail&prid=140 & (Stand: 22.09.2007).

¹⁷¹ Vgl.: Pressemitteilung der *BLM* vom 12.12.2002, „Medienrat verlängert Genehmigung von NEUN LIVE“ aaO.

nahme zu tragenden Telefongebühren die Portogebühren einer Postkarte nicht übersteigen und der Zuschauer im Programm nicht besonders zur Wahlwiederholung motiviert wird. Dieser Beschluss ist seitdem gemeinsame Grundlage der Landesmedienanstalten für die Aufsicht bei allen Formaten dieser Art¹⁷².

II. Der Leitfaden für TV-Gewinnspiele

Mit „Stand August 2004“ erstellten die *Landesanstalt für Kommunikation Baden-Württemberg (LFK)* und die *BLM* einen „Leitfaden für TV-Gewinnspiele“ als „Arbeitspapier“, auf dessen Grundlage „eine einheitliche, praktische Regulierung von TV-Gewinnspielen ermöglicht“ werden sollte¹⁷³.

Aufgeführt wird ein „nicht abschließend(er)“ Katalog von „Problemfelder(n)“ und Vorschlägen für „festgeschriebene (interne) Regeln“ für TV-Gewinnspiele.

Im einzelnen sollen die Kosten eines Anrufs und der Einwahlchance (Vorzahlfaktor) kommuniziert werden, dürfen die Anruferkosten das Transportentgelt für eine Postkarte nicht übersteigen, sollen die Mitmachregeln, insbesondere der Ausschluss Minderjähriger in der Moderation sowie durch Veröffentlichung im Internet und Videotext publik gemacht werden, „sollten“ Rätsel zeitnah aufgelöst werden, sind Bildmanipulationen und irreführenden Aussagen über den Schwierigkeitsgrad und die Lösungslogik der Aufgabe zu unterlassen, „sollten“ bei „komplexen Aufgaben Hinweise zum Schwierigkeitsgrad und zur Lösungslogik gegeben werden, um dem Eindruck willkürlicher Spielregeländerungen entgegenzutreten“ und ist die Aufforderung zum Mitmachen zwar „generell zulässig“, aber auf den Aufruf zur Wahlwiederholung zu verzichten „um die Akzeptanz der Call-in-Formate für die Zukunft zu erhalten“.

Die fehlende praktische Umsetzung des Leitfadens und seiner Vorgaben zeigt exemplarisch die Tatsache, dass bis heute - soweit ersichtlich - in keinem einzigen TV-Gewinnspiel jemals die Einwahlchance („Vorzahlfaktor“) kommuniziert worden ist.

¹⁷² Pressemitteilung (Nr. 34/03, Dez. 2003) „Spiel- und Ratesendungen im Fernsehen“ der baden-württembergischen *Landesanstalt für Kommunikation (LfK)*, abrufbar unter <http://www.lfk.de/presseundpublikationen/pm/2003/03-34.html> (Stand: 30.10.2007).

¹⁷³ Abrufbar unter http://www.alm.de/fileadmin/Download/Positionen/Kriterien_TV-Gewinnspiele.pdf (Stand: 30.10.2007).

III. Anwendungs- und Auslegungsregeln der Landesmedienanstalten für die Aufsicht über Fernseh-Gewinnspiele (GewinnSpielReg)

Mit Stand Oktober 2005 folgte ein gemeinsames Papier aller Landesmedienanstalten: Die „Anwendungs- und Auslegungsregeln der Landesmedienanstalten für die Aufsicht über Fernseh-Gewinnspiele (GewinnSpielReg)“¹⁷⁴ sollen einheitliche Aufsichtsmaßstäbe für Fernseh-Gewinnspiele gewährleisten. Inzwischen existiert eine aktualisierte Fassung mit Stand vom 19.06.2007¹⁷⁵, die den Hörfunk wiederum nicht mit einschließt¹⁷⁶.

Die GewinnSpielReg beinhalten - detaillierter als der ursprüngliche „Leitfaden für TV-Gewinnspiele“ - Regeln zur Kommunikation der Teilnahmebedingungen, der Bewerbung der Spiele durch die Moderatoren und zur Transparenz der Spielaufgaben. Diese werden im Einzelnen im Zusammenhang mit der rundfunk- und wettbewerbsrechtlichen Beurteilung mehrwertgebührenpflichtiger Gewinnspiele thematisiert.

Daneben ist vor allem Ziffer 1.1 der GewinnSpielReg auffallend. Dort wird gewissermaßen konstitutiv festgelegt, dass „Kosten, die für die Teilnahme an einem Gewinnspiel anfallen und das Transportentgelt für eine Postkarte nicht übersteigen“, „keinen Einsatz“ darstellen.

Bedeutsam ist auch Ziffer 3.6 zur „Sicherstellung des technischen Auswahlmechanismus“. Danach hat jeder Veranstalter „sicherzustellen, dass über ein technisches System, das von den Landesmedienanstalten überprüft werden kann, der Auswahlmechanismus derart konzipiert wird, dass für jeden Anrufer die Chance besteht, ausgewählt zu werden.“

Zugleich wird aus der näheren Betrachtung der GewinnSpielReg jedoch deutlich, dass die Landesmedienanstalten offensichtlich nicht von einer grundsätzlichen Gewährung von Chancengleichheit für die Anrufer oder gar deren Überprüfbarkeit ausgehen. So heißt es in Ziffer 3.1 Abs. 2 S. 3 der GewinnSpielReg: „Im Hot-Button-Modus ist der Zuschauer von Beginn des Spiels an darüber zu informieren, in welchem Zeitrahmen

¹⁷⁴ Abrufbar unter <http://www.alm.de/fileadmin/Download/Gesetze/GewinnSpielRegeln.pdf> (Stand: 30.10.2007).

¹⁷⁵ Abrufbar unter http://www.alm.de/fileadmin/forschungsprojekte/GSPWM/Fernseh-Gewinnspiele_19.06.07.pdf (Stand: 30.10.2007).

¹⁷⁶ Mit Beschluss vom 15.01.2008 verabschiedete die DLM jedoch eine „Handreichung der Landesmedienanstalten für die Veranstaltung von Hörfunkgewinnspielen“, die die „Selbstkontrolle von Hörfunkveranstaltern (...) fördern“ und „für die Zuhörerschaft in wesentlichen Punkten Transparenz (...) schaffen“ soll, abrufbar unter <http://www.alm.de/fileadmin/Download/HoerfunkgewinnspieleHandreichung150108.pdf> (Stand: 30.05.2008). Das Papier orientiert sich im Wesentlichen an den GewinnSpielReg.

eine Durchstellung vorgesehen (!) ist.“ Und in Ziffer 3.1 Abs. 3 S. 2 der GewinnSpielReg: „Bei Spielen mit einem offenen Zeitfenster, d. h. ein ablaufendes Zeitfenster wird nicht eingeblendet und die Zeitdauer bis zur Durchstellung eines Zuschauers ist deutlich länger gewählt (!), ist dem Zuschauer durch Moderation und Bildschirmblendungen während der gesamten Spieldauer in regelmäßigen Abständen bekannt zu geben, dass der Zeitpunkt der Durchstellung ungewiss (!) ist und zu einem beliebigen, auch deutlich später liegendem Zeitpunkt (!) erfolgen kann.“

Danach setzen die Landesmedienanstalten einen „ungewissen“ Zeitpunkt der Durchstellung per mehrwertgebührenpflichtiger Kandidatenvorselektion voraus, der für die Veranstalter unter Umständen nicht ganz so ungewiss ist, wie für die Teilnehmer, weil er vom Spielanbieter auch „deutlich später gewählt“ sein kann. In einem solchen Fall sollen die Zuschauer dann aber über den nicht ganz so ungewissen Zeitpunkt aufgeklärt werden.

Nach diesen Regeln der Landesmedienanstalten bestimmt der Rundfunkveranstalter grundsätzlich flexibel, wann er Anrufer als Kandidaten zulässt, soll die Zuschauer aber wenigstens warnen, wenn er vorsieht, noch einen gewissen Zeitraum mehrwertgebührenpflichtige Anrufe zu generieren, bevor es zur Durchstellung eines Anrufers kommt.

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass die Landesmedienanstalten mithilfe ihres Leitfadens und der sich anschließenden GewinnSpielReg bisher offensichtlich nicht in der Lage sind, Transparenz und Chancengleichheit in TV-Gewinnspielen nicht nur formal einzufordern, sondern auch effektiv durchzusetzen. Aufgrund ihrer Mitwirkung an der Erschließung neuer Finanzierungsmodelle für den privaten Rundfunk stellt sich ohnehin die Frage, ob sie dafür die geeignete Institution sind¹⁷⁷. Inzwischen verlangen sie jedenfalls „zum Zwecke eines umfassenden Verbraucherschutzes (...) eine ausdrückliche Ermächtigungsgrundlage für das Einschreiten bei rechtswidrigen Fernseh-Gewinnspielsendungen im Rundfunkstaatsvertrag“ und wollen „hierzu einen Vorschlag unterbreiten“¹⁷⁸.

¹⁷⁷ Vgl. auch *Niggemeier/Schader*, FAS vom 20.03.2005, die die „Kontrolle“ der kostenpflichtigen Anrufspiele“ durch die Landesmedienanstalten als „Jammerspiel“ bezeichnen.

¹⁷⁸ Vgl. *ALM/DLM* - Pressemitteilung 10/2007 vom 26.06.2007, „Regeln für die Aufsicht über Fernseh-Gewinnspiele aktualisiert. Mehr Verbraucherschutz durch entsprechende Gesetzesnorm geplant“, abrufbar unter (Stand: 30.10.2007).
[http://www.alm.de/34.html?&tx_ttnews\[tt_news\]=422&tx_ttnews\[backPid\]=1&cHash=31b1ed928a](http://www.alm.de/34.html?&tx_ttnews[tt_news]=422&tx_ttnews[backPid]=1&cHash=31b1ed928a)
(Stand: 30.10.2007).

Kapitel 3: AUSBLICK AUF MÖGLICHE ENTWICKLUNGEN UND ZUKÜNFTIGE ERSCHEINUNGSFORMEN MEHRWERT- GEBÜHRENPFLICHTIGER TV-GEWINNSPIELE IM ZUGE VON DIGITALISIERUNG UND KONVERGENZ

A. Digitale Technik und Kanalvielfalt als Grundlage für weitere Gewinnspiel-Call-In-Sender?

Digitalisierung bedeutet Umwandlung jedweder Art von Information in einen Binärcode¹⁷⁹. Die Ausstrahlung von Rundfunk und Telemedien in digitaler Form führt gegenüber der analogen Technik zu einer Effektivitätssteigerung um das Sechsfache¹⁸⁰. Die Erhöhung der Übertragungskapazitäten in den Netzen eröffnet die Möglichkeit, Medienangebote in Zukunft stärker zu individualisieren. Die Zahl spezifizierter und individualisierter TV-Angebote, insbesondere der Spartenkanäle und Telemedien wird deutlich steigen¹⁸¹. Die Angebotsvielfalt hat zur Folge, dass sich auch die Zahl derer erhöht, die direkten Zugang in die Wohnzimmer der Verbraucher bekommen.

So könnten weitere Anbieter dem Beispiel *9Live* folgen und rund um die Uhr interaktive mehrwertgebührenpflichtige Gewinnspielformate ausstrahlen. Aus ökonomischer Sicht ist es nicht erforderlich, hierfür das breite Publikum zu erreichen. Ausreichend sind regelmäßige und treue Mitspieler. Die „ideale Zielgruppe interaktiver Programme“ ist die „kleine Fan-Gemeinschaft“¹⁸². Im Zusammenhang mit entgeltabhängigen Gewinnspielmodellen also der „Kreis der Zocker“.

B. Technische Konvergenz als Basis für mehrwertgebührenpflichtige TV-Gewinnspiele ohne Telefon?

Unter dem Begriff Konvergenz wird aus informationstechnischer und -rechtlicher Sicht die Annäherung auf der Ebene der Hardware, der Software und der Geschäftsmodelle verstanden¹⁸³. Eine Konvergenz der Hardware zeichnet sich dadurch aus, dass dank der

¹⁷⁹ Vgl. *Fechner*, Medienrecht, Rn. 1101.

¹⁸⁰ Vgl. *Schäfer*, Technische Grundlagen und Trends des interaktiven Fernsehens, in: zu Salm, S. 65.

¹⁸¹ Vgl. etwa *Hesse*, Rundfunkrecht, S. 286.

¹⁸² *Sergent*, Interaktives Fernsehen als unternehmerische Herausforderung, in: zu Salm, S. 53.

¹⁸³ Vgl. *Dreier*, in: FS Erdmann, S. 78.

digitalen Technik unterschiedliche technische Plattformen wie Kabelnetz, Telefonleitung oder Sendefrequenz so zusammenwachsen, dass die bisher einzelnen Übertragungswegen zugeordneten Informations- und Kommunikationsdienste auch von anderen Plattformen übermittelt werden bzw. alle von ein und derselben technischen Plattform übertragen werden können. Eine solche technische Konvergenz bedingt eine Konvergenz der Inhalte und damit der Geschäftsmodelle¹⁸⁴. Dank der Konvergenz der Hardware ist es möglich, die Dienste Internetzugang, Telefonie und Fernsehen über eine gemeinsame Anbindung, insbesondere einen IP-Anschluss mit hoher Bandbreite (DSL oder Kabel) miteinander zu verbinden. Auch die zum Empfang bzw. der Nutzung der jeweiligen Dienste vorgesehenen Endgeräte wie TV-Gerät, Telefon, oder PC unterliegen einer Konvergenz, wenn alle Dienste mit einem Apparat empfangen werden können.

Dank eines solchen technischen Zusammenwachsens könnten Zuschauer und Nutzer zukünftig ohne Umweg über das Telefon zur Partizipation an Gewinnspielangeboten im TV aufgefordert werden. Über Set-Top-Box¹⁸⁵ und Fernbedienung wäre eine „echte“ Interaktion über einen direkten Rückkanal möglich. Insbesondere durch Zusammenführung von VoIP¹⁸⁶ und der Set-Top-Box wäre das Mitspielen in Gewinnspiel-Sendungen noch einfacher und schneller realisierbar. Die Rufnummer zur Teilnahme würde im Datenstrom an die Set-Top-Box übertragen, der Nutzer könnte mit der Fernbedienung interagieren und per Knopfdruck die Verbindung aufbauen. „Medienbrüche“, wie der Umweg über das Telefon, um am TV-Gewinnspiel zu partizipieren, fielen weg¹⁸⁷. Die Rufnummer müsste weder abgelesen, noch eingetippt werden. Die Konsumhemmschwelle aus Bequemlichkeitsgründen würde sinken. So wird einerseits erwartet, dass die beschriebene technische Konvergenz die Anzahl der entgeltlichen interaktiven Teilnehmer an Call-In-Sendungen drastisch erhöhen würde¹⁸⁸. Andererseits lautet die derzeitige Devise der Call Media Branche „Never change a winning team, at least not today“¹⁸⁹.

¹⁸⁴ Vgl. *Dreier*, in: FS Erdmann, S. 78.

¹⁸⁵ Die Set-Top-Box dient der Decodierung digitalisierter Fernsehsignale. In Zukunft wird ein entsprechender Decoder in das TV-Empfangsgerät integriert.

¹⁸⁶ Bei Voice over IP stellen zwei Computer bzw. IP-Telefone einen Gesprächskanal in Form einer virtuellen Telefonleitung über ein IP-Netzwerk her, auf dem komprimierte, digitale Audiosignale ausgetauscht werden.

¹⁸⁷ Gegebenenfalls könnte über einen direkten Rückkanal ein (Micro-) Payment erfolgen, vgl. *Hund*, Triple Play, S. 57.

¹⁸⁸ So *Hund*, Triple Play, S. 57.

¹⁸⁹ So das Fazit von *Goldhammer/Birkel/Piopiunik*, Call Media II, S. 34. Verwiesen wird darauf, dass die

Folglich könnte das Geschäftsmodell der Ausstrahlung interaktiver, entgeltlicher Gewinnspielangebote von den technischen Entwicklungen profitieren, obwohl es momentan untrennbar mit dem indirekten Rückkanal des Telefons verbunden erscheint.

telefonische Abwicklung aus Nutzersicht vertrauter sei und aus Anbietersicht mehr Möglichkeiten biete.

Kapitel 4: DIE ZIVILRECHTLICHE EINORDNUNG

In diesem Kapitel werden die bürgerlich-rechtlichen Rechtsbeziehungen zwischen den Veranstaltern und Teilnehmern von Spielen über Mehrwertdienstleistungsnummern festgestellt und das mehrwertgebührenpflichtige Gewinnspiel zivilrechtlich eingeordnet.

Zunächst wird ein einführender Überblick über den Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur hinsichtlich der zivilrechtlichen Fragen im Zusammenhang mit mehrwertgebührenpflichtigen Rundfunk-Gewinnspielen gegeben (A.), dem die grundsätzliche Einordnung mehrwertgebührenpflichtiger Gewinnspiele anhand der §§ 657 ff BGB (B.) und der §§ 762 f BGB (C.) nachfolgt. Unter D. werden Fragen der Durchsetzbarkeit der vertraglichen Ansprüche der am Gewinnspiel und seiner Abwicklung als Mehrwertdienstleistung Beteiligten erörtert, unter E. mögliche Unwirksamkeits- und Nichtigkeitsgründe von Mehrwertdienst-Gewinnspielverträgen.

A. Einführender Überblick über den Meinungsstand

I. Der Meinungsstand in der Rechtsprechung

Diametral gegenüber stehen sich zwei Urteile der 29. und der 33. *Kammer des LG München I* zu TV-Gewinnspielen mit mehrwertgebührenpflichtiger Kandidatenvorauswahl und sich anschließender Quizfrage: Die 33. *Kammer* nahm mit Urteil vom 21.12.2004 eine Auslobung im Sinne von § 657 BGB bzw. zumindest eine Rechtsbeziehung sui generis an¹⁹⁰, die 29. *Kammer* kam mit Urteil vom 02.02.2005 zu dem Ergebnis, dass Spielverträge im Sinne des § 672 BGB vorlägen¹⁹¹.

Nach Auffassung der 33. *Kammer des LG München I* wird die Entscheidung über Gewinn oder Verlust durch die „geistige Leistung“ der Teilnehmer bestimmt und nicht lediglich Glück belohnt, weswegen der Normzweck des § 762 BGB nicht zum Tragen käme. Die Zufallsgeneratorenentscheidung ändere nichts an dem schwerpunktmäßig aus-

¹⁹⁰ Az.: 33 O 15954/04, CR 2005, 494 = MMR 2005, 389: Anlass der Entscheidung war eine Klage eines Gewinnspielteilnehmers, der vom Privatsender *9Live* Gewinnauszahlungen in Höhe von 30.950 EUR verlangte. Der Kläger hatte trotz schriftlicher Mitteilung des Senders, er sei für die weitere Teilnahme an den Spielen gesperrt, weiterhin angerufen und die Gewinnfragen richtig gelöst.

¹⁹¹ Az.: 29 O 12315/04, abrufbar unter <http://www.kanzlei-prof-schweizer.de/bibliothek/urteile/index.html?id=12666> (Stand: 22.09.2007). Anlass der Entscheidung war auch hier die Klage eines Gewinnspielteilnehmers, der vom Privatsender *9Live* von der weiteren Teilnahme ausgeschlossen worden war, aber Gewinnauszahlungen verlangte.

lobenden Charakter der Rechtsbeziehung, da auch in § 659 Abs. 2 S. 2 BGB eine Entscheidung durch Los gesetzlich vorgesehen sei. Nach dem Willen des Gesetzgebers solle der auslobende Charakter nicht dadurch entfallen, dass die Möglichkeit einer erfolgreichen Spielteilnahme aus spieltechnischen Gründen teilweise auch vom Zufall abhängt¹⁹². Auf die anfallenden Mehrwertgebühren und deren Eignung als vermögenswertes Verlustrisiko im Sinne des § 762 BGB wird nicht eingegangen.

Nach Meinung der 29. Kammer des *LG München I* erbringt der Spielteilnehmer keine „nennenswerte menschliche Leistung“. Der Gewinnentscheidung sei aufgrund des Zufallsgenerators, aber auch aufgrund der Qualität der Quizfragen ganz überwiegend vom Zufall abhängig. Der beklagte Gewinnspielveranstalter - *9Live* - habe selbst eingeräumt, dass 80 Prozent der ausgestrahlten Rätsel leicht seien. Auch bei schwierigen Spielen überwiege der Zufallsfaktor, da sich mangels Spielregeln mehrere Rätsellösungen ergäben, ohne dass erkennbar würde, welches die gewünschte Lösung sei. Im Ergebnis diene das Spielangebot ausschließlich der Gewinnerzielung, der „(versteckte) Einsatz“ liege in den Telefongebühren, soweit der Spielveranstalter daran beteiligt sei¹⁹³.

Das *OLG München* bestätigte das Urteil der 33. Kammer¹⁹⁴. Das Landgericht habe zutreffend angenommen, dass die Gewinnversprechen der Beklagten bei ihren Quizsendungen nach den Grundsätzen der Auslobung zu beurteilen seien¹⁹⁵. Das *OLG München* beließ es bei dieser lapidaren Feststellung, insbesondere weil die rechtliche Einordnung der Gewinnspielveranstaltungen als Auslobung nach § 657 BGB oder Spiel nach § 762 BGB im Ergebnis nicht entscheidungserheblich war¹⁹⁶.

Dagegen deutete das *Kammergericht* mittels eines richterlichen Hinweises an, es sehe die Telefongebühren, die für die Teilnahme an Televoting-Gewinnspielen mit Vorzählfaktor im Rundfunk anfallen, insgesamt - also auch hinsichtlich der Ansprüche der TK-Provider - als unvollkommene Verbindlichkeiten gemäß § 762 BGB, woraufhin das Verfahren in einem Vergleich endete¹⁹⁷. In der Vorinstanz hatte das *LG Berlin* die Ver-

¹⁹² *LG München I*, CR 2005, 494/495.

¹⁹³ *LG München I*, Urteil vom 02.02.2005, Az.: 29 O 12315/04, abrufbar unter <http://www.kanzlei-prof-schweizer.de/bibliothek/urteile/index.html?id=12666> (Stand: 22.09.2007).

¹⁹⁴ Hier: Landgericht München I, Urteil vom 21.12.2004, Az.: 33 O 15954/04, CR 2005, 494 = MMR 2005, 389.

¹⁹⁵ *OLG München*, Urteil vom 28.07.2005, Az.: U (K) 1834/05, NJW-RR 2005, 1401 = MMR 2005, 774.

¹⁹⁶ Im Streit stand nicht die Frage der Verbindlichkeit des Spielgeschehens, sondern das Recht des Veranstalters, Teilnehmer wirksam auszuschließen.

¹⁹⁷ Zitiert nach *Labenski*, Morgenpost vom 02.07.2005. Eine Rentnerin war von der Deutsche Telekom AG auf Zahlung verklagt worden, nachdem sie in 44 Tagen mehr als 47.000mal über das T-Vote-Call-System die von *9Live* geschaltete Mehrwertnummer angewählt hatte, um an Gewinnspielen teilzunehmen.

bindlichkeit der Zahlungsverpflichtung mit der Wertneutralität des Telefondienstvertrages begründet, in dessen Rahmen die Mehrwertdienstleistung beansprucht werde. Aufgrund eines eigenen einwendungsresistenten Anspruchs des Telefondienstvertragspartners sei es im Ergebnis unerheblich, ob eine wirksame Auslobung nach §§ 657, 661 BGB oder ein unverbindliches Spiel nach § 762 BGB vorliege¹⁹⁸.

II. Der Meinungsstand in der Literatur

Ernst sieht in der Präsentation und Veranstaltung von Gewinnspielen mit Quizfragen im Rundfunk, die über das Televoting-System mit Vorzählfaktor abgewickelt werden, wirksame Auslobungen gemäß §§ 657, 661 BGB¹⁹⁹: Der Schwierigkeitsgrad der Fragen sei als Tatbestandsvoraussetzung der Auslobung ungeeignet. Es sei unpraktikabel, zwischen „zu leicht(en) oder hinreichend schwer(en)“ Fragen bzw. Aufgaben zu differenzieren. Auch bei ganz einfachen Fragen sei ein Minimum an Wissen die Grundvoraussetzung. Daher solle jede noch so kleine intellektuelle Leistung als vorzunehmende Handlung im Sinne der §§ 657, 661 BGB genügen. Zwar sei zuzugeben, dass ein „Restelement an Zufall“ verbleibe, indem durch die Vorschaltung eines technischen Filters der Teilnehmer erst ausgelost werde. Doch sehe auch §§ 659 Abs. 2 S. 2 BGB den Losentscheid vor. Im übrigen erscheine es unstatthaft, eine Trennung eines „einheitlichen Vorgangs in ein spielerisches Element (Auswahl des Anrufers) und ein Auslobungselement (richtige Antwort)“ vorzunehmen. Den gesamten Vorgang als Spiel im Sinne von § 762 BGB zu sehen, scheide aus, weil der Teilnehmer kein Risiko eingehe. Die Telefongebühren fielen in jedem Falle an, genauso wie die Portokosten bei der Teilnahme an einem gewöhnlichen Preisausschreiben per Post. Sie seien Eintrittsgeld, nicht Einsatz. Im Falle des Nicht-Gewinnens sei kein zusätzliches Entgelt zu bezahlen.

Dagegen nehmen *Gabriel/Barth* unverbindliche Spiele im Sinne von § 762 BGB an²⁰⁰: Der Anrufer leiste einen Einsatz, indem er die kostenpflichtige Rufnummer wähle. Diesen Einsatz könne er verlieren und zwar im Gegensatz zum Brief-Porto nicht an Dritte, sondern zum Teil an den Veranstalter. Im Gegenzug dazu könne der Veranstalter das „angebotene Geld verlieren“. „Beide Parteien“ strebten „sowohl den Zeitvertreib als auch einen Gewinn“ an, sodass ein Spielvertrag anzunehmen sei.

¹⁹⁸ LG Berlin, Urteil vom 28.09.2004, Az.: 5 O 241/04, CR 2005, 36/37 = MMR 2005, 36. Siehe zum Verhältnis des Mehrwertdienstvertrages zum Telefondienstvertrag: Dieses Kapitel, D, II.

¹⁹⁹ NJW 2006, 186 ff und MMR 2005, 735/740 ff.

²⁰⁰ *Gabriel/Barth*, VuR 2006, 301/302 f.

B. Auslobung und Preisausschreiben nach §§ 657 ff BGB sowie der verbindliche Vertrag sui generis mit Auslobungselement unter entsprechender Anwendung der §§ 657 ff BGB

I. Regelungsinhalt, Regelungszweck und Anwendungsbereich der §§ 657 ff BGB

Die Auslobung ist in § 657 BGB unter der Überschrift „Bindendes Versprechen“ legaldefiniert als Aussetzen einer Belohnung für die Vornahme einer Handlung, insbesondere für die Herbeiführung eines Erfolges durch öffentliche Bekanntmachung. § 658 BGB regelt den Widerruf der Auslobung, die §§ 659, 660 BGB beinhalten die Mehrfachvornahme oder gemeinsame Vornahme der zu prämierenden Handlung, § 661 BGB ist Sondervorschrift für Auslobungen, die eine Preisbewerbung zum Gegenstand haben.

Nach § 657 BGB ist die Belohnung auch zu entrichten, wenn sie „nicht mit Rücksicht auf die Auslobung“ vorgenommen wurde. Die Auslobung besteht nur aus einer Willenserklärung. Eine willentliche Annahme des Versprechens durch einen Auslobungsadressaten ist nicht erforderlich²⁰¹. Die Verbindlichkeit entsteht bereits mit der öffentlichen Bekanntmachung des einseitigen Versprechens als nicht empfangsbedürftiger Willenserklärung. Die Auslobung ist somit ein einseitiges Rechtsgeschäft. Wer öffentlich zur Vornahme menschlicher Leistungen auffordert und dafür als Gegenleistung eine Belohnung in Aussicht stellt, muss sich daran festhalten lassen, auch wenn kein konkreter Vertrag mit demjenigen zustande kommt bzw. zustande gekommen ist, der die Handlung vornimmt bzw. vorgenommen hat.

Entsprechende Anwendung finden die §§ 657 ff BGB auf gegenseitige Verträge sui generis, die ein Belohnungsversprechen für die Vornahme einer Handlung, insbesondere für die Herbeiführung eines Erfolges im Sinne von § 657 BGB enthalten. Auslobungselemente sind als Vertragsbestandteile in gleichem Umfang verbindlich - bzw. in Abgrenzung zu den §§ 516 ff BGB und §§ 762 f BGB unverbindlich - wie einseitige Rechtsgeschäfte nach §§ 657, 661 BGB²⁰².

²⁰¹ A.A. Staudinger/Bergmann, § 657, Rn. 7 ff als Anhänger der Vertragstheorie, wonach die Auslobung nur ein besonderes Verfahren für einen Vertragsschluss regelt.

²⁰² BGH, MDR 1966, 572 („Galopprennvertrag“); BGHZ 17, 366/369, Staudinger/Engel, Vorbem § 762 ff, Rn. 7.

II. Die Abgrenzung zwischen Auslobung und Preisausschreiben

Bei der Grundform der Auslobung geht die Belohnung an denjenigen, der die geforderte Handlung *zuerst* vornimmt (vgl.: § 659 Abs. 1 BGB). Das Preisausschreiben nach § 661 BGB prämiert die *qualitativ* beste („würdigste“) Handlung (vgl. § 661 Abs. 3 BGB). Hinsichtlich der Qualität und Preiswürdigkeit räumt § 661 BGB dem Preisauslobenden in Abs. 2 S. 1 einen weiten Ermessensspielraum ein. Allerdings muss die Entscheidung nach einer gemäß § 661 BGB obligatorischen Preisbewerbungsfrist erfolgen. § 661 BGB setzt den Auslobenden gezielt unter Entscheidungszwang. Das Erfordernis der Fristsetzung soll verhindern, dass die Preisentscheidung in der Hoffnung auf den Eingang noch besserer Lösungen beliebig hinausgezögert wird²⁰³.

Im Ergebnis ist die Auslobung von Preisen für die Beantwortung von Quizfragen kein Anwendungsfall des Preisausschreibens nach § 661 BGB ist. Die Antwort von Preisbewerbern auf eine Gewinnspielfrage ist entweder falsch oder richtig, ansonsten aber keiner qualitativen Unterscheidung zugänglich. Eine Auswahl nach der besten Lösung ist nicht möglich. Folglich kann im Zusammenhang mit der Beantwortung von Quizfragen allenfalls ein Fall des § 657 BGB vorliegen.

III. Das öffentliche und einseitig bindende Versprechen einer Belohnung - Abgrenzung der Auslobung zur *invitatio ad offerendum* zum Abschluss eines Vertrages *sui generis* mit Auslobungselement

Eine Auslobung muss öffentlich bekannt gemacht werden. Ohne Publizität kann kein wirksames Versprechen begründet werden²⁰⁴. Das Merkmal der Öffentlichkeit ist erfüllt, wenn ein individuell nicht abgrenzbarer Personenkreis angesprochen wird. Die Ansprache kann schriftlich oder mündlich erfolgen, das Publikationsmittel ist beliebig²⁰⁵.

Aus dem Inhalt der mündlichen oder schriftlichen Bekanntmachung muss sich mit hinreichender Deutlichkeit ein erkennbarer einseitiger Bindungswille des Auslobenden ergeben. Das bindende Auslobungs-Versprechen in der Öffentlichkeit ist von der öffentlichen Ankündigung und Bewerbung der Bedingungen für zukünftige Verträge abzugrenzen²⁰⁶.

²⁰³ Motive II, S. 523; BGH, WM 1983, 1268; MünchKommBGB/Seiler, § 661, Rn. 2.

²⁰⁴ Motive II, S. 529.

²⁰⁵ MünchKommBGB/Seiler, § 657, Rn. 14.

²⁰⁶ MünchKommBGB/Seiler, § 657, Rn. 6.

Inhalt der Belohnung bzw. des Preises kann jeder materielle oder immaterielle Vorteil sein, der auch als Gegenstand eines Rechtsgeschäfts in Betracht kommt. Die Belohnung bzw. der Preis muss nicht quantitativ oder qualitativ fixiert sein, aber bestimmbar²⁰⁷.

Im Zusammenhang mit mehrwertgebührenpflichtigen Gewinnspielen kündigen die Veranstalter in der Öffentlichkeit die Vergabe eines Geldgewinns oder Sachpreises bei Erfüllung der Gewinnbedingungen an, sodass öffentlich eine Belohnung versprochen wird. Fraglich ist nur, ob diese Ankündigung bereits eine einseitige Bindung des Gewinnspielveranstalters auslöst. *Ernst* geht ohne nähere Begründung davon aus, dass die Verbindlichkeit der Preisvergabe in Rundfunkgewinnspielen nach dem Willen der Rundfunkveranstalter bereits mit der Ankündigung der Gewinnsumme durch den Moderator entstehe²⁰⁸. Tatsächlich kann und soll die öffentliche Ankündigung der Belohnung im Zusammenhang mit Gewinnspielen über Mehrwertdienstnummern unter Stellung von Quizfragen jedoch noch keine einseitige Bindung begründen: Ein solches Prämienversprechen steht nämlich unter der ersten Bedingung, einen Mehrwertdienst-Vertrag mit dem Veranstalter zu schließen. Zwar kann der Inhalt einer Auslobung grundsätzlich auch im Abschluss eines wirksamen Vertrages liegen²⁰⁹. Dann muss aber das Zustandekommen *als solches* den Belohnungsanspruch auslösen. Wenn die Belohnung dagegen für den Abschluss eines Vertrages und weitere, nach Vertragsabschluss zu erfüllende Bedingungen (Beantwortung der Quizfrage / Überwindung einer zufälligen Auswahlentscheidung) versprochen wird, so wird nur der zukünftige Vertragsinhalt öffentlich beworben. Eine einseitig bindende Auslobung liegt noch nicht vor. Die Auslobung als einseitiges Rechtsgeschäft muss von der öffentlichen Einladung zu einem Vertragsangebot abgrenzbar sein. Zudem ist der Zweck der einseitigen Bindung nach § 657 BGB nicht erfasst, wenn der Belohnungsanspruch als erste Bedingung einen Vertragsabschluss voraussetzt: Die geforderte Handlung kann in diesem Fall nicht in Unkenntnis der Auslobung vorgenommen werden. Auch unter Berücksichtigung der Interessenlage des Veranstalters kann noch keine einseitige Verpflichtung entstehen: Wenn die Teilnahme an dem Gewinnspiel nur durch Anwahl einer Mehrwertnummer möglich ist, will der Auslobende die Preise erkennbar nur den Auslobungsadressaten in Aussicht stellen, die mit ihm einen Mehrwertdienstvertrag schließen. Die Verbindlichkeit der Preisvergabe ist somit untrennbar mit dem Zustandekommen eines Mehrwertdienstvertrages ver-

²⁰⁷ Staudinger/Bergmann, § 657, Rn. 59 f.

²⁰⁸ Ernst, NJW 2006, 186/188

²⁰⁹ MünchKommBGB/Seiler, § 657, Rn. 9 u. 17.

knüpft. So liegt offensichtlich eine *invitatio ad offerendum* zum Abschluss eines Vertrages vor, der das mögliche Auslobungselement „Belohnung gegen Quizfrage“ enthält.

IV. Die „Handlung“ im Sinne von § 657 BGB als Gegenleistung für die ausgelobte Belohnung - Abgrenzung zu unverbindlichen Versprechen oder Abreden

Unabhängig vom Bindungswillen der Beteiligten kann ein Belohnungsversprechen nur dann Bestandteil einer wirksamen und verbindlichen einseitigen Auslobung oder Auslobungselement und Bestandteil eines wirksamen und verbindlichen Vertrages *sui generis* unter entsprechender Anwendung der §§ 657 ff BGB sein, wenn das geforderte Tun „Handlung“ bzw. Erfolgsherbeiführung“ im Sinne des § 657 BGB ist.

1. Die objektiv oder subjektiv belohnenswerte Handlung

Der Begriff der „Handlung“ nach § 657 BGB umfasst grundsätzlich jedes vom Willen eines Menschen abhängige Verhalten. Nicht hierunter fallen Ereignisse und natürliche Zustände wie der Eintritt der Geburt oder des Todes oder das Erreichen eines bestimmten Geburtstages²¹⁰. Nicht in den Anwendungsbereich von § 657 BGB fallen auch solche menschliche Handlungen, die keine nennenswerte und belohnenswerte Tätigkeit darstellen²¹¹. Die Auslobung muss durch die „Handlung“ im Sinne von § 657 BGB von (bedingten) Schenkungen nach §§ 516 ff BGB und Geschäften mit aleatorischem Charakter gemäß §§ 762 f BGB im „Gewand der Auslobung“²¹² abgrenzbar sein²¹³. Nach dem Leitbild der §§ 657 ff BGB sind Auslobung und Preisausschreiben entgeltliche Geschäfte²¹⁴. Die ausgesetzte Belohnung ist die Gegenleistung für die Leistung, die in der Vornahme der Handlung oder der Herbeiführung des Erfolges liegt.

In der Rechtsprechung wurden Handlungen wie das Einsenden von Gewinnunterlagen²¹⁵, das Freirubbeln und Einsenden von Silberkreisen²¹⁶, die Beantwortung von Fra-

²¹⁰ MünchKommBGB/Seiler, § 657, Rn. 8.

²¹¹ OLG Stuttgart, MDR 1986, 756; LG Münster, MDR 1988, 53; OLG Düsseldorf, MDR 1997, 812 = NJW 1997, 2122; *Medicus*, SR II, BT, Rn. 508 u. 470; *Schothöfer*, in: FS Nordemann S. 205; *Staudinger/Bergmann*, § 657, Rn. 62; MünchKommBGB/Seiler, § 657, Rn. 8. Vgl. auch BGH, GRUR 1959, 138/140 („Italienische Note“): Die Gestaltung eines Schaufensters im Rahmen eines Schaufensterwettbewerbs ist Handlung nach § 657 BGB.

²¹² *Staudinger/Bergmann*, § 657, Rn. 62.

²¹³ *Erman/Ehmann*, § 657, Rn. 5; *Palandt/Sprau*, § 657, Rn. 4.

²¹⁴ *Schlechtriem*, SR BT, Rn. 554; *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht, Rn. 1293; MünchKommBGB/Seiler, § 657, Rn. 5; *Staudinger/Bergmann*, § 657, Rn. 18.

²¹⁵ OLG Düsseldorf, MDR 1997, 812/813 = NJW 1997, 2122: Anzunehmen sei ein „Schenkungsversprechen“, dass zu seiner „Wirksamkeit der notariellen Beurkundung bedurft“ hätte.

gen, die mithilfe des aufmerksamen Durchlesens einer 20-seitigen Werbebroschüre zu beantworten waren²¹⁷, nicht als Handlungen nach § 657 BGB anerkannt.

Der BGB-Gesetzgeber führte die Auslobung nicht zuletzt ein, um die Bewältigung von Aufgaben aus den Bereichen Wissenschaft, Kunst und Technik zu fördern²¹⁸. Allerdings wurde ausdrücklich darauf verzichtet, „nützliche Geistesarbeit“ oder „gemeinnützige körperliche Fertigkeiten“ - wie noch im Allgemeinen Preußischen Landrecht (ALR I 11 § 988) - zu verlangen²¹⁹. Daher können auch „nicht gemeinnützige“ geistige oder körperliche Leistungen Inhalt einer wirksamen Auslobung sein²²⁰.

In subjektiver Hinsicht ist die Frage nach dem Interesse des Auslobenden an der Vornahme der geforderten Handlung regelmäßig ein wichtiges Abgrenzungskriterium zwischen wirksamen Verpflichtungen und unverbindlichen Versprechen, obwohl grundsätzlich auch altruistische Motive oder gar das Nichteintreten des Erfolges eine wirksame Auslobung begründen können²²¹. In den letztgenannten Situationen steht dann aber ein ernsthafter Zweck hinter der Auslobung, so etwa, wenn der Auslobende mit dem erwarteten Misslingen der geforderten Handlung eine aufgestellte Behauptung erhärten will²²².

Im Ergebnis entscheidet der Auslobende grundsätzlich selbst, wie nennenswert die Handlung sein muss, für deren Vornahme er eine Belohnung verspricht. In Abgrenzung zum unverbindlichen bedingten Schenkungsversprechen oder Spiel muss aber objektiv irgendein menschliches Handeln als Gegenleistung vorliegen und subjektiv eine persönliche Wertschätzung oder ein kommerzielles Interesse an dem geforderten Tun erkennbar sein²²³.

²¹⁶ OLG Stuttgart, MDR 1986, 756/757: Es liege eine „Gratisverlosung oder ähnliches im Sinn der §§ 762, 763 BGB“ vor.

²¹⁷ LG Münster, MDR 1988, 53/54: Die Veranstaltung entspreche „dem gesetzlichen Leitbild des § 762 BGB“.

²¹⁸ Motive II, S. 523.

²¹⁹ Motive II, S. 519.

²²⁰ MünchKommBGB/Seiler, § 657, Rn. 18.

²²¹ Henssler, Risiko, S. 461; MünchKommBGB/Seiler, § 657 BGB, Rn. 9; Staudinger/Bergmann, § 657 BGB, Rn. 65.

²²² Etwa ein Einzelhändler, der die Behauptung aufstellt, kein Konkurrent biete niedrigere Preise und für den Nachweis des Gegenteils eine Belohnung verspricht.

Vgl. hierzu auch den Prozess Hoensbroech gegen Dasbach (Urteile nicht veröffentlicht, zitiert nach Henssler, Risiko, S. 461): Kaplan Dasbach hatte durch öffentliche Bekanntmachung eine Belohnung von 2000 Gulden für den Nachweis versprochen, dass in den Jesuitenschriften der Grundsatz „der Zweck heiligt die Mittel“ gelehrt werde. Kläger Hoensbroech war der Auffassung, den Beweis erbracht zu haben. Das LG Trier lehnte eine Auslobung ab, da der beklagte Dasbach als Anhänger der Jesuiten kein Interesse an der Widerlegung seiner Behauptung gehabt hätte, das OLG Köln ging aber von einer wirksamen Auslobung aus (Die Klage wurde aber aus anderen Gründen abgewiesen).

²²³ Vgl. BGH, MDR 1966, 572 („Galopprennvertrag“); Henssler, Risiko, S. 463 ff; Staudinger/Engel,

2. Die Beantwortung von Quizfragen als Handlung im Sinne von § 657 BGB

Wie oben dargestellt, sehen *Ernst*²²⁴ und die 33. Kammer des LG München I²²⁵ in der Beantwortung von Quizfragen grundsätzlich - ohne Rücksicht auf den Schwierigkeitsgrad - Handlungen im Sinne von § 657 BGB. Diesen Meinungen ist zuzugestehen, dass es völlig unpraktikabel wäre, die rechtliche Einordnung von Gewinnversprechen im Zusammenhang mit öffentlich gestellten Quizfragen von der Nennenswertigkeit der gestellten Aufgaben im Einzelnen abhängig zu machen. Bevor mit diesen aber der Schluss gezogen wird, dass die §§ 657 ff BGB daher auch auf „leichte“ Quizfragen entsprechend anzuwenden seien, muss jedoch geklärt sein, dass die Beantwortung von Quizfragen *grundsätzlich* als Leistung im Sinne von § 657 ff BGB denkbar ist.

a) Spiel dient der Unterhaltung der Teilnehmer

Die Stellung von Quiz-Fragen und Auslobung von Preisen dient typischerweise dazu, das Publikum durch das Spielangebot auf die Produkte des Veranstalters zu lenken (Werbezugewinnspiele), das Dienstleistungsangebot des Spielanbieters attraktiver zu machen und die Teilnehmer zu unterhalten (Zeitschriften- oder Zuschauerzugewinnspiele) oder durch die Entgeltlichkeit der Spielteilnahme unmittelbare Gewinne zu erzielen (kostenpflichtige Gewinnspiele). In allen diesen Fällen hat die Nennung der richtigen Antwort als Leistung des Auslobungsadressaten keinen materiellen Wert für den Auslobenden, und zwar unabhängig vom Schwierigkeitsgrad der gestellten Frage. Als Aufgabensteller hat er die Frage ausgewählt und kennt die richtige Lösung. Weder objektiv, noch subjektiv stellt sich die Beantwortung einer Quizfrage hier als Gegenleistung für die Auslobung von Geld- oder Sachpreisen dar. Die Gewährung einer Belohnung für die Beantwortung von Gewinnspielfragen ist daher *grundsätzlich* kein Fall von § 657 BGB.

b) Spiel dient der Unterhaltung Dritter durch Verwertung der Kandidatenleistungen

Eine *Ausnahme* kann vorliegen, wenn der Auslobende ein Wissensquiz in Form eines „geistigen Wettbewerbs“ durchführt und die Veranstaltung kommerziell verwertet, indem er die Wissens-Leistungen der Auslobungsadressaten nutzt, um Dritte zu unterhalten. Hier existiert eine Parallele zur Auslobung von Belohnungen und Aussetzung von

Vorbem § 762 ff, Rn. 7; Palandt/*Sprau*, § 657 BGB, Rn. 4.

²²⁴ NJW 2006, 186 und MMR 2005, 735.

²²⁵ CR 2005, 494.

Prämien in sportlichen Wettbewerben, wie beispielsweise einem Tennisturnier oder einer Leichtathletikveranstaltung.

Insbesondere in sportlichen Wettbewerben sind Prämienversprechen im Rahmen von Verträgen *sui generis* mit Auslobungselement üblich. In Abgrenzung zu unverbindlichen Abreden wird darauf abgestellt, ob mit dem Vertrag eine besondere Leistung entlohnt werden soll und der Vertrag zu wichtigen wirtschaftlichen Zwecken abgeschlossen wurde. Wenn die (sportlichen) Leistungen als Wirtschaftsgut erkennbar werden, wird der unverbindliche (gesellschaftliche) Bereich regelmäßig verlassen²²⁶. Ein verbindlicher Vertrag *sui generis* ist anzunehmen, wenn der wirtschaftliche Schwerpunkt des Gesamtgeschehens und das Veranstalterinteresse nicht auf Startgeldern oder Teilnahmebeiträgen liegt, sondern menschliche Leistungen kommerzialisiert werden²²⁷. Der Veranstalter verwertet die besonderen Leistungen des Teilnehmers zu Werbezwecken, zur Erzielung von Eintrittsgeldern oder von Einnahmen aus Fernsehübertragungen bzw. dem Handel mit Übertragungsrechten. Der Teilnehmer stellt seine Leistung zur Verfügung und hat dementsprechend einen rechtsverbindlichen Anspruch auf die ausgesetzte Prämie, wenn er den geforderten Erfolg herbeiführt²²⁸.

Im Zusammenhang mit einem Wissensquiz besteht die Gegenleistung folglich nicht darin, dass der Auslobungsadressat *dem Auslobenden* die richtigen Antworten nennt, sondern darin, dass er sich einem geistigen Wettbewerb aussetzt und *Dritten* sein Wissen präsentiert, denen gegenüber der Auslobende die Kandidatenleistungen verwertet. Die §§ 516 ff BGB stehen hier unabhängig vom Schwierigkeitsgrad der Quizfragen im Einzelnen nicht entgegen, weil der Veranstalter die ausgelobten Gewinne nicht verschenkt, sondern als Gegenleistung dafür vergibt, dass er die Kandidatenleistungen kommerzialisiert. Die §§ 762 f BGB stehen hier erst im Weg, wenn das eigentliche Interesse des Veranstalters auf Startgelder oder Einsätze der Teilnehmer gerichtet ist.

c) Exkurs: Situation in TV-Spielshows mit Studiokandidaten wie „Das Quiz mit Jörg Pilawa“ oder „Wer wird Millionär?“

Betrachtet man sich TV-Quizsendungen mit Studiokandidaten, wie „Wer wird Millionär?“ (RTL) oder „Das Quiz mit Jörg Pilawa“ (ARD), so ist die Verwertung von Kandi-

²²⁶ Staudinger/Engel, Vorbem § 762 ff, Rn. 7.

²²⁷ Henssler, Risiko, S. 463 ff; BGH, MDR 1966, 572 („Galopprennvertrag“).

²²⁸ Vgl. BGH, MDR 966, 572 („Galopprennvertrag“): Ein Rennvertrag zwischen Teilnehmer und Veranstalter einer Pferderennveranstaltung, bei dem der Teilnehmer eine Startgebühr zahlt und der Veranstalter Prämien auslobt ist verbindlicher auslobungsähnlicher Vertrag *sui generis*, weil beide Parteien wichtige Wirtschaftsinteressen verfolgen.

datenleistungen zu kommerziellen Zwecken festzustellen: Der Kandidat erbringt eine „Gesamtleistung“, die in seinem persönlichen Auftreten in der Spielshow und der Kombination aus der Beantwortung einfacher und vor allem anspruchsvoller Fragen besteht²²⁹. Je mehr Fragen der Kandidat richtig beantwortet, umso höher steigt die Gewinnsumme und der Schwierigkeitsgrad der Fragen. Damit wächst auch das Interesse der Zuschauer an der Sendung, verursacht durch die Wissens-Leistungen des Kandidaten. So dienen die Leistungen der Kandidaten dazu, die Attraktivität der Sendung zu steigern. Auch können sich die Zuschauer mit dem Studiokandidaten messen bzw. mit diesem „mitfiebern“.

Der Veranstalter verwertet die Kandidatenleistungen zu Unterhaltungszwecken, indem er die Spielshows aufzeichnet und ausstrahlt. Das Interesse der Veranstalter an den Kandidatenleistungen besteht trotz der damit fällig werdenden Gewinnansprüche. Diese werden regelmäßig durch die verstärkte Publikumsresonanz bei Sendungen in den hohen Gewinnbereichen kompensiert²³⁰.

Die Veranstalter nutzen das Auftreten von TV-Kandidaten und deren Wissensleistungen kommerziell aus und versprechen als Gegenleistung die Zahlung der ausgelobten Prämien. Die Beantwortung von Quizfragen stellt sich in diesem Zusammenhang als Gegenleistung für die ausgelobten Gewinne dar. Der wirtschaftliche Zweck der Veranstaltung liegt in der Produktion von Fernsehunterhaltung, wobei die Studiokandidaten durch ihr Auftreten und die Präsentation ihres Wissens maßgeblichen Anteil am Unterhaltungswert und der wirtschaftlichen Verwertbarkeit der Show besitzen.

Hier ist ein rechtsverbindlicher Vertrag sui generis mit teilweise auslobungsähnlichem Inhalt zwischen Kandidat und Veranstalter entsprechend den §§ 657 ff BGB anzunehmen, ohne dass es auf die Beurteilung des Schwierigkeitsgrades der Quizfragen im Einzelnen ankäme.

d) Situation in mehrwertgebührenpflichtigen Call-In-Formaten

Deutlich geworden ist, dass die Beantwortung von Quizfragen überhaupt nur Inhalt eines verbindlichen Rechtsgeschäfts sein kann, wenn sie öffentlich vor oder für Publikum erfolgt. Mehrwertgebührenpflichtige Gewinnspiele mit Quizfragen sind folglich niemals

²²⁹ Bei diesen Gewinnspielsendungen müssen die Teilnehmer - gewissermaßen als Aufwärmphase - zunächst Banal- und Scherzfragen beantworten, um im weiteren Spielverlauf mit echten Wissensfragen konfrontiert zu werden. Jede richtige Antwort lässt die Kandidaten eine höhere Gewinnstufe erklimmen, ist also eine bestimmte Gewinnsumme wert.

²³⁰ So berichtet etwa *RTL* nach der Kür eines neuen Millionärs tagelang in anderen Sendungen von diesem Ereignis.

Bestandteil eines verbindlichen Mehrwertdienstvertrages sui generis, wenn die Lösungsantwort einzusenden ist bzw. auf einem Anruferantworter zu hinterlassen ist.

Aber auch bezüglich der Call-In-Formate, in denen einzelne Anrufer nach Anwahl einer Mehrwertnummer und einer gebührenpflichtigen Vorauswahl in einer Live-Sendung eine Quizfrage beantworten müssen, kann kein - sportlichen Wettkämpfen vergleichbarer – „geistiger Wettbewerb“ angenommen werden, bei dem die Veranstalter Kandidatenleistungen zur Unterhaltung der Zuschauer verwerten: Die Quiz-Kandidaten werden wenige Sekunden in die Sendung geschaltet und müssen regelmäßig die Antwort auf eine einzelne Wissens- oder sogar Ratefrage geben. Die Zuschauer werden so weder durch Leistungen der Kandidaten unterhalten, noch durch deren Präsenz in der Sendung. Aus Sicht der preisauslobenden TV-Veranstalter lässt sich kein Interesse an den Wissens-Leistungen der Quizkandidaten erkennen oder herleiten. Auch den Teilnehmern ist bewusst, dass sie objektiv keine Leistung erbringen, die sich als Gegenleistung für wertvolle Geldpreise im mittleren dreistelligen bis unteren sechsstelligen Euro-Bereich darstellt. Durch die Teilnahmevoraussetzung „Abschluss eines entgeltlichen Mehrwertdienstvertrages“ kommt vielmehr zum Ausdruck, dass der Veranstalter mit der Auslobung von Belohnungen auf die finanziellen Leistungen der Gesamtheit der Teilnehmewilligen abzielt. Evident wird dies durch die unmittelbare gebührenpflichtige Anruferabweisung. Die Veranstaltung erzeugt eine Vielzahl entgeltlicher Leistungen und lässt eine Vielzahl potentieller geistiger Leistungen nicht zu. Belohnt und verwertet wird nicht die Beantwortung von Quizfragen, sondern der massenhafte Abschluss entgeltlicher Mehrwertdienstverträge mit allen Teilnehmewilligen.

Der wirtschaftliche Schwerpunkt des Gesamtgeschehens liegt in der Erzielung von Einnahmen aus Mehrwertgebühren durch die Einräumung von Gewinnchancen. Die vertragliche Abrede mit dem Teilnehmer zielt in keiner Weise auf die Erbringung von geistigen Leistungen zur Verwertung gegenüber Dritten ab. Die Belohnung wird nur formal für die Beantwortung von Quizfragen versprochen. Die kommerzielle Verwertung von Kandidatenleistungen spielt erkennbar keine Rolle. Die Präsentation der Spiele im Rundfunk dient nur der Werbung um zukünftige Mehrwertdienstvertragspartner. An der Nennung der richtigen Antwort durch einen Kandidaten hat der Veranstalter weder ein persönliches, noch ein kommerzielles Interesse.

Die Annahme eines rechtsverbindlichen Vertrages sui generis mit teilweise auslobungsähnlichem Inhalt entsprechend den §§ 657 ff BGB ist ausgeschlossen. Die Belohnung

wird nicht für die Beantwortung von Quizfragen im Rahmen eines Wissensquiz versprochen. Veranstaltungszweck ist der Abschluss entgeltlicher Mehrwertdienstverträge zur Einräumung von Gewinnchancen. Vorrangige Anwendung finden die §§ 762 f BGB.

V. Der Losentscheid nach § 659 Abs. 2 S. 2 BGB

Im folgenden wird ergänzend ausgeführt, dass auch § 659 Abs. 2 S. 2 BGB, der im Zusammenhang mit verbindlichen Auslobungen und Abreden einen Losentscheid vorsieht, nach Sinn und Zweck nicht solche Zufallsentscheidungen regeln soll, wie sie bei mehrwertgebührenpflichtigen Gewinnspielen fallen.

§ 659 BGB normiert Situationen, in denen die geforderte Handlung mehrfach vorgenommen wird. Handeln die Auslobungsadressaten nacheinander, so gebührt die Belohnung demjenigen, welcher die Handlung als *erster* vorgenommen hat (Prioritätsgrundsatz nach § 659 Abs. 1 BGB). Erfolgt die ausgelobte Handlung von mehreren *gleichzeitig*, so erhält jeder einen gleichen Teil der Belohnung (Teilungsgrundsatz nach § 659 Abs. 2 S. 1 BGB). Ist die Belohnung aufgrund ihrer Beschaffenheit unteilbar, entscheidet das Los (§ 659 Abs. 2 S. 2 BGB).

§ 659 BGB fußt auf dem unausgesprochenen Grundsatz, dass trotz mehrfacher Vornahme der geforderten Handlung nur einmal die Belohnung ausgezahlt werden muss²³¹. Die Norm berücksichtigt den mutmaßlichen Willen des Auslobenden und stellt folglich dispositives Recht dar²³².

1. Die Vorselektion von Anrufern

Entgegen der oben dargestellten Auffassung von *Ernst*²³³ und des *LG München I*²³⁴ stehen der Anwendung des §§ 659 Abs. 2 S. 2 BGB auf Spiele über Mehrwertnummern mit gebührenpflichtiger Kandidatenvorauswahl teleologische und systematische Gründe entgegen:

Die Auslobungsbewerber müssen sich einer Losentscheidung schon stellen, bevor sie die geforderte Handlung „Beantwortung der Gewinnfrage“ überhaupt vornehmen können. Die im Rahmen der Gewinnauslobung geforderte Handlung „Nennung der Lösungsantwort“ wird durch den technischen Auswahlmechanismus behindert. Das Los

²³¹ Staudinger/Bergmann, § 658, Rn. 2.

²³² Mugdan II, S. 292.

²³³ Ernst, NJW 2006, 186/188 und MMR 2005, 735/740 f.

²³⁴ LG München I, CR 2005, 494/495.

entscheidet nicht, wer die Belohnung erhält, weil er die geforderte Handlung vorgenommen hat, sondern, wer sich als erster darin versuchen darf, die geforderte Handlung vorzunehmen. Mit Sinn und Zweck der Regelung des § 659 Abs. 2 S. 2 BGB ist dieses System nicht vereinbar. Nicht die geforderte Handlung, sondern der Losentscheid stehen im Mittelpunkt des Geschehens. Der Ausnahmefall wird zur Regel.

Mit „Kapazitätsengpässen“²³⁵ oder „spieltechnischen Gründen“²³⁶ ist es gegebenenfalls zu rechtfertigen, dass nicht jeder Teilnahmewillige seine Bewerbung abgeben kann, d.h., der Auslobende die Bewerber vorauswählt und teilweise ablehnt. Eine entsprechende Anwendung der §§ 657 ff BGB scheidet jedoch offensichtlich aus, wenn die Bewerberauswahl entgeltlich ist und zu Gewinnerzielungszwecken erfolgt. Die Losentscheidung wird so zu einer gebührenpflichtigen Dienstleistung. Für die Durchführung entgeltlicher Verlosungen hat der Gesetzgeber jedoch die §§ 762 f BGB als *lex specialis* vorgesehen. Die Losentscheidung des § 659 Abs. 2 S. 2 BGB ist dagegen keine Leistung des Auslobenden im Rahmen der §§ 657 ff BGB, für die er ein Entgelt beanspruchen kann.

2. Die nachträgliche Auslosung von Gewinnern

Auch im Zusammenhang mit Gewinnspielen, bei denen jeder Teilnahmewillige mit einem Anruf oder einer SMS die Lösungsantwort auf eine Quizfrage auf einer Registrierungsplattform hinterlassen kann, scheidet die entsprechende Anwendung des §§ 659 Abs. 2 S. 2 BGB mangels vergleichbarem Normzweck und vergleichbarer Interessenlage aus:

Die Ausnahmenvorschrift des § 659 Abs. 2 S. 2 BGB regelt den Fall, dass die geforderte Handlung *mehrfach und gleichzeitig* vorgenommen wurde. Wenn der Spielveranstalter nicht den *ersten* Kandidaten belohnt, sondern die mehrfache nachträgliche Vornahme zulässt, um im Anschluss einen Gewinner auszulosen, so macht er den Losentscheid von Vorneherein zur Regel. Ein Bewerbungszeitraum ist nur bei Preisausschreiben nach § 661 BGB vorgesehen, bei denen *qualitativ* unterschiedliche Handlungen zu erwarten sind. Bei qualitativ nicht unterscheidbaren Handlungen ist die erste Vornahme zu be-

²³⁵ Die Spielveranstalter sprechen im Zusammenhang mit der Nutzung des Televoting-System mit unmittelbarer Anruferabweisung von „technische Mechanismen (...), um die große Anzahl der eingehenden Anrufe zu bewältigen“, vgl. etwa Ziffer 2 b) der „9 Live Mitmachregeln“ (Stand 12.07.2007, abgerufen unter <http://www.neunlive.de/service/mitmachregeln/> am 30.10.2007).

²³⁶ LG München I, CR 2005, 494/495.

lohen. Ein Losentscheid ist nach den Bestimmungen der §§ 657 ff BGB somit gar nicht notwendig.

Je öfter und je länger der Spielveranstalter die wiederholte Vornahme der geforderten Handlung zulässt, umso mehr macht er einen Losentscheid, der nach der Systematik der § 657 ff BGB nur ausnahmsweise eine Rolle spielt, zum prägenden Merkmal der Belohnungsentscheidung. Entscheidend ist, dass aus Sicht des Auslobenden und der Auslobungsadressaten nicht die Vornahme der geforderten Handlung, sondern die Verlosung von Gewinnen im Mittelpunkt des Geschehens steht, wenn der Auslobende für eine lösbare Quizfrage eine Belohnung aussetzt, die nicht der schnellste Auslobungsempfänger – der erste Anrufer - erhält, sondern ein nachträglich ausgeloster aus allen, die sich über einen gewissen Bewerbungszeitraum (gebührenpflichtig) registrieren lassen konnten. Der Auslobende beabsichtigt von Anfang an, die Gewinne per Losentscheid zu vergeben und der Auslobungsadressat weiß von vorneherein, dass die anschließende Gewinnerauslosung entscheidendes Element für die Preisvergabe ist. Bei einer unentgeltlichen Gewinnspielvariante haben die §§ 516 ff BGB Vorrang, bei einer entgeltlichen die § 762 f BGB.

VI. Ergebnis

Öffentliche Gewinnversprechen, die unter der Bedingung der Anwahl einer Mehrwertnummer und der Beantwortung einer Quizfrage stehen, stellen keine einseitigen Auslobungen dar, sondern die Einladung zum Abschluss eines gegenseitigen Mehrwertdienstvertrages.

Die richtige Beantwortung einer Quizfrage ist unabhängig vom Schwierigkeitsgrad keine „Handlung“ im Sinne von § 657 BGB, wenn die Preisauslobung erkennbar nicht der Belohnung von Wissen oder Können dient, sondern andern Zwecken, insbesondere der Werbung, der Unterhaltung der Teilnehmer oder der Gewinnerzielung durch die Entgeltlichkeit der Teilnahme. Die Beantwortung von Quizfragen ist ausnahmsweise Gegenleistung im Sinne von § 657 BGB, wenn der Auslobende ein Wissensquiz – einen „geistigen Wettbewerb“ - veranstaltet und die Wissens-Leistungen der Auslobungsadressaten zur Unterhaltung Dritter verwertet.

Die Durchführung mehrwertgebührenpflichtiger Spiele im Rundfunk hat nicht den Zweck, Wissensleistungen der Kandidaten zu kommerzialisieren, um die Zuschauer zu unterhalten, sondern dient dazu, Einnahmen aus Mehrwertgebühren zu erzielen und die

Anrufer als Spielteilnehmer zu unterhalten. Verwertet wird nicht menschliches Tun der Teilnehmer in Form der Beantwortung von Quizfragen, sondern die finanziellen Leistungen aller Anrufer. Prämiert wird nicht menschliches Wissen oder Können, sondern der Abschluss entgeltlicher Mehrwertdienstverträge. Die analoge Anwendung der §§ 657 ff BGB, insbesondere auch die des § 659 Abs. 2 S. 2 BGB, ist in diesen Fällen nicht möglich. Normzweck und Interessenlage sind nicht vergleichbar. Vorrangige Anwendung finden die §§ 762 f BGB.

C. Das unverbindliche Spiel nach §§ 762 f BGB

I. Regelungsinhalt, Normzweck und Rechtsnatur der §§ 762, 763 BGB

§ 762 BGB normiert das Spiel und die Wette. Gemeinsam ist beiden das aleatorische Moment, differenziert wird nach dem konkreten Vertragszweck. Sinn des Spiels ist die Erzielung eines Gewinns und / oder die Unterhaltung in hauptsächlicher Abhängigkeit von Unwägbarkeiten und Unsicherheitsfaktoren. Zweck der Wette ist die Bekräftigung eines Meinungsstreits, bei der das Unsicherheitselement im Merkmal des „nicht sicheren Wissens einer nachprüfbaren Tatsache“ liegt²³⁷.

Unterarten des Spiels sind Lotterie und Ausspielung²³⁸. Hier schließt ein Spiel-Veranstalter mit einer Mehrzahl von Spiel-Teilnehmern jeweils Spielverträge gemäß § 762 BGB. Der Veranstalter verspricht in jedem Spiel-Vertrag, gegen die Übernahme eines vermögenswerten Verlustrisikos, das regelmäßig - aber nicht notwendig²³⁹ - in der Zahlung eines Einsatzes liegt, nach Maßgabe eines Spielplans, Gewinne an die spielplanmäßig ermittelten Gewinner zu leisten²⁴⁰. Eine Ausspielung liegt vor, wenn der Gewinn in Sachpreisen besteht, eine Lotterie ist gegeben, wenn Geldpreise ausgelobt werden.

Spiel und Wette werden als unverbindlich behandelt, solange noch keine Vermögensverschiebung erfolgt ist (§ 762 Abs. 1 S. 1 BGB). Bis zu einer Vermögensverschiebung

²³⁷ *Schlechtriem*, SR BT, Rn. 618; *MünchKommBGB/Habersack*, § 762, Rn. 4 u. 7; *Henssler*, Risiko, S. 427 f. Daher sind auch die Sportwetten mit festen Quoten (sog. „Oddset-Wetten“) keine Wetten, sondern Spiele im Sinne von § 762 BGB.

²³⁸ *Henssler*, Risiko, S. 512; *Staudinger/Engel*, Vorbem zu §§ 762 ff, Rn.6; *Palandt/Sprau*, § 763, Rn. 1a.

²³⁹ *Henssler*, Risiko, S. 519 f weist zutreffend darauf hin, dass kein Einsatz erforderlich ist, sondern jedes vermögenswerte Verlustrisiko Spielgegenstand sein kann. So etwa, wenn sich die verlierende Partei nach den vertraglichen Absprachen vermögenswerten Ansprüchen ausgesetzt sieht. A.A. wohl *Palandt/Sprau*, § 763, Rn. 1a.

²⁴⁰ *RGZ* 60, 379/381 u. 386; *Erman/Terlau*, § 763, Rn. 2; *MünchKommBGB/Habersack*, § 763, Rn. 4; *Palandt/Sprau*, § 763, Rn. 1a.

wird das Interesse des verlierenden Spielers höher eingestuft als das Interesse des gewinnenden. Erst wenn der Verlierer durch seine freiwillige Leistung zum Ausdruck bringt, dass er die Forderung des Gewinners trotz Unverbindlichkeit erfüllen will, verliert er seine Schutzbedürftigkeit und konsequenterweise sein Rückforderungsrecht (§ 762 Abs. 1 S. 2 BGB).

Die Begründungen für die grundsätzliche Unverbindlichkeit von Spielverträgen waren in der BGB-Gesetzgebung uneinheitlich. Einerseits wurde auf „wirtschaftliche und sittliche Gefahren“ des Spiels hingewiesen²⁴¹, andererseits wurden die Spielbeziehungen auf „dem Gebiet der Sitte, nicht dem des Rechts“ angesiedelt²⁴². Inzwischen wird die Unverbindlichkeit im Wesentlichen auf den Gedanken gestützt, dass das Recht den aleatorischen Verträgen wegen ihrer Gefährlichkeit keinen rechtlichen und gerichtlichen Schutz gewähren will²⁴³. *Henssler* weist zutreffend darauf hin, dass dem Spielvertrag ein wirtschaftlicher Zweck fehlt, der die mit der Risikoübernahme verbundene Gefahr eines finanziellen Verlusts kompensiert. Die Beteiligten sollen durch die Unverbindlichkeitsanordnung von vornherein von der Eingehung wirtschaftlich unvernünftiger Risiken abgehalten werden, wobei der Sozialschädlichkeit der potentiellen Spielleidenschaft ohne Rücksicht auf die Einsatzhöhe begegnet werden soll²⁴⁴. Die zivilrechtlichen Regelungen der §§ 762 f BGB beziehen sich nicht nur auf Glücksspiele, sondern auf alle Spielformen, mag die Gewinnerzielung oder die Unterhaltung der Spieler im Vordergrund stehen. Auch aus Veranstaltungen, die dem Zeitvertreib dienen, sollen keine Rechtsstreitigkeiten erwachsen. Im übrigen kann auch in Spielformen, die primär der Unterhaltung dienen, der Grundstock für die unerwünschte Spielleidenschaft liegen²⁴⁵. Spielverträge sind folglich nicht verboten, werden zivilrechtlich aber nicht als verbindlich anerkannt. Eine Ausnahme bildet § 763 BGB. Danach sind Lotterie- und Ausspielverträge verbindlich, wenn die Lotterie oder Ausspielung staatlich genehmigt ist. Die Sonderregelung begründet sich aus dem öffentlich-rechtlichen Spielrecht. Der Staat

²⁴¹ Protokolle II, Band 2, S. 796.

²⁴² Protokolle II, Band 2, S.797. Diese Einordnung des Spiels und damit auch des § 762 BGB scheint jedoch überholt, da die Begründung moralischer Pflichten im Sinne des geflügelten Satzes „Spielschulden sind Ehrensulden“ nur auf den privaten oder gesellschaftlichen Bereich passt, nicht jedoch auf das Verhältnis von Veranstalter und Teilnehmer bei der gewerbsmäßigen Ausrichtung von öffentlichen Spielen.

²⁴³ MünchKommBGB/*Habersack*, § 762, Rn.1; OLG Düsseldorf, WM 1987, 767/768.

²⁴⁴ Vgl. *Henssler*, Risiko, S. 431.

²⁴⁵ Vgl. *Henssler*, Risiko, S. 432.

kann nicht einerseits Glücksspiele durchführen oder genehmigen, andererseits aber den abgeschlossenen Verträgen die zivilrechtliche Wirksamkeit versagen²⁴⁶.

Rechtssystematisch kann § 762 BGB auf zwei Arten eingeordnet werden. Entweder stellt der Spielvertrag eine unvollkommene Verbindlichkeit dar. Er begründet dann zwar Leistungspflichten, die auch erfüllbar sind, jedoch nicht erfüllt werden müssen, da sie unverbindlich und nicht einklagbar sind²⁴⁷. Oder man sieht den Spielvertrag ausschließlich als rechtlich anerkannten Erwerbsgrund. Dann entsteht per se kein Schuldverhältnis, es existieren keine rechtlichen Leistungspflichten²⁴⁸. Die letzte Einordnung legt der Wortlaut des § 762 BGB nahe, der in Abs. 1 S. 1 jegliche rechtliche Verbindlichkeit eines Spielvertrages ausschließt, um diesen dann nach Abs. 1 S. 2 als Rechtsgrund für erbrachte Leistungen anzuerkennen.

II. Das aleatorische bzw. unsichere Moment des Spiels

In einem Vertrag nach § 762 BGB wird der Geschäftserfolg zumindest subjektiv von ungewissen oder zufälligen Bedingungen abhängig gemacht. Eine nach bestimmten Vorgaben vorgenommene Tätigkeit oder der Eintritt bzw. die Existenz einer vom Zufall abhängigen Tatsache entscheidet, welcher Vertragspartner einen vermögenswerten Verlust hinnehmen muss²⁴⁹. Auch Geschicklichkeitsspiele können „Spiele“ nach § 762 BGB sein, wenn die Veranstaltung durch Verknüpfung mit Gewinn- und Verlustentscheidungen als Spiel aufgezogen ist, insbesondere weil die Teilnehmer Teilnahmebeiträge als Einsätze leisten, um die vom Veranstalter ausgelobten Prämien zu erlangen²⁵⁰. Aus zivilrechtlicher Sicht steht es den Parteien frei, welches Unsicherheitsmoment sie zum Inhalt ihres Spielvertrages machen. Die Unwägbarkeit kann sich auch aus der Schwierigkeit ergeben, - eigene oder gegnerische menschliche Leistungen und Fähigkeiten Dritter im Rahmen eines Geschicklichkeitsspiels vorauszusagen²⁵¹. Auch dort ist

²⁴⁶ Motive II, S. 648.

²⁴⁷ So *Medicus*, SR II, BT, Rn. 506; *Staudinger/Engel*, Vorbem zu §§ 762 ff, Rn. 3; *Palandt/Sprau*, § 762, Rn. 7.

²⁴⁸ So *Henssler*, Risiko, S. 434; *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht, Rn. 1346; *Erman/Terlau*, § 762, Rn. 1; *Larenz*, SR I, § 2, III, S. 20 f. Nach Larenz (aaO) lässt das Recht eine moralische Pflicht als Rechtsgrund für die erfolgte Leistung bestehen, ohne aber einen verfolgbaren Anspruch zu gewähren.

²⁴⁹ *Henssler*, Risiko, S. 427; *MünchKommBGB/Habersack*, § 762, Rn. 4 f.

²⁵⁰ *Henssler*, Risiko, S. 443; *Zweng*, Gewinnspiele, S. 50; *MünchKommBGB/Habersack*, § 762, Rn. 8; *Palandt/Sprau*, § 762 Rn. 2; Vgl. auch LG Marburg, NJW 1955, 346/347 zum „Preisschießen“: Das Gericht spricht von Geschäften, deren Erfolg vom Zufall oder von „mit Glück verbundener Geschicklichkeit“ abhängt. Vgl. auch RGSt 40, 21/41 zum „Preisregeln“: „Spiel“ im Sinne von § 762 BGB sind „auch reine Geschicklichkeitsspiele“ wie „Schach“ oder „Billard“.

²⁵¹ *Henssler*, Risiko, S. 443; *Medicus*, SR II, BT, Rn. 507; OLG Celle, NJW 1996, 2660/2662; LG Marburg, NJW 1955, 346/347.

der Ausgang subjektiv ungewiss, jede „objektive Vorhersage unmöglich bzw. eine „Anmaßung von Wissen“²⁵².

1. Die Kandidatenvorselektion

Bei Gewinnspielen über das Televoting-System mit fester Anruferdurchlassrate („Vor-zählfaktor“) oder flexibler Anruferdurchlassrate („Hot Button“) kann nur derjenige Anrufer im zweiten Schritt durch richtige Beantwortung der Spielaufgabe den versprochenen Gewinn beanspruchen, der im ersten Schritt als Kandidat ausgewählt wurde. Darüber, ob der Veranstalter letztendlich den Gewinn auszahlt und aus dem Mehrwertdienstvertrag leistet, entscheidet zunächst allein der Zufall. Die Teilnehmervorselektion ist ein rein aleatorisches Element der Abrede zwischen Anrufer und Gewinnspielveranstalter.

2. Die Beantwortung von Quizfragen

Auch im Zusammenhang mit der Lösung der gestellten Aufgabe können Unsicherheits-elemente dafür verantwortlich sein, ob der Veranstalter den vertraglich in Aussicht gestellten Gewinn leistet.

a) Ratefragen

Bei Ratefragen²⁵³ wird der Spielausgang nicht (nur) von der „geistigen Leistung der Teilnehmer“²⁵⁴ beeinflusst. Für die „richtige“ Beantwortung einer Ratefrage ist das

²⁵² „Die Anmaßung von Wissen“ ist der Titel einer Rede des Nobelpreisträgers *F. H. von Hayek* aus Anlass der Verleihung des Nobel-Gedächtnispreises in Wirtschaftswissenschaften am 11. Dezember 1974 in Stockholm. *Hayek* führt darin aus: „... Denken wir etwa an ein von einigen annähernd guten Spielern gespieltes Ballspiel. Wenn wir außer unserer allgemeinen Kenntnis der Fähigkeit der einzelnen Spieler auch noch einige besondere Tatsachen wüssten, wie den Grad ihrer Aufmerksamkeit, ihre Wahrnehmungen, den Zustand ihrer Herzen, Lungen, Muskeln und so weiter in jedem Augenblick des Spiels, könnten wir wahrscheinlich den Ausgang des Spiels voraussagen. Wenn wir sowohl mit dem Spiel als auch mit den Spielern wohlvertraut wären, hätten wir wahrscheinlich eine ziemlich genaue Vorstellung, wovon der Ausgang abhängt. Aber wir werden natürlich nicht imstande sein, jene Faktoren festzustellen, und daher wird das Ergebnis des Spiels nicht im Bereich des wissenschaftlich Voraussagbaren liegen, wie gut wir auch wissen mögen, welche Wirkungen bestimmte besondere Ereignisse auf das Ergebnis des Spiels haben werden. Das heißt nicht, dass wir überhaupt keine Voraussagen über den Verlauf eines solchen Spiels machen können. Wenn wir die Spielregeln der verschiedenen Spiele kennen, werden wir als Zuschauer bald wissen, welches Spiel gespielt wird und welche Handlungsweisen wir erwarten können und welche nicht. Aber die Möglichkeit der Voraussage wird auf solche allgemeinen Merkmale des zu erwartenden Geschehens beschränkt sein, und die Möglichkeit, bestimmte besondere Abläufe vorauszusagen, nicht einschließen.“ (zitiert nach *Ohlmann*, WRP 2005, 48/57).

²⁵³ Zum Begriff und Beispielen s.o. Kapitel 2, C. I.

²⁵⁴ Mit dem Merkmal der „geistigen Leistung“ will das LG München I (CR 2005, 494/495) verbindliche Gewinnspiele mit auslobungsähnlichem Charakter von unverbindlichen Spielen im Sinne von § 762 BGB abgrenzen, greift aber schon insofern zu kurz, als es nur auf Gewinnspielfragen abstellt, die

Moment des Zufalls und der Unsicherheit maßgeblich. Es geht nicht um eine nach objektivem Wissens- und Kenntnisstand „richtige“ oder „falsche“ Antwort, sondern darum, welche Antwort der Gewinnspielveranstalter – vor Spielbeginn – als diejenige festgelegt hat, für die er einen Gewinn ausbezahlen wird. Aus Veranstaltersicht kann es passieren, dass der Kandidat gerade die „als richtig ausgewählte“ Antwort nennt. Für den Kandidaten stellt sich die unsichere Frage: Welche Lösung akzeptiert der Veranstalter als „die richtige“?

b) Wissensfragen

Wissensfragen²⁵⁵ befinden sich im breiten Spektrum zwischen Banalfragen und Fach- sowie Spezialfragen. Auch hier treten aber Unsicherheitselemente auf, die dann spieltypisch sind, wenn sie als Entscheidungsgrundlage für ein gegenseitig übernommenes Verlustrisiko dienen.

Für den Veranstalter ist bei Wissensfragen im weitesten Sinne unvorhersehbar, ob der Kandidat das notwendige Wissen besitzt, die richtige Lösung zu nennen. Die Ungewissheit liegt im Informationsdefizit hinsichtlich des Wissensniveaus des Teilnehmers.

Für den Kandidaten besteht die Ungewissheit in der Frage, ob sein Kenntnisstand ausreichen wird, um eine Wissensfrage zu beantworten. Dies gilt jedenfalls für Aufgaben, die er im Zeitpunkt der Auslobung des Gewinns noch nicht kannte. Wenn die zu beantwortende Wissensfrage zu diesem Zeitpunkt bereits öffentlich bekannt gemacht war, kann er die richtige Antwort mithilfe seines Wissens oder durch eigene Recherche ermitteln und diesbezügliche Unsicherheiten minimieren. Es besteht dann aber immer noch das Risiko eines Irrtums über das eigene Wissen oder die geforderte Antwort – etwa bei Scherzfragen.

Die – nur für Wissensfragen – durchaus richtige Feststellung, dass es „nicht zufällig (ist), ob der Kandidat eine bestimmte Frage gerade beantworten kann“²⁵⁶, schließt das Vorliegen eines Spiels im Sinne von § 762 BGB daher nicht aus, wenn der Vertragszweck in der Spekulation über menschliche Leistungen und sonstige Unwägbarkeiten liegt. Dann ist es zwar nicht zufällig, ob der Kandidat die Frage beantworten kann, aber bei Spielbeginn bzw. bei Vertragsschluss nicht für beide Parteien voraussehbar.

Wissen erfordern.

²⁵⁵ Zum Begriff und Beispielen s.o. Kapitel 2, C. II.

²⁵⁶ Mit dieser zu kurz greifenden Argumentation will aber *Ernst*, NJW 2006, 186/187 das Vorliegen eines Spiels nach § 762 BGB generell ablehnen.

3. Die nachträgliche Gewinner-Auslosung

Bei Gewinnspielen, bei denen sich die Anrufer auf einer Registrierungsplattform unter Nennung einer Lösungsantwort als potentielle Gewinner anmelden, wird der Gewinner aus allen Teilnehmern ausgelost, die die richtige Antwort aufgesprochen haben bzw. per SMS eingesendet haben.

Die Unsicherheitselemente und Unwägbarkeiten ergeben sich hier aus der Unklarheit darüber, wie viele Preisbewerber insgesamt existieren, d.h. wie viele Spielabreden der Veranstalter mit anderen Spielern getroffen hat und wie viele weitere Kandidaten die richtige Antwort genannt haben. Ungewiss ist also, welche Bedeutung der Zufall durch eine anschließende Gewinnerauswahl per Losentscheid hat. Die Ermittlung des Gewinners aus allen Kandidaten mit der richtigen Lösungsantwort durch eine Auslosung ist rein aleatorisch.

4. Ergebnis

Der Spielabschnitt „Kandidatenvorauswahl“ über einen Vorzählfaktor oder Hot Button ist ausschließlich zufallsabhängig. Gleiches gilt für einen Spielabschnitt „Gewinnerauslosung“, der der Registrierung aller Teilnehmer mit der richtigen Lösungsantwort nachfolgt. Auch die Lösung der eigentlichen Spielaufgabe ist von Unsicherheitselementen geprägt: Entweder von der Unsicherheit, ob Wissensniveau und Kenntnisstand ausreichen, um eine Wissensfrage im weitesten Sinn zu beantworten. Oder von der Ungewissheit, ob die „als richtig“ ausgewählte Lösung bei Ratefragen gefunden wird.

Wenn sich beide Parteien in Abhängigkeit zu diesen Unwägbarkeiten einem vermögenswerten Verlustrisiko aussetzen, dienen diese Unsicherheitselemente als spieltypische Entscheidungsgrundlage.

III. Das Spielrisiko - Verknüpfung der Unwägbarkeiten mit gegenseitigen geldwerten Verlustrisiken

Bei einem Spiel im Sinne von § 762 BGB werden Unsicherheitselemente mit vermögenswerten Gewinn- und Verlustentscheidungen verknüpft. Beide Vertragspartner gehen bei Vertragsschluss gegenseitig das Risiko ein, einen geldwerten Verlust zu erleiden²⁵⁷. Nach anderer Auffassung sind Spiele und Wetten dagegen auch als einseitig

²⁵⁷ Staudinger/Engel, § 762, Rn. 3; Henssler, Risiko, S. 440 ff; MünchKommBGB/Habersack, § 762, Rn. 5; Larenz, SR II 1, S. 406. Vgl. auch KG, WM 1989, 669/672.

verpflichtende und sogar einseitige Rechtsgeschäfte anerkannt²⁵⁸. Dies widerspricht allerdings dem historischen Gesetzgeber, der aleatorische Verträge nur als gegenseitige Verträge sah²⁵⁹. Im übrigen dient die gegenseitige Risikoübernahme aus systematischer Sicht der Abgrenzung zum bedingten Schenkungsversprechen. Zudem ist die Spiel Leidenschaft, die die Gefährlichkeit des Spiels ausmacht, bei einseitigen Verträgen nicht berührt. Demjenigen, der sich zu einer Leistung verpflichtet, trotz dem die andere Partei keine Gegenleistung erbringt, fehlt jeglicher finanzieller Anreiz für sein Leistungsversprechen. Die Gefahr, dass er einen Vermögenswert unbedacht aufgibt, macht seine Verpflichtung nicht zum Spiel. Denn diese Gefahr ist allen einseitig verpflichtenden Geschäften - wie insbesondere der Schenkung - immanent²⁶⁰.

Das Spiel-Risiko besteht darin, dass sich der unsichere Ausgang des Geschäfts zum Nachteil einer jeden Partei entwickeln kann, wobei beide darauf spekulieren - „spielen“ oder „setzen“ - dass es nicht so sein wird. Das Erfordernis der gegenseitigen Risikoübernahme bedeutet hierbei nicht, dass die Leistung beider Parteien von einer ungewissen Bedingung abhängen muss²⁶¹. Es genügt, wenn die Leistung einer Partei dem Grunde und der Höhe nach unbedingt feststeht und die Gegenleistung, die die Leistung wertmäßig übersteigt, unter der Bedingung steht, dass ein Unsicherheitselement eintritt²⁶².

Das Risiko wird nicht notwendig durch Zahlung eines Entgelts bei Vertragsschluss eingegangen, sondern kann sich auch nachträglich realisieren, indem sich die unterliegende Partei einem vermögenswerten Anspruch ausgesetzt sieht²⁶³.

Bei Veranstaltungen wie Lotterien und Ausspielungen stellt sich die gegenseitige Übernahme und gleichmäßige Verteilung von Risiko zumindest aus wirtschaftlicher Gesamtbetrachtung anders dar. Der Veranstalter kann das Verlustrisiko im Einzelspielvertrag durch Drittgeschäfte - weitere Spielverträge - kompensieren. Bei entsprechender Ausgestaltung der Spielbedingungen und Gewinnausschüttungen nach dem Spielplan kann er insgesamt einen sicheren Gewinn erwirtschaften. Er ist daher - im Gegensatz

²⁵⁸ *Medicus*, SR II, Rn. 506, *Leonhard*, Schuldrecht, S. 242; RGZ 61, 153/156.

²⁵⁹ Vgl. *Schubert*, Vorentwürfe, S. 373 u. 394.

²⁶⁰ So dient etwa das Formerfordernis des § 518 BGB dem Schutz vor unüberlegten Schenkungsversprechen; vgl. hierzu *Henssler*, Risiko, S. 440 ff.

²⁶¹ *Henssler*, Risiko, S. 442.

²⁶² So etwa auch beim Roulette-Spiel oder dem klassischen Lotto: Der Einsatz des einen Spielers fällt unbedingt und in fest bestimmter Höhe an, die höhere Gegenleistung des anderen Spielers (des Veranstalters) ist durch den Eintritt eines Unsicherheitselements bedingt.

²⁶³ *MünchKommBGB/Habersack*, § 762, Rn. 5; *Staudinger/Engel*, § 762, Rn. 3; *Henssler*, Risiko, S. 441 f u. 519 f. A.A. wohl *Palandt/Sprau*, § 762, Rn. 2.

zum einfachen Spieler - nicht schutzbedürftig. Allerdings ändert dies nichts daran, dass in der Einzelbetrachtung eines jeden Vertrages die gegenseitige Übernahme eines Risikos bestehen bleibt und sich dieser als Spielvertrag im Sinne von § 762 BGB darstellt²⁶⁴. Je deutlicher dem ausgelobten Preis des Veranstalters eine entgeltliche Vorleistung des Teilnehmers gegenübertritt und das wirtschaftliche Risiko einseitig auf letzteren abgewälzt wird, desto eher qualifiziert sich die Veranstaltung als Spiel²⁶⁵.

1. Der Verlust des ausgelobten Gewinns als spieltypisches Risiko des Spielveranstalters

Wenn ein Gewinnspielveranstalter Preise auslobt, ohne als Gegenleistung Entgelte in Form von Mehrwertbühnenanteilen zu verlangen, so geht er zwar das Risiko ein, den ausgelobten Gewinn zu verlieren, ohne eine Gegenleistung zu erhalten, doch ist dieses Risiko nicht spieltypisch, sondern eher schenkungstypisch.

Ein spieltypisches Risiko geht der Veranstalter ein, wenn er die Geldprämie als Gegenleistung für die Mehrwertbühnenanteile der Teilnehmer auslobt und nicht als Belohnung für die richtige Beantwortung der Quizfrage, an deren Lösung er keinerlei persönliches oder wirtschaftliches Interesse besitzt. Das Spiel-Risiko realisiert sich in der Einzelabrede mit dem erfolgreichen Teilnehmer, der die Zufallsentscheidungen überwindet und die richtige Antwort nennt: Der Veranstalter schuldet die Zahlung des ausgelobten Gewinns, der seinen Gegenleistungsanspruch aus der anteiligen Telefonmehrwertgebühr wertmäßig um ein Vielfaches übersteigt. Im Verhältnis zu diesem Spielvertragspartner hat sich der vom Veranstalter bezweckte Geschäftserfolg nicht realisiert. Der Vertrag mit dem Spielgewinner zeichnet sich als ausgeprägtes Verlustgeschäft ab. Die Tatsache, dass der Spielanbieter diesen Verlust von vorneherein als Ausschüttungsanteil eingeplant hat und durch Spiel-Abreden mit den anderen Teilnehmern wirtschaftlich kompensiert, ändert nichts an der Eingehung eines spieltypischen Risikos in jeder Einzelabrede, sondern zeigt nur die fehlende Schutzbedürftigkeit des spielenden Veranstalters²⁶⁶.

²⁶⁴ Henssler, Risiko, S. 512 f.

²⁶⁵ Schothöfer, in: FS Nordemann, S. 207.

²⁶⁶ Kein anderes Ergebnis ergibt sich, wenn der Veranstalter die ausgelobten Preise nicht (nur) aus den Mehrwertbühnen der Anrufer finanziert, sondern (auch) von Dritten zu Werbezwecken im Rahmen von Sponsoring zu Verfügung gestellt bekommt. In diesem Fall erbringt er seinerseits geldwerte Gegenleistungen gegenüber dem Sponsor, allein schon dadurch, dass er die Produkte des Sponsors im Rundfunk als Preise präsentiert. Auch hier ist dann nur die Frage entscheidend, ob der Veranstalter bereit ist, die durch einen Sponsoring-Vertrag erworbenen Preise ohne finanzielle Gegenleistung zu vergeben, also zu „verschenken“ bzw. kostenlos zu verlosen, oder ob er darum „spielen“ will, also vom Preisbewerber zwingend verlangt, seinerseits ein finanzielles Risiko einzugehen.

2. Die Pflicht zur Zahlung der Mehrwertgebühren als spieltypisches Risiko des Anru- fers

Für den Anrufer besteht das spieltypische Risiko darin, dass er sich zur Zahlung der Mehrwertgebühren verpflichtet, ohne als Gegenleistung den ausgelobten Gewinn zu erhalten. Nur soweit die Mehrwertgebühren für die Verbindungsherstellung und Telekommunikationsdienstleistung verlangt werden, stellen sie bloße Transportkosten für die Übermittlung des Teilnahmewunsches dar. Der darüber hinausgehende Mehrwertgebührenanteil ist Gegenleistung für die Gewährung einer Gewinnchance. Andere Leistungen als die unmittelbare Chance auf den ausgelobten Gewinn werden dafür weder erbracht, noch offeriert²⁶⁷. In Rundfunkgewinnspielen denkbare Leistungen, wie die Möglichkeit zum Mitsprachen oder Zuschauen, werden ohne Gegenleistung geboten. Folglich ist der Teilnehmer grundsätzlich nur bereit, dem Veranstalter einen Anspruch auf anteilige Mehrwertgebühren zu gewähren, wenn er als Gegenleistung zumindest die Chance auf den ausgelobten Gewinn erhält. Nicht vertretbar ist daher die Auffassung von *Ernst*, die Mehrwertgebühren seien in voller Höhe - wie das Briefporto im Postkartengewinnspiel - „in jedem Fall verwirkt“, wodurch der Teilnehmer kein spieltypisches Risiko eingehe²⁶⁸. Das Erfordernis der gegenseitigen Risikoübernahme ist auch erfüllt, wenn - wie etwa beim Roulette-Spiel - die Leistung einer Partei unbedingt feststeht und erbracht wird, die wertmäßig höhere Gegenleistung der anderen Partei aber von unsicheren Bedingungen abhängig ist.

IV. Das Spielinteresse

Im Spiel sind die subjektiven Erwartungshaltungen der Vertragspartner hinsichtlich der Realisierung der Unsicherheits Elemente entgegengesetzt. Bei Gleichlauf der Interessen besteht Langeweile statt Unterhaltung bzw. Schenkungs- oder Belohnungswille anstelle von Gewinninteresse²⁶⁹.

In Abgrenzung wirksamer Verträge von unverbindlichen Spielformen zur Unterhaltung, dem Zeitvertreib oder der Gewinnerzielung ist insbesondere im Bereich der Geschicklichkeitsspiele darauf abzustellen, ob mit der ausgelobten Belohnung nach dem Willen der Parteien besondere Leistungen prämiert werden sollen, oder die geforderten Handlungen nur als Spiel- und Unsicherheitskriterien eingesetzt werden, um über Vermö-

²⁶⁷ So im Ergebnis auch *Albert/Müller*, MMR aktuell 12/2004, V.

²⁶⁸ *Ernst*, MMR 2005, 735/741 und NJW 2006, 186/188.

²⁶⁹ *Henssler*, Risiko, S. 443 f.

gensverlust oder Vermögensgewinn zu entscheiden. Die Spielabsicht ist gegeben, wenn die geschicklichkeitsabhängige Leistung nur als Unsicherheitselement dient, um über die Vergabe der Siegprämie oder die Verpflichtung zur Zahlung eines Spielverlustes zu entscheiden und die Gewinnerzielungsabsicht des Veranstalters auf die Beiträge der Teilnehmer abzielt. Besteht das Interesse des Auslobenden dagegen an den geistigen oder körperlichen Leistungen der Teilnehmer, etwa weil er diese schlicht wertschätzt oder aber kommerzialisiert, beispielsweise durch werbliche Verwertung, durch Verkauf von Eintrittskarten oder Vergabe von Übertragungsrechten, so strebt er keine Gewinne aus Unwägbarkeiten an²⁷⁰.

Bereits im Rahmen der Auslobung wurde dargestellt, dass die Veranstalter von Gewinnspielen über Mehrwertnummern typischerweise nicht auf die Kommerzialisierung der Kandidatenleistung „Beantwortung der Gewinnfrage“ abzielen, sondern auf die Verwertung der Anruferleistung „Zahlung der Mehrwertgebühren“.

Darüber hinaus lässt sich das konkrete Spielinteresse der Parteien bei Spielen über Mehrwertnummern wie folgt beschreiben: Der Spielanbieter setzt darauf, dass der einzelne Anrufer an der Kandidatenvorauswahl bzw. der nachträglichen Gewinnerauslosung scheitert und / oder die Gewinnfrage nicht richtig beantwortet. Den Anspruch auf Zahlung der (anteiligen) Mehrwertgebühr gegen diesen Vertragspartner erhält der Spielveranstalter dann, ohne sich seinerseits dem Anspruch auf Auszahlung des ausgelobten Gewinns ausgesetzt zu sehen. Der einzelne Anrufer spekuliert darauf, dass er als Kandidat bzw. Gewinner ausgewählt wird und die richtige Lösung nennt. Als Gegenleistung erhält er den Anspruch auf den ausgelobten Gewinn, der einen im Vergleich zur erbringenden Mehrwertgebühr vielfach höheren Wert besitzt. Zweck der Abrede ist folglich für beide Parteien die Gewinnerzielung²⁷¹ aus der Spekulation über Unwägbarkeiten und Unsicherheitselemente.

Dagegen fehlt das Spielinteresse der Vertragsparteien bei Veranstaltung mehrwertgebührenpflichtiger Abstimmungen über Televoting-Rufnummern, auch wenn zusätzlich ein Gewinn unter allen Anrufern verlost wird. Der Mehrwert liegt für den Dienstenutzer darin, dass sein Anruf gezahlt wird und seine Meinungsäußerung in das Abstimmungs-

²⁷⁰ Vgl. *Henssler*, Risiko, S. 463 ff.

²⁷¹ Die Anrufer mögen sich daneben auch unterhalten fühlen. Unterhaltung kann ebenfalls Spielzweck sein. Entgegen der Darstellung von *Gabriel/Barth*, VuR 2006, 301/303 „wollen“ die Gewinnspielveranstalter sicher keinen „Zeitvertreib“ Dies ist jedoch auch keine Voraussetzung zur Bejahung des Spielinteresses im Sinne von § 762 BGB, da seitens der Gewinnspielanbieter zweifellos Gewinnerzielungsabsicht vorliegt.

ergebnis einfließt, bzw. er im Rahmen von TV-Sendungen Einfluss auf den Sendungsverlauf nehmen kann. Die Leistungserbringung des Anbieters liegt in der Registrierung und Erfassung des Anrufs „als Stimme“. Diese Leistung ist erfolgsbezogen und standardisiert, sodass regelmäßig Werkvertragsrecht anwendbar ist²⁷². Die Gewährung einer Gewinnchance ist daneben Zugabe. Die Hauptleistung bleibt die werkvertragliche Registrierung und Zählung der Stimme. Ein Spiel um unsichere bzw. bedingte Leistungen steht nicht im Vordergrund. Der Anrufer erhält für die Mehrwertgebühr eine „sichere“ Gegenleistung, nämlich die Registrierung seiner Stimme und die damit verbundene Einflussnahme auf das Abstimmungsergebnis. Die bei reinen Gewinnspielen über Mehrwertnummern ausschließliche Gegenleistung, nämlich die Einräumung einer „unsicheren“ Chance auf einen Gewinn ist hier zivilrechtlich nur Nebenleistung bzw. zusätzliche Leistung. Diese Nebenleistung kann aber als Absatzförderungsmaßnahme für die Dienstleistung „Abstimmung“ wettbewerbsrechtlich relevant werden²⁷³.

V. Ergebnis

Gewinnspiele, bei denen die Anwahl einer Mehrwertnummer Teilnahmebedingung ist, erfüllen alle Voraussetzungen eines unverbindlichen Spiels im Sinne von § 762 BGB. Der Anrufer geht ein vermögenswertes Verlustrisiko ein, indem er sich dem Mehrwertgebührenanspruch aussetzt, der Veranstalter, indem er den Gewinn nur unter der Bedingung auslobt, als Gegenleistung Anteile an den Mehrwertgebühren zu erhalten. Die Gewinn- und Verlustentscheidung in der Einzelabrede zwischen Anrufer und Veranstalter fällt durch Unsicherheitsfaktoren, die in der zufälligen Kandidatenvorauswahl bzw. Gewinnerauslosung und in der fehlenden Vorhersehbarkeit menschlichen Wissens bzw. der „richtigen“ Beantwortung von Ratefragen liegen.

²⁷² Härtling, Mehrwertdienste, Rn. 55 f.

²⁷³ Siehe hierzu Kapitel 8, C, 2.

D. Durchsetzbarkeit der vertraglichen Ansprüche der am mehrwertgebührenpflichtigen Gewinnspiel Beteiligten

I. Ansprüche aus dem Mehrwertdienstvertrag (Contentvertrag)

Durch Anwahl einer Mehrwertnummer und die Verbindungsherstellung nimmt der Anrufer die Mehrwertdienstleistung des Content-Providers in Anspruch, wodurch ein eigenständiger Mehrwertdienstvertrag (Content-Vertrag) zustande kommt²⁷⁴.

In der Rechtsbeziehung zwischen Veranstalter und Teilnehmer eines mehrwertgebührenpflichtigen Gewinnspiels kommt der Spielvertrag im Sinne von § 762 BGB zustande, indem der Anrufer auf die öffentliche Einladung des Veranstalters zur Teilnahme und damit zum Abschluss des Mehrwertdienstvertrages reagiert und durch Anwahl der Mehrwertnummer ein Vertragsangebot macht, welches der Veranstalter durch Herstellung der Verbindung annimmt.

Ein solcher Spiel-Vertrag wird gemäß § 762 Abs. 1 S. 1 BGB als unverbindlich behandelt, solange noch keine Vermögensverschiebung erfolgt ist. Im Zeitpunkt der Spielteilnahme des Anrufers hat dieser den Spieleinsatz in Form der (anteiligen) Mehrwertgebühr noch nicht erbracht, da die Mehrwertdienstleistung erst über die folgende Telefonrechnung abgerechnet wird. Somit hat der Content-Provider wegen § 762 Abs. 1 S. 1 BGB keinen klagbaren Anspruch gegenüber dem Anrufer auf Zahlung der Mehrwertgebühren, die für die Spielteilnahme angefallen sind.

§ 762 Abs. 1 S. 1 BGB gilt nicht nur für den Spieleinsatz „Mehrwertgebühr“, sondern auch für die bedingte Gegenleistung „Gewinnauszahlung“. Folglich hat der Spielsieger auch bei Überwindung der Zufallsentscheidungen und der richtigen Beantwortung einer Quizfrage keinen Anspruch auf Zahlung des versprochenen Preises aus dem Mehrwertdienstvertrag.

II. Ansprüche aus dem Telefondienstvertrag

Ein Telefondienstvertrag ist Voraussetzung für die Inanspruchnahme von Telekommunikationsdienstleistungen und Mehrwertdiensten, die über das Telefon abgewickelt werden. Der Telefondienstvertrag ist Rahmenvertrag für die im Einzelnen zu erbringen-

²⁷⁴ BGH, NJW 2002, 361/362 („Telefonsexentscheidung“); BGH, MMR 2007, 179/180 („Gesamtgläubigerschaft“); *Piepenbrock/Müller*, MMR-Beilage 12/99, 1/19 f; *Vorspel-Rüter*, K&R 1999, 505/508; *Hoffmann*, ZIP 2002, 1705; *Härting*, DB 2002, 2147; *Härting*, ITRB 2003, 103/104; *Stogmüller*, CR 2003, 251/254; *Klees*, CR 2003, 331/333.

den Verbindungen. Der Telefondienstvertrag ermöglicht Telefonverbindungen zu allen zugänglichen Rufnummern. Er ist Voraussetzung für jede Telekommunikation. Vorrangige Leistung aus dem Telefondienstvertrag ist der Zugang zum Telefonnetz und das Aufbauen und Halten der technischen Verbindung²⁷⁵. Diese Leistung wird durch die Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze erbracht. Beteiligt ist dabei immer der Zugangsprovider als Teilnehmernetzbetreiber, in dessen Netz der jeweilige Anrufer seinen Telefonanschluss hält. Das relevante Teilnehmernetz ist jeweils das Ortsnetz des Anschlusses. Die meisten Nutzer unterhalten ihren Telefonanschluss bei der *Deutsche Telekom AG*, die als früherer Monopolist mit einer eigenen, umfassenden Netzinfrastruktur, nach wie vor größter Zugangsprovider und Teilnehmernetzbetreiber ist und mehrere tausend Teilnehmernetze in Deutschland betreibt²⁷⁶.

Bei der Nutzung von (inhaltlichen) Mehrwertdiensten gewährleistet der Telefondienstvertrag insofern die technische Seite des Vorgangs²⁷⁷. Der Teilnehmernetzbetreiber (Zugangsprovider) ermöglicht dem Kunden den technischen Zugang zu einem Telefonnetz und damit zur Inanspruchnahme der Mehrwertdienstleistung „Teilnahme am Spiel unter Gewährung einer entgeltlichen Gewinnchance“, die über die Telefonverbindung erbracht wird.

Wird eine Mehrwertnummer von einem Festnetzanschluss oder Mobilfunkgerät ausgewählt, so schuldet der Anrufer dem Zugangsprovider aus dem Telefondienstvertrag ein Entgelt für den erfolgreichen Verbindungsaufbau. Dieser ist in der Mehrwertgebühr enthalten, die der Nutzer per Telefonrechnung bezahlt. Der Gewinnspielteilnehmer, der die vom Spielveranstalter genannte Mehrwertnummer zur Gewinnspielteilnahme auswählt, wird somit (auch) Schuldner einer Gegenleistung im Sinne des Telefondienstvertrages²⁷⁸.

1. Eigener, einwendungsresistenter Vergütungsanspruch auf die komplette Mehrwertgebühr?

In der Praxis werden die Mehrwertgebühren regelmäßig in voller Höhe vom Teilnehmernetzbetreiber über den Telefondienstvertrag in Rechnung gestellt. Dies erfolgt auf Grundlage eines Provider- bzw. Servicevertrages zwischen Zugangs- und Contentprovi-

²⁷⁵ Vgl. *Demmel/Skrobotz*, CR 1999, 561/562.

²⁷⁶ *Piepenbrock/Schuster*, in: Schuster, *Telemedia*, Kap. 11, Rn. 17 ff.

²⁷⁷ LG Heidelberg, CR 2002, 896/897.

²⁷⁸ Die nach dem Telefondienst zu erbringenden Verbindungsleistungen sind werkvertraglicher Natur. Geschuldet ist die erfolgreiche Herstellung der Verbindung. Mängel kann der Anrufer gemäß § 634 BGB gegenüber seinem Zugangsprovider geltend machen, vgl. *Stogmüller*, CR 2003, 251/254.

der, sofern die Mehrwertdienstleistung im Netz des Teilnehmernetzbetreibers realisiert wird²⁷⁹. Der Vertrag regelt zumindest die Einziehung der Mehrwertgebühren durch den Teilnehmernetzbetreiber für den Content-Anbieter. Hierzu erhält der Zugangsprovider vom Mehrwertdienstleister entweder eine Einziehungsermächtigung analog § 185 BGB, oder ihm wird die Forderung des Mehrwertdienstleisters gegen den Dienstinutzer nach § 398 BGB abgetreten. Der Zugangsprovider zieht somit Forderungen ein, die anteilig fremd sind oder jedenfalls vor Abtretung fremd waren²⁸⁰.

Allerdings kann der Teilnehmernetzbetreiber die Mehrwertgebühren nach der Rechtsprechung des *BGH* grundsätzlich - auch ohne explizite Abtretung - in voller Höhe als *eigene* Forderungen geltend machen²⁸¹. In der „Telefonsexentscheidung“ versagt der *BGH* dem Telefondienstkunden gegenüber seinem Telefondienstvertragspartner darüber hinaus die Einwendung der Nichtigkeit des Telefonsex-Mehrwertdienstvertrages unter Verweis auf die Wertneutralität des Telefondienstvertrages, in dessen Rahmen die Mehrwertdienstleistung in Rechnung gestellt wird²⁸². Da an der Erbringung von Mehrwertdiensten typischerweise eine Mehrzahl von Unternehmen beteiligt sei und jedes Vertragsverhältnis dieser mehrstufigen Beziehungen rechtlich selbständig sei, müsste bei Zulassung von Nichtigkeitseinwänden letztlich auf jeder „Abrechnungsstufe“ getrennt geprüft werden, wie hoch der Vergütungsanteil für die jeweilige Telekommunikationsdienstleistung sei und ob er gegebenenfalls von dem den Mehrwertdienstvertrag betreffenden Nichtigkeitseinwand erfasst würde. Es verstehe sich, dass eine derartige Verfahrensweise die „Funktionsfähigkeit des Massengeschäfts Mehrwertdienste“ insgesamt in Frage stellen würde und daher nicht sachgerecht sei²⁸³.

²⁷⁹ Ansonsten ist ein Verbindungsnetzbetreiber zwischengeschaltet, der Verträge mit beiden Parteien schließt. In der weiteren Darstellung wird davon ausgegangen, dass die Mehrwertnummer im Netz des Teilnehmernetzbetreibers geschaltet ist.

²⁸⁰ Vgl. *Hoffmann*, ZIP 2002, 1705/1706.

²⁸¹ *BGH*, Urteil vom 22.11.2001, Az.: III ZR 5/01, NJW 2002, 361 ff = CR 2002, 107 ff („Telefonsexentscheidung“), *BGH*, Urteil vom 16.11.2006, Az.: III ZR 58/06, MMR 2007, 179 ff („Gesamtgläubigerschaft“).

²⁸² *BGH*, Urteil vom 22.11.2001, Az.: III ZR 5/01, NJW 2002, 361 = CR 2002, 107 („Telefonsexentscheidung“), bestätigt durch *BGH*, Urteil vom 16.05.2002, Az.: III ZR 253/01, abrufbar unter <http://www.dialerundrecht.de/Entscheidungen/bgh16052002.htm> (Stand: 30.10.2007) sowie *BGH*, Urteil vom 13.06.2002, Az.: III ZR 56/01, abrufbar unter <http://www.dialerundrecht.de/Entscheidungen/bgh130602.htm> (Stand: 30.10.2007). In allen Fällen ging es um Erotik bzw. Telefonsex-Mehrwertdienstleistungen: Die beklagten Anschlussinhaber weigerten sich unter Hinweis auf die Sittenwidrigkeit der Verträge nach § 138 BGB, die in Rechnung gestellten Gebühren zu zahlen.

²⁸³ *BGH*, NJW 2002, 361/363 („Telefonsexentscheidung“).

Die „Telefonsex-Entscheidung“ des *BGH* führte zu deutlicher - und berechtigter Kritik - in der Literatur²⁸⁴, weil sie weder eine dogmatisch nachvollziehbare Rechtsgrundlage eines eigenständigen Vergütungsanspruchs des Teilnehmernetzbetreibers auf die volle Mehrwertgebühr nennt²⁸⁵, noch begründet, warum der eigene Anspruch - entgegen § 404 BGB - den Einwendungsverlust des Schuldners zur Folge haben soll. Der *BGH* erklärt den Einwendungsverlust im Wesentlichen unter Verweis auf die §§ 8 Abs. 1, 9 Abs. 1 TDG²⁸⁶. Allerdings beinhalteten diese einen zivil- und strafrechtlichen Haftungsausschluss des Netzbetreibers für die Inhalte aus Mehrwertdiensten, können jedoch nicht als Sonderregelung zu § 404 BGB verstanden werden²⁸⁷. Rechtsdogmatisch ist nicht zu begründen, warum die Interessen Dritter - hier die Interessen der Mehrwertdienstleister - die ausschlaggebende Bedeutung für die Auslegung des Telefondienstvertrages haben sollen²⁸⁸. Auch praktische Erwägungen, wie der Hinweis auf die Marktgängigkeit und Funktionsfähigkeit des „Massengeschäfts Mehrwertdienste“, rechtfertigen die Entscheidung nicht. Wenn die Marktgängigkeit von Mehrwertdiensten schon in Frage steht, wenn die Endkunden ihre Einwendungen aus dem Contentvertrag behalten, wirft dies kein gutes Licht auf die Qualität der Mehrwertdienste. Sofern diese nicht ordnungsgemäß oder rechtmäßig erbracht werden, sind sie konsequenterweise nicht markt-gängig. Auch bei Massengeschäften ist darauf zu achten, dass es nicht zu massenhaft rechtlich bedenklichen Vorgängen und Verhaltensweisen kommt²⁸⁹. Ferner kann der Umstand der mühseligen Auftrennung der Entgelte nicht ins Feld geführt werden, um Einwendungen abzuschneiden, da eine Ausweisung der verschiedenen Anteile ohne weiteres möglich ist und im Hinblick auf möglicherweise unterschiedliche Mehrwertsteuersätze ohnehin erfolgen muss²⁹⁰. Nachvollziehbar ist die Entscheidung des *BGH* allenfalls durch Billigkeitserwägungen im Zusammenhang mit dem konkreten

²⁸⁴ Vgl. insbesondere *Hoffmann*, ZIP 2002, 1705 ff; *Fluhme*, NJW 2002, 3519 ff.; *Spindler*, JZ 2002, S. 408 ff; *Härting*, DB 2002, 2147 ff; *Vander*, Mehrwertdienste, S. 63 ff; *Härting*, Mehrwertdienste, Rn. 120. Dagegen dem *BGH* aus Gründen der Praktikabilität und der Rechtssicherheit der am Wirtschaftsverkehr Beteiligten grundsätzlich zustimmend *Eckhardt*, CR 2002, 109/111; *Breyer*, K&R 2006, 30/31.

²⁸⁵ Der *BGH* verweist auf die jeweils geltende Preisliste i.V.m. dem (wertneutralen) Telefondienstvertrag (vgl. *BGH* NJW 2002, 361/363 [„Telefonsexentscheidung“]).

²⁸⁶ Inzwischen §§ 7 Abs. 1, 8 Abs. 1 TMG.

²⁸⁷ Vgl. *Hoffmann*, ZIP 2002, 1705/1711.

²⁸⁸ *Hoffmann*, ZIP 2002, 1705/1707; vgl. auch *Fluhme*, NJW 2002, 3519/3520.

²⁸⁹ *Klees*, CR 2003, 331/335.

²⁹⁰ *Spindler*, JZ 2002, 408/409.

Mehrwertdienst „Telefonsex“. Ein Recht, das im Ergebnis „kostenlosen Telefonsex“²⁹¹ gewährt, wollten die Richter nicht sprechen.

Inzwischen hat sich der *BGH* teilweise von der „Telefonsexentscheidung“ distanziert²⁹². Den eigenen Anspruch des Teilnehmernetzbetreibers²⁹³ auf die vollständigen Mehrwertgebühren hält er zwar nach wie vor aufrecht. Aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Telefondienstvertrag könne sich die Vereinbarung eines eigenen Forderungsrechts ergeben. Der Teilnehmernetzbetreiber müsse sich aber die Einwendungen des Kunden aus dem Mehrwertdienstvertrag entgegen halten lassen²⁹⁴.

Im Ergebnis ist eine Rechtsprechung, nach der fremde Forderungen ohne dogmatische Grundlage und ohne ausdrückliche Parteivereinbarung als eigene beansprucht werden können, generell abzulehnen, da sie allgemeinen rechtlichen Grundsätzen, insbesondere der Relativität der Schuldverhältnisse, widerspricht. Für mehrwertgebührenpflichtige Gewinnspiele gilt somit: Ansprüche aus einem Spielvertrag, denen das Gesetz ausdrücklich jede Verbindlichkeit abspricht, werden auch durch Vertragsabwicklung als Mehrwertdienstleistung und In-Rechnung-Stellung durch einen Teilnehmernetzbetreiber nicht durchsetzbar und justitiabel²⁹⁵. Auch etwaige Billigkeitserwägungen spielen bei der Konstruktion eines „wertneutralen“ Anspruchs bei Gewinnspielen über Mehrwertnummern keine Rolle. Denn die Kehrseite der Unverbindlichkeit des Anspruchs auf den Spieleinsatz „Mehrwertgebühr“ ist die Unverbindlichkeit des Anspruchs auf den versprochenen Spielgewinn. Im Rahmen der Mehrwertdienstleistung „Spiel“ tritt der Contentprovider nicht wie bei „Erotikdiensten“ in eine Vorleistung, die bewusst ausgenutzt werden kann und zu „kostenlosen“ Gewinnansprüchen führt. Vielmehr kann auch der Anrufer nur unverbindliche (Gewinn-) Ansprüche erlangen. Folglich kann auch der Teilnehmernetzbetreiber die Mehrwertgebühren, die für die inhaltliche Seite - also die Mehrwertdienstleistung „Gewinnchance“ – anfallen, nicht gegenüber dem Anrufer als

²⁹¹ Vgl. auch *Vorspel-Rüter*, „Telefonsex kostenlos?“, K&R 1999, 505.

²⁹² *BGH*, Urteil vom 16.11.2006, Az.: III ZR 58/06, MMR 2007, 179 („Gesamtgläubigerschaft“).

²⁹³ Den eigenen Anspruch besitzt nach der Rechtsprechung des *BGH* ausdrücklich nur der nach außen auftretende Teilnehmernetzbetreiber, nicht dagegen mitwirkende Verbindungsnetzbetreiber, vgl. dazu *BGH*, NJW 2005, 3636/3637 und *BGH*, NJW 2006, 286/287.

²⁹⁴ *BGH*, MMR 2007, 179/180 („Gesamtgläubigerschaft“).

²⁹⁵ So zutreffender Weise auch das *Kammergericht*, das in einem richterlichen Hinweis anmerkte, es sehe die Mehrwertgebühren insgesamt als unvollkommene Verbindlichkeiten gemäß § 762 BGB (zitiert nach *Labenski*, Morgenpost vom 02.07.2005). A.A. war das *LG Berlin*, das in der Vorinstanz unter Verweis auf die Rechtsprechung des *BGH* zur Wertneutralität des Telefondienstvertrages einen Zahlungsanspruch bejahte (vgl. *LG Berlin*, Urteil vom 28.09.2004, Az.: 5 O 241/04, CR 2005, 36/37 = MMR 2005, 36).

Spielteilnehmer und Anschlussinhaber durchsetzen. Weder für sich, noch für den Spielveranstalter. Entgegen steht § 762 Abs. 1 S. 1 BGB (in Verbindung mit § 404 BGB).

2. Vollständiger Verlust eines Vergütungsanspruchs?

So stellt sich als nächste Frage, welche Konsequenzen Einwendungen gegen den Mehrwertdienstvertrag auf einen Vergütungsanspruch des Teilnehmernetzbetreibers aus dem Telefondienstvertrag haben, soweit dieser die technische Verbindungsherstellung betrifft.

Vertreten wird, dass aufgrund der erhöhten Tarife für Mehrwertdienste, an denen der Netzbetreiber partizipiert, dessen Beteiligung so wesentlich ist, dass auch sein Vergütungsanspruch - jedenfalls bei Nichtigkeit des Mehrwertdienstvertrages - komplett vom Unwerturteil der Content-Vertragsleistung erfasst wird²⁹⁶. In Bezug auf unverbindliche Verträge im Zusammenhang mit mehrwertgebührenpflichtigen TV-Gewinnspielen neigte auch das *Kammergericht* mittels eines richterlichen Hinweises zu dieser Sichtweise²⁹⁷.

Grundsätzlich würde eine solche komplette Ablehnung eines Anspruchs des Zugangs-Providers die Relativität der Schuldverhältnisse und die Unterscheidung zwischen dem Telefondienstvertrag mit der Basisdienstleistung „Netzzugang, Aufbau und Halten der Verbindung“ und dem Content-Vertrag mit der Mehrwertdienstleistung „Gewinnspielteilnahme“ in gleichem Maße unberücksichtigt lassen, wie die komplette Bejahung eines (einwendungsresistenten) eigenen Anspruchs des Teilnehmernetzbetreibers, der mit der „Wertneutralität“ des Telefondienstvertrages begründet würde.

Wenn der Netzbetreiber seinen Anspruch für die rein telekommunikationstechnische Leistung innerhalb der Mehrwertgebühr darlegen kann, der für die Kommunikation des Teilnahmewunsches des Spielteilnehmers bzw. den erfolgreichen Verbindungsaufbau anfällt, so ist ihm dieser folglich trotz Unverbindlichkeit der Mehrwertdienstleistung „Spiel“ zu vergüten. Diese technische Leistungskomponente ist rechtlich selbständig. Insofern liegt tatsächlich eine wertneutrale Dienstleistung vor, die von einer möglichen Unverbindlichkeit der inhaltlichen Leistungskomponente nicht mit erfasst wird.

Uneingeschränkt gilt dies meines Erachtens jedoch nur für solche Gewinnspiele, bei denen die Anwahl der Mehrwertnummer zu einer Verbindungsherstellung führt, die zielführend hinsichtlich der angestrebten Gewinnspielteilnahme ist, d.h., der Teilnehmer

²⁹⁶ OLG Stuttgart, MMR 1999, 482/483; Hoffmann, MMR 1999, 483/486; *Glauben*, DRiZ 2002, 236/239.

²⁹⁷ Zitiert nach *Labenski*, Morgenpost vom 02.07.2005.

sich registrieren kann. Wird das entgeltliche Spiel dagegen durch Schaltung von 0137x-Rufnummern auf den telekommunikationstechnischen Übertragungsweg verlagert, d.h. die Masse der Anrufe der Teilnahmewilligen wird unmittelbar durch einen Vorzählfaktor abgewiesen, so ist zu differenzieren: Wirkt der Netzbetreiber bzw. Nummernprovider hier maßgeblich am Gewinnspiel mit, indem er die Schaltung der 0137x-Nummer zur Gewinnspielteilnahme bewirbt bzw. die technischen Voraussetzungen zur unmittelbaren Anruferabweisung schafft und eine Audiotex-Plattform (beispielsweise T-Vote-Call) bereitstellt, so ist sein Gebührenanteil für die „nutzlose“ technische Dienstleistung von der Unverbindlichkeitsanordnung des § 762 Abs. 1 S. 1 BGB umfasst. Der Netzbetreiber profitiert hier unmittelbar von der Verlagerung des aleatorischen Elements des Spiels auf den technischen Übertragungsweg, indem er massenweise technische Verbindungen herstellt, die der Kunde aufgrund der unmittelbaren Abweisung offensichtlich nicht anstrebt. Der TK-Anbieter nimmt tatsächlich und wirtschaftlich eine Rolle ein, die ihn als „Co-Veranstalter“ erscheinen lässt und seine Ansprüche untrennbar mit den unverbindlichen Ansprüchen des Content-Providers verknüpft.

In den Fällen, in denen der Netzbetreiber zielführende Verbindungen hinsichtlich der unverbindlichen Spielteilnahme herstellt, enthält er für seine dann wertneutralen Dienstleistungen einen entsprechenden Vergütungsanspruch. Der Anspruch errechnet sich jedoch nicht daraus, dass von der Mehrwertgebühr der Anteil abzuziehen ist, den der Teilnehmernetzbetreiber vereinbarungsgemäß an den Content-Provider abführt. Der verbleibende Betrag spiegelt nicht nur die Gebühr für die rein telekommunikationstechnische Verbindungsherstellung und Übertragungsleistung wieder, sondern auch einen anteiligen Verdienst an der Mehrwertdienstleistung: Dieser resultiert einerseits aus Leistungen für den Content-Provider, wie der Rechnungsstellung und Einziehung der gesamten Mehrwertgebühr gegenüber dem Endkunden, andererseits aus einer schlichten Umsatz- und Gewinnbeteiligung an der Mehrwertdienstleistung²⁹⁸. Je teurer die Mehrwertdienstleistung und je höher die Mehrwertgebühren für den Endkunden werden, desto mehr verdient auch der Teilnehmernetzbetreiber²⁹⁹. Insofern profitieren beide Parteien vom konkreten Mehrwertdienstangebot über eine höhertarifizierte Nummerngasse, während die reine Telekommunikationsdienstleistung als „Herstellung der Verbindung“ - für den Endkunden - gleich bleibt. Wirtschaftlich verdient der Netzbetreiber an der

²⁹⁸ Vgl. *Vander*, Mehrwertdienste, S. 73; *Glauben*, DRiZ 2002, 236/239.

²⁹⁹ Vgl. dazu etwa die Tarifübersichts-Tabelle zu den 0137x-Nummernräumen bei *Goldhammer/Lessig*, Call Media, S. 34.

Mehrwertdienstleistung mit, indem seine technische Vermittlungsleistung gegenüber dem Endkunden umso teurer wird, je kostspieliger die damit verknüpfte Mehrwertdienstleistung ist. Die Bestimmung des technischen Vergütungsanteils des Teilnehmer-netzbetreibers innerhalb der Mehrwertgebühr führt daher über die Anwendung des § 632 Abs. 2 BGB³⁰⁰. Der Anrufer hat danach die „übliche Vergütung“ zu entrichten. Zur Bestimmung der üblichen Vergütung ist auf die Gebühren abzustellen, die der Anrufer für eine rein technische Verbindungsherstellung und Übermittlungsleistung zu erbringen hätte, wenn diese nicht mit einer Mehrwertdienstleistung verknüpft wäre. Hier erscheint die übliche Gebühr für ein Ferngespräch als angemessen, da Mehrwertnummern eine bundesweite Erreichbarkeit gewährleisten³⁰¹.

III. Ergebnis

Im Zusammenhang mit unverbindlichen Spielabreden haben die Vertragsparteien auch bei Abwicklung des Vertrages als Mehrwertdienstleistung keine gegenseitigen durchsetzbaren Ansprüche. Allein der Netzzugangsanbieter als Vertragspartner des Anrufers im Telefondienstvertrag kann seine für die Verbindungsherstellung übliche Vergütung verlangen, wenn diese sich nicht in einer unmittelbaren gebührenpflichtigen Anrufabweisung erschöpft.

E. Typische Beispiele der Unwirksamkeit, Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit von Mehrwertdienst-Spielverträgen

Obwohl ein Spielvertrag kein Schuldverhältnis begründet, kann er angesichts unterschiedlicher gesetzlicher Wertungen trotzdem nach allgemeinen Vorschriften unwirksam oder nichtig sein³⁰². So kann auch ein nichtiges oder aufgrund einer Anfechtung rückwirkend vernichtetes Rechtsgeschäft noch zusätzlich angefochten werden. Nichtigkeit bedeutet Nichtgeltung in Bezug auf den konkreten Nichtigkeitsgrund, nicht aber Nichtexistenz eines Rechtsgeschäfts³⁰³. Für § 762 Abs. 1 S. 2 BGB bedeutet dies: Die Rückforderung einer im Rahmen einer Spielabrede geleisteten Zahlung ist nur dann ausgeschlossen, wenn der Rechtsgrund für die Vermögensverschiebung allein wegen

³⁰⁰ Klees, CR 2003, 331/336; Vander, Mehrwertdienste, S. 74.

³⁰¹ So zutreffend Vander, Mehrwertdienste S. 74.

³⁰² Henssler, Risiko, S. 473.

³⁰³ Vgl. Flume, Rechtsgeschäft, § 31, 5, der die Annahme der Nichtexistenz eines Rechtsgeschäfts als „pseudonaturwissenschaftliches Denken“ bezeichnet.

der Unverbindlichkeit des Spiels fehlt. Die „conditio sine causa“ bleibt grundsätzlich³⁰⁴ möglich, wenn der Vertrag angesichts der §§ 134, 138 BGB nichtig oder nach §§ 119, 123 BGB anfechtbar ist³⁰⁵.

Im Folgenden wird praxisrelevanten Beispielen für Unwirksamkeits- oder Nichtigkeitsgründe im Zusammenhang mit Gewinnspielen über Mehrwertnummern Raum gewährt, die unabhängig von der Unverbindlichkeit bedeutsam werden können.

I. Minderjährige Anrufer

In der Praxis der Rundfunkgewinnspiele kommt es regelmäßig vor, dass Minderjährige die Mehrwertnummer anwählen, um am Gewinnspiel teilzunehmen³⁰⁶. Aus diesem Grunde wird diese Situation einer gesonderten Betrachtung unterzogen.

1. Mehrwertdienstvertrag „Spiel“ mit Minderjährigen

a) Die §§ 104 ff BGB

Minderjährige unter sieben Jahren sind geschäftsunfähig gemäß § 104 Nr. 1 BGB, Minderjährige ab sieben Jahren sind gemäß § 106 BGB beschränkt geschäftsfähig. Die §§ 104 ff BGB statuieren den grundsätzlichen Vorrang des Minderjährigenschutzes vor dem Vertrauensschutz des Vertragspartners³⁰⁷. Willenserklärungen von Minderjährigen unter sieben Jahren sind gemäß § 105 Abs. 1 BGB nichtig, die Wirksamkeit von Willenserklärungen beschränkt Geschäftsfähiger hängt von den Voraussetzungen der §§ 107 bis 113 BGB ab.

Wird eine Mehrwertnummer von einem geschäftsunfähigen Minderjährigen angewählt, kann mit ihm folglich kein Mehrwertdienstvertrag zustande kommen. Wird eine Mehrwertnummer von einem beschränkt geschäftsfähigen Minderjährigen angewählt, hängt die Wirksamkeit des Vertrages davon ab, ob gemäß § 107 BGB eine Einwilligung, bzw. gemäß § 108 Abs. 1 BGB eine Genehmigung des gesetzlichen Vertreters vorliegt, wenn nicht die Willenserklärung lediglich einen rechtlichen Vorteil im Sinne von § 107 BGB bringt oder der Vertrag gemäß § 110 BGB mit eigenen Mitteln des Minderjährigen bewirkt worden ist. Letzteres ist insbesondere denkbar, wenn ein Minderjähriger von sei-

³⁰⁴ Sofern § 817 S. 2 BGB keine Anwendung findet.

³⁰⁵ Motive II, S. 645; *Henssler*, Risiko, S. 474.

³⁰⁶ Mitunter ist zu beobachten, dass anrufende Kinder den Versuch unternehmen, ihre Stimme zu verstellen, um sie „erwachsen“ klingen zu lassen.

³⁰⁷ *Larenz/Wolf*, AT, S. 449.

nem gesetzlichen Vertreter ein Mobiltelefon mit Gesprächsguthaben zur eigenen Verfügung erhalten hat.

b) § 6 Abs. 2 Jugendschutzgesetz

Gemäß § 6 Abs. 2 des Jugendschutzgesetzes (JuSchG) darf Kindern und Jugendlichen die Teilnahme an Spielen mit Gewinnmöglichkeit in der Öffentlichkeit nur auf Volksfesten, Schützenfesten, Jahrmärkten, Spezialmärkten oder ähnlichen Veranstaltungen und nur unter der Voraussetzung gestattet werden, dass der Gewinn in Waren von geringem Wert besteht.

Auf welche Weise die Kinder und Jugendlichen von den Spielen fernzuhalten sind, ist gesetzlich nicht geregelt und gerichtlich nicht entschieden. Der Ausschluss muss jedenfalls effektiv umgesetzt werden. Eine Alterskontrolle erst bei etwaiger Auszahlung der Gewinne ist nicht ausreichend. Die Altersüberprüfung muss vor Abschluss des Spielvertrages und vor Zahlung eines etwaigen Einsatzes erfolgen³⁰⁸.

In den Spielregeln der Rundfunksender zu den Gewinnspielen über Mehrwertnummern ist jeweils erwähnt, dass Personen unter achtzehn Jahren wegen des Minderjährigenschutzes an den Gewinnspielen nicht teilnehmen dürfen. Nach Ziffer 2.1 Abs. 1 der GewinnSpielReg der Landesmedienanstalten haben „Hinweise auf den Ausschluss Minderjähriger (...) sowohl in der Moderation als auch - in der Zeit zwischen 06:00 Uhr bis 23:00 Uhr - dauerhaft und hinreichend sichtbar auf dem Bildschirm zu erfolgen“. Nach Abs. 2 „muss während der Sendung mindestens alle fünf Minuten durch einen eigenen Crawl oder durch dauerhafte Einblendung darauf hingewiesen werden, dass Gewinne an Minderjährige nicht ausbezahlt werden“.

So sind Minderjährige formal von der Teilnahme ausgeschlossen bzw. können keine Gewinne beanspruchen, allerdings können sie grundsätzlich Mehrwertdienstverträge zur Spielteilnahme abschließen bzw. sich Mehrwertgebührensansprüchen aussetzen, indem sie die Mehrwertnummer trotz fehlender Mitspielberechtigung anwählen. Effektive Vorkehrungen und eine Altersüberprüfung vor Eingehung einer Mehrwertgebührensanzahlungsverpflichtung gewährleisten mehrwertgebührenpflichtige Gewinnspielangebote somit nicht, obwohl sie regelmäßig tagsüber und im TV offeriert werden und damit typischerweise auf minderjähriges Publikum stoßen.

³⁰⁸ Vgl. *Raitz von Frenzt/Masch*, ZUM 2006, 189/193 f.

c) Zwischenergebnis

Mehrwertdienstverträge über die Erbringung der entgeltlichen Dienstleistung „Gewinnspielteilnahme“ sind mit Minderjährigen nach § 6 Abs. 2 JuSchG in Verbindung mit § 134 BGB nichtig, selbst bei Zustimmung der gesetzlichen Vertreter oder der Bewirkung des Einsatzes mit eigenen Mitteln des Minderjährigen.

2. Mehrwertdienstvertrag „Spiel“ mit dem Anschlussinhaber

In Betracht kommt aber, dass sich trotz Anwahl der Mehrwertnummer durch einen Minderjährigen der Abschluss des Mehrwertdienstvertrages „Spiel“ zwischen dem Veranstalter und dem Anschlussinhaber aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Telefondienstvertrages oder aus den Rechtsinstituten der Duldungs- oder Anscheinsvollmacht ergibt.

a) AGB des Telefondienstvertrages

Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Telefondienstvertrages enthalten typischerweise eine Bestimmung, wonach der Kunde auch die Preise zu zahlen hat, die durch befugte oder unbefugte Benutzung des Anschlusses durch Dritte entstanden sind, soweit der Kunde die Nutzung zu vertreten hat³⁰⁹. Diese AGB gelten aber grundsätzlich nur im Verhältnis von Teilnehmernetzbetreiber zu Anschlussinhaber, nicht im Verhältnis von Anschlussinhaber zu Content-Provider. Etwas anderes könnte nur gelten, wenn die AGB erkennbar als Verträge zugunsten dritter Mehrwertdienstleister ausgestaltet wären. Dann müssten die Content-Provider namentlich benannt werden. Ansonsten scheidet eine Haftung des Anschlussinhabers für die Anwahl von Mehrwertnummern auf Grundlage der AGB des Telefondienstvertrages regelmäßig aus.

b) Duldungs- oder Anscheinsvollmacht

Eine ausdrückliche Vollmacht zum Abschluss von Content-Verträgen wird der Anschlussinhaber Dritten regelmäßig nicht geben.

Befürwortet wird daher die Annahme einer Anscheins- oder Duldungsvollmacht, wenn der Anschlussinhaber Haushaltsangehörigen den Zugang zum Telefonanschluss grundsätzlich gestattet: Die allgemeine Erlaubnis an Dritte, den Telefonanschluss zu nutzen,

³⁰⁹ Zur Wirksamkeit einer solchen Klausel (in den AGB zum Telefondienstvertrag der *Deutsche Telekom AG*): OLG Stuttgart, ZIP 1999, 1217/1218.

soll eine Duldungsvollmacht für die Inanspruchnahme von Mehrwertdienstleistungen begründen³¹⁰.

Die Konstruktion ist jedoch nur aus praktischen Erwägungen nachvollziehbar, insbesondere, weil die grundsätzliche Pflicht eines jeden Vertragsschließenden, sich Gewissheit über die Identität seines Vertragspartners verschaffen, im Absatz von (sofort) zu erbringenden Mehrwertdiensten schwerlich zu erfüllen ist. Betrachtet man die rechtlichen Voraussetzungen der Duldungsvollmacht, wird die Unanwendbarkeit auf die Nutzung von Mehrwertdiensten durch anschlussinhabere fremde Dritte, insbesondere minderjährige Haushaltsangehörige, sichtbar: Eine Duldungsvollmacht wird angenommen, wenn der Vertretene weiß und zulässt, dass ein anderer für ihn als Vertreter auftritt und der Geschäftsgegner dieses Auftreten als Bevollmächtigung verstehen kann³¹¹. Der vermeintliche Vertreter muss für den Geschäftsgegner zumindest erkennbar werden. Dies ist bei der Anwahl einer Rufnummer aber gerade nicht der Fall. Der Content-Provider leistet nicht als Folge von aufgebautem schutzwürdigem Vertrauen³¹². Weder kennt er eine mögliche Duldung durch den Anschlussinhaber, noch rechnet er mit einer solchen. Nach allgemeiner Lebenserfahrung ist vielmehr davon auszugehen, dass kein vernünftiger Anschlussinhaber einen Dritten dazu bevollmächtigen will, auf seine Kosten Mehrwertdienstleistungen abzurufen³¹³.

Dieses Ergebnis gilt für die Mehrwertdienstleistung „Gewinnspiel“ umso mehr, als die Spielteilnahme für Minderjährige vom Mehrwertdienstleister ausdrücklich ausgeschlossen wird. Der Spielanbieter muss folglich erkennen, dass kein einsichtiger Grund dafür vorhanden ist, dass ein Anschlussinhaber Minderjährige als Vertreter anrufen lässt.

Gegen die Annahme einer Anscheinsvollmacht, bei der der Vertretene das Handeln des Scheinvertreters nicht kennt, aber hätte kennen müssen, und der Geschäftsgegner von einer Vertretung ausgehen durfte³¹⁴, sprechen die gleichen Argumente, wie gegen die Annahme einer Duldungsvollmacht: Die Vertretungssituation ist nicht offenkundig und der Dienstleister kann vernünftigerweise nicht davon ausgehen, dass der Anschlussin-

³¹⁰ *Spindler*, JZ 2002, 408/410; *Eckhardt*, CR 2002, 109/111; *Demmel/Skrobotz*, CR 1999, 561/565 f, einschränkend für den Fall, dass eine mögliche Anschluss Sperre nicht eingerichtet wird.

³¹¹ BGH, NJW-RR 2004, 1275/1277; *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 42; *Erman/Palm*, § 167, Rn. 7; *Palandt/Heinrichs*, § 172, Rn. 8.

³¹² *Vander*, Mehrwertdienste, S. 55.

³¹³ *Hoffmann*, ZIP 2002, 1705/1713; zustimmend auch *Vander*, Mehrwertdienste, S. 54 f.

³¹⁴ BGH, NJW 1998, 1854/1855; *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 48; *Erman/Palm*, § 167, Rn. 7; *Palandt/Heinrichs*, § 172, Rn. 11.

haber die Nutzung von Mehrwertdiensten durch Dritte, insbesondere Minderjährige, auf seine Kosten erlaubt.

Eine Rechtsscheinhaftung des Anschlussinhabers, die letztendlich nur auf Praktikabilitätsabwägungen und eine Belastung der Marktfähigkeit von Mehrwertdiensten gestützt wird, scheidet somit aus. Die Gefahr, dass Dritte auf Kosten oder auf Rechnung eines anderen Leistungen in Anspruch nehmen, ist keine mehrwertdienstspezifische, sondern jeder Fernabsatzleistung immanent. Dennoch wird niemand ernsthaft verlangen, dass unfreiwillig Verpflichtete im Fernabsatz generell unter dem Gesichtspunkt der Rechtsscheinhaftung in Anspruch genommen werden können³¹⁵. Es ist Sache der Mehrwertdienstleister, die Nutzung ihrer Dienste durch unbefugte Dritte effektiv auszuschließen und sicherzustellen, dass der Anschlussinhaber auch der Vertragspartner ist³¹⁶. Dies gilt erst recht unter dem Gesichtspunkt des Minderjährigenschutzes. Das Beispiel der Gewinnspiele über Mehrwertnummern zeigt, dass eine pauschale Rechtsscheinhaftung nach dem Grundsatz „Eltern haften für die Anrufe ihrer Kinder“ Bestimmungen wie § 6 Abs. 2 JuSchG zu bloßen Absichtserklärungen herabwürdigen würde: Die Minderjährigen wären insoweit formal von der Dienstleistung ausgeschlossen, als ihnen die Leistung – die Teilnahme am Spiel - verweigert würde. Den Gegenleistungsanspruch auf die Mehrwertgebühren könnte der Content-Provider bei einer Rechtsscheinhaftung dennoch gegenüber dem Anschlussinhaber und / oder gesetzlichen Vertreter durchsetzen. Ein effektiver Ausschluss der Teilnahme Minderjähriger nach § 6 Abs. 2 JuSchG wäre für den Mehrwertdienstleister insofern umsatzmindernd.

Im Ergebnis kommt durch Anwahl einer Mehrwertrufnummer zur Gewinnspielteilnahme durch einen Minderjährigen regelmäßig kein Vertrag über die Gewinnspielteilnahme mit dem Anschlussinhaber zustande.

3. Ergebnis und Konsequenzen

Minderjährige Anrufer von Gewinnspielhotlines über Mehrwertnummern sowie ihre gesetzlichen Vertreter - auch als Anschlussinhaber - sind nicht nur wegen der grundsätzlichen Unverbindlichkeit von Spielverträgen, sondern auch wegen der fehlenden Wirk-

³¹⁵ Vander, Mehrwertdienste, S. 58.

³¹⁶ In Betracht kommt eine schriftliche Registrierung mit Passwort oder PIN, wobei der Aufwand für die Beteiligten begrenzt wäre, indem ein besonderer Dienstleister ein einheitliches Verifizierungsverfahren für eine Vielzahl von Mehrwertdienstleistern ermöglichen würde. Ein solcher Verifikationsmechanismus ist im Bereich der „Premium-Rate“-Nummern nach § 42b Abs. 3 S. 4 TKG und § 43b Abs. 4 S. 2 TKG bereits Pflicht. Eingehend zu Legitimationsverfahren bei Mehrwertdiensten Vander, Mehrwertdienste, S. 58 f u. 255 ff.

samkeit des Vertrages aufgrund der Minderjährigkeit des Anrufers bzw. der Nichtigkeit des Vertrages nach §§ 134 BGB, 6 Abs. 2 JuSchG, nicht zur Zahlung der Mehrwertgebühren verpflichtet.

Wenn der Anschlussinhaber die im Rahmen eines Mehrwertdienstvertrages „Gewinnspiel“ zwischen einem minderjährigen Anrufer und dem Gewinnspielveranstalter angefallenen Mehrwertgebühren irrtümlich gezahlt hat, was insbesondere durch Einziehung des Telefondienstvertragspartners in Betracht kommt, kann er sie grundsätzlich gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 Alt 1 BGB zurückfordern. § 762 Abs. 1 S. 2 BGB greift hier nicht, weil die Rückforderung nicht wegen des unverbindlichen Spielvertrages erfolgt, sondern wegen der Nichtigkeit des Spielvertrages gemäß §§ 134 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 2 JuSchG.

II. Arglistig getäuschte Anrufer

Im Zusammenhang mit Gewinnspielen über Mehrwertnummern könnte eine arglistige Täuschung des Anrufers gemäß § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB vorliegen, wenn der Veranstalter den Anrufer zu einem telefonischen Spiel-Vertragsschluss bewegen würde, obwohl er bereits wüsste, dass das Spiel zu seinen Gunsten ausgehen wird.

Die arglistige Täuschung setzt wie der strafrechtliche Betrug eine Täuschung zum Zweck der Erregung oder Aufrechterhaltung eines Irrtums voraus³¹⁷. Im Gegensatz zum Betrug ist aber kein Vermögensschädigungsvorsatz bzw. keine Bereicherungsabsicht erforderlich, da § 123 Abs. 1 BGB die Entschließungsfreiheit schützt³¹⁸.

In Bezug auf Spielverträge hielt es der historische Gesetzgeber für verfehlt, das Verschweigen der Kenntnis des Spielausgangs in jedem Fall als arglistig anzusehen und verzichtete deshalb auf eine konkrete Bestimmung für eine generelle Aufklärungspflicht bei Spielabreden³¹⁹. Offenbarungspflichten kommen aber nach allgemeinen Regelungen, insbesondere aus dem Grundsatz von Treu und Glauben in Betracht. Eine Aufklärungspflicht ergibt sich bezüglich besonders wichtiger Umstände, die für die Willensbildung des Geschäftspartners offensichtlich von ausschlaggebender Bedeutung sind, insbesondere weil sie den objektiven Vertragszweck erheblich gefährden oder gar verei-

³¹⁷ Palandt/Heinrichs, § 123, Rn. 2.

³¹⁸ Larenz/Wolf, S. 686.

³¹⁹ Motive II, S. 646.

teilen können³²⁰. Im Hinblick auf Spielabreden ist nach den Unwägbarkeitskriterien zu differenzieren, die den Spielausgang beeinflussen³²¹:

Ist der Spielausgang (auch) von menschlichen Leistungen der Vertragspartner abhängig, so liegt es typischerweise in der Verantwortung eines jeden Spielers selbst, sich die zur erfolgreichen Spielteilnahme erforderlichen eigenen Fähigkeiten zu verschaffen. Auch muss sich der Spieler die notwendigen Informationen über die Fähigkeiten des Vertragspartners besorgen. Erkennt ein Spieler im Rahmen eines Geschicklichkeitsspieles etwa, dass der andere seine Fähigkeiten unterschätzt, so unterliegt er regelmäßig keiner Aufklärungspflicht.

Anders ist die Situation jedoch, wenn (auch) die Spekulation auf den Zufall oder ein zukünftiges Ereignis Inhalt der Spiel-Absprache ist. In diesem Fall sichern sich beide Parteien konkludent zu, dass sie Unkenntnis bezüglich der zukünftig fallenden Entscheidung besitzen³²² und deren Ausgang nicht beeinflussen oder gar manipulieren³²³. Objektiver Vertragsgegenstand eines Risikovertrages ist gerade die Unbeeinflussbarkeit und damit die Unkenntnis des Ausgangs. Ein diesem Spielvertragszweck entgegenstehendes sicheres Wissen vom Ausgang des zukünftigen Ereignisses und damit des Spiels führt konsequenterweise zu einer Aufklärungspflicht, selbst wenn das Geschäft dadurch insgesamt hinfällig wird³²⁴.

Bei Gewinnspielen über Mehrwertnummern wird die Spielentscheidung auch durch den Einsatz von Zufallselementen getroffen: Der Spielveranstalter setzt unter anderem darauf, dass der Vertragspartner nicht vom Zufallsgenerator bzw. einer technischen Zufallsentscheidung als Kandidat oder Gewinner ausgewählt wird, der Anrufer spekuliert auch darauf, dass er die zufallsabhängige Auswahlentscheidung übersteht.

Wird (in der klassischen Anrufbeantwortervariante) ein Gewinner aus allen Teilnehmern mit der richtigen Lösungsantwort ausgelost, nimmt der Veranstalter keinen akti-

³²⁰ Vgl. BGH, NJW 1979, 2243; BGH, NJW 1980, 2460.

³²¹ vgl. *Henssler*, Risiko, S. 470 ff.

³²² Aus strafrechtlicher Sicht Betrug (§ 263 StGB) bejahend RGSt 62, 415/416, Betrug verneinend BGHSt 16, 120/121 („Spätwette“), jeweils bzgl. des Abschlusses einer Spätwette auf ein Pferderennen in Kenntnis dessen Ausgangs.

³²³ So aus strafrechtlicher Sicht BGH, Urteil vom 15.12.2006, Az.: 5 StR 181/06, Rn. 23 ff („Fall Hoyzer“): Betrug durch Abschluss einer Oddset-Sportwette auf ein Fußballspiel unter Mitwirkung an der manipulativen Beeinflussung des Spiels.

³²⁴ *Henssler*, Risiko, S. 471; MünchKommBGB/*Habersack*, § 762, Rn. 20.

Aus strafrechtlicher Sicht RGSt 62, 415/416 (Aufklärungspflicht aus sicherem Wissen); A.A: BGHSt 16, 120/121 („Spätwette“: Keine Aufklärungspflicht aus sicherem Wissen). Vgl. auch BGH, Urteil vom 15.12.2006, Az.: 5 StR 181/06, Rn. 23 ff („Fall Hoyzer“: Aufklärungspflicht jedenfalls bei manipulativer Beeinflussung). Einen Betrug dagegen selbst bei Manipulation ablehnend *Schlösser*, NSTZ 2005, 423/426 ff, soweit keine „enge vertragliche Beziehung“ zwischen den Beteiligten vorliegt.

ven Einfluss auf die Zufallsentscheidung und hat kein überlegenes Wissen hinsichtlich der Zufallsrelevanz des Gesamtgeschehens. Der Veranstalter hat im Zeitpunkt der Abrede mit dem einzelnen Teilnehmer keine Kenntnis, wie viele Kandidaten insgesamt teilnehmen werden und wie viele davon die richtige Antwort nennen werden.

Werden dagegen Kandidaten aus allen anrufenden Teilnehmewilligen per Routing vorselektiert, kann der Veranstalter grundsätzlich Einfluss auf das Unwägbarkeitskriterium der Vorauswahl nehmen bzw. hat zumindest überlegenes Wissen über den Ablauf der zufälligen Auswahl. Sollte der Spielveranstalter in bestimmten Phasen der Präsentation des Gewinnspiels aktiv dafür sorgen oder auch nur die Kenntnis besitzen, dass (noch) keine zufällige Auswahlentscheidung eines Kandidaten erfolgen kann, aber dennoch Anrufe entgegennehmen und Spielverträge schließen, so verletzt er eine Aufklärungspflicht aus überlegenem Wissen. Er wüsste im Moment der Spiel-Abrede - zum Zeitpunkt der Verbindungsherstellung - bereits, wie das Spiel ausgehen würde. Der Vertragsgegenstand, die gegenseitige Übernahme von Risiko, wäre hinfällig. Der Mehrwertdienst-Vertrag wäre wegen Verletzung einer Aufklärungspflicht anfechtbar. Bereits geleistete Mehrwertgebührenanteile könnten nach §§ 812 Abs. 1 S. 1 BGB zurückverlangt werden, nachdem eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung durch Unterlassung einer Aufklärungspflicht gemäß § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB erfolgt wäre³²⁵.

III. Von der Spielteilnahme persönlich ausgeschlossene Anrufer

Nach einem Urteil des *LG München I*³²⁶, bestätigt durch *OLG München*³²⁷ sind die Veranstalter mehrwertgebührenpflichtiger Gewinnspiele durch den Grundsatz der Privatautonomie berechtigt, einzelne Spielteilnehmer für die Zukunft schriftlich auszuschließen. Rufen diese in der Folge dennoch an und gewinnen, besäßen sie keinen Anspruch auf die Auszahlung der Preise. Ein Kontrahierungszwang bestünde nicht, da die Teilnahme an Gewinnspielen nicht zum allgemeinen Lebensbedarf gehöre. Der Ausschluss könne auch mit wirtschaftlichen Interessen des Spielveranstalters begründet werden und setze keine „moralisch hoch stehenden Motivationen“ wie die „Wahrung der Chancengleichheit“ voraus³²⁸.

Nach dem hier gefundenen Ergebnis besteht schon deshalb kein Anspruch auf die Teilnahme an mehrwertgebührenpflichtigen Gewinnspielveranstaltungen, weil diese unver-

³²⁵ Zugleich wäre regelmäßig der Tatbestand des Betruges erfüllt, vgl. hierzu die vorherige FN.

³²⁶ LG München I vom 21.12.2004, Az.: 33 O 1595/04, CR 2005, 494.

³²⁷ OLG München vom 28.07.2005, Az: U(K) 1834/05, NJW-RR 2005, 1401 = MMR 2005, 774.

³²⁸ LG München I, CR 2005, 494/495.

bindliche Spielverträge zum Inhalt haben. Die Klagen wären abzuweisen gewesen, weil aufgrund der Unverbindlichkeit des Spiels ohnehin kein Anspruch auf Auszahlung der Gewinne besteht³²⁹.

Darüber hinaus kommt mit persönlich ausgeschlossenen Anrufern überhaupt kein (unverbindlicher) Spielvertrag zustande, weil ihnen durch den schriftlichen Entzug der Mitspielberechtigung bewusst ist, dass die automatisierte Entgegennahme des Anrufs keine Annahme des Antrages auf eine Spielabrede oder die Aufhebung der Spielsperre bedeutet. Wählen sie trotz des Ausschlusses die Mehrwertnummer an und leisten die Mehrwertgebühren, besitzen sie kein Rückforderungsrecht. Zwar scheitert die Rückforderung nicht an § 762 Abs. 1 S. 2 BGB, weil mangels Annahme des Antrags überhaupt kein Vertrag, auch kein unverbindlicher zustande gekommen ist. Doch misslingt die Rückforderung nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB wegen § 814 Alt. 1 BGB: Die ausgeschlossenen Anrufer haben die Mehrwertgebühren in Kenntnis der Tatsache erbracht, dass sie zur Leistung nicht verpflichtet waren, weil sie die Gegenleistung nicht beanspruchen durften.

F. Resümee

Mehrwertgebührenpflichtige Gewinnspiele beinhalten auch unter der Voraussetzung der richtigen Beantwortung einer Quizfrage typischerweise eine unverbindliche Spielabrede zwischen Veranstalter und Teilnehmer nach § 762 BGB.

Die Unverbindlichkeit wird durch die Abwicklung als Mehrwertdienstleistung nicht geheilt, vielmehr kann bei Verwendung des Televoting-Systems als „tarifpflichtigem Besetztzeichen“ auch der Anspruch des beteiligten TK-Providers nicht durchsetzbar sein.

Bei Anrufen Minderjähriger ist der Mehrwertdienstvertrag zusätzlich nichtig.

Bei Entgegennahme und Tarifierung von Anrufen in Kenntnis der notwendigen Abweisung des Anrufs sind die unverbindlichen Mehrwertdienst-Spielverträge außerdem wegen arglistiger Täuschung anfechtbar.

³²⁹ So auch LG München I, Urteil vom 02.02.2005, Az.: 29 O 12315/04, abrufbar unter <http://www.kanzlei-prof-schweizer.de/bibliothek/urteile/index.html?id=12666> (Stand: 22.09.2007).

Kapitel 5: DIE STRAFRECHTLICHE RELEVANZ

Im diesem Kapitel wird untersucht, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen sich die Veranstaltung mehrwertgebührenpflichtiger Gewinnspiele als Glücksspiel im Sinne der §§ 284 ff StGB darstellen kann (B.)³³⁰. Danach wird kurz auf die weiteren Tatbestandsvoraussetzungen der §§ 284, 287 StGB eingegangen (C.). Zur Bestimmung und Auslegung des Glücksspielbegriffs muss der Zweck des strafbewehrten Glücksspielverbotes feststehen (A.).

A. Der Zweck des strafbewehrten Glücksspielverbotes

Als Schutzzweck der Norm bzw. geschütztes Rechtsgut der §§ 284 ff StGB, wird seit jeher die staatliche Kontrolle der wirtschaftlichen Ausbeutung der Spielleidenschaft genannt³³¹. Der *Gesetzgeber* hat dies zuletzt im Rahmen der Strafrechtsreform 1998³³² bestätigt: § 284 StGB diene der „Unterbindung der Ausnutzung des natürlichen Spieltriebes zu privaten oder gewerblichen Zwecken“, sowie „der Verhinderung der übermäßigen Anregung zur Nachfrage von Glücksspielen“ und der „Gewährleistung eines ordnungsgemäßen Spielbetriebs durch staatliche Kontrolle“³³³. Nach sehr vorsichtigen Schätzungen sind ca. 110.000 bis 180.000 Menschen und damit ca. 0,1 bis 0,2 Prozent der Deutschen behandlungsbedürftig spielsüchtig³³⁴. Nach der Alkohol- und Drogenabhängigkeit ist die Glücksspielsucht damit das dritte gravierende Suchtproblem in Deutschland³³⁵.

Dennoch befindet sich die Rechtfertigung eines strafbewehrten Glücksspielverbotes mit der Verhinderung von Spielsucht und deren wirtschaftlicher Ausbeutung in einer Glaubwürdigkeitskrise, weil dem Staat der Vorwurf zu machen ist, sein Glücksspielmonopol zu fiskalischen Zwecken auszuschlachten, das eigene Glücksspiel umfassend zu

³³⁰ Nicht Gegenstand der folgenden Untersuchung ist die Frage der Betrugsstrafbarkeit im Zusammenhang mit mehrwertgebührenpflichtigen Gewinnspielen, insbesondere durch das Moderatorenverhalten, vgl. hierzu *Becker/Ulbrich/Voß*, MMR 2007, 149/150 ff; *Schröder/Thiele*, Jura 2007, 814/814 ff; sowie *Wimmer*, MMR 2007, 417/421 f.

³³¹ Vgl. etwa BGHSt 11, 209/210 („Gratisroulette“); *Fischer*, § 284, Rn. 2; *Lackner/Kühl*, § 284 Rn. 1.

³³² 6. Strafrechtsreformgesetz vom 26.01.1998, BGBl. I, S.164.

³³³ BT-Drucks. 13/8587, S. 67: Erwähnt wird auch die Intention, einen nicht unerheblichen Teils der Einnahmen aus Glücksspielen (mind. 25 Prozent) zur Finanzierung gemeinnütziger und öffentlicher Zwecke heranzuziehen.

³³⁴ *Meyer*, in: Jahrbuch Sucht 2006, S. 125 ff, wobei die Zahlen auf einer groben Schätzung basieren und eher die untere Grenze darstellen, wie Prävalenzraten aus Studien anderer europäischer Länder mit vergleichbaren Glücksspielangeboten nahe legen.

³³⁵ *Kellermann*, in: *Fett*, S. 24; *Vent*, Spielsucht, S. 23.

bewerben und die Spielsüchtigen umfangreich zu bedienen. Bisheriger Höhepunkt der Auseinandersetzung zwischen staatlichen und privaten Glückspielanbietern um den lukrativen Glücksspielmarkt mit Jahresumsätzen von über 27 Mrd. Euro und jährlichen staatlichen Einnahmen von über 4 Mrd. Euro³³⁶ ist die „Oddset“-Entscheidung des *Bundesverfassungsgerichts* vom 28.03.2006³³⁷: Das Gericht stellte fest, dass der Staat *grundsätzlich* die Berechtigung besitze, das Glücksspiel zu monopolisieren. Nach dem gegenwärtigen Stand der Forschung könnten Glücksspiele ohne Zweifel zu krankhaftem Suchtverhalten führen, weshalb der Schutz vor Ausnutzung der natürlichen Spielleidenschaft ein legitimer Zweck sei, die Berufsfreiheit einzuschränken, selbst wenn die Glücksspiele für die große Mehrheit der Spieler reinen Unterhaltungs- oder gar Erholungscharakter besäßen. Auch rechtfertige der Schutz vor betrügerischen Machenschaften privater Spielanbieter und ein darüber hinausgehender Verbraucherschutz prinzipiell ein Verbot von Glücksspielen³³⁸. Zugleich kam das *BVerfG* jedoch zu dem Schluss, dass das derzeitige Monopolsystem Defizite hinsichtlich der konsequenten Ausrichtung am Ziel der Bekämpfung von Spielsucht enthalte. Die staatliche Abschöpfung der Einnahmen aus Glücksspielen dürfe nur Konsequenz aus einem öffentlichen Monopolsystem sein, nicht aber selbständiges Ziel. Die Verhinderung der Ausnutzung des Spieltriebs zu privaten oder gewerblichen Gewinnzwecken sei kein eigenständiges, verfassungsrechtlich zulässiges Motiv der staatlichen Beschränkung des Glücksspielangebotes, solange es nur um den Ausschluss privaten Gewinnstrebens, nicht aber um die generelle Verhinderung der Ausnutzung der Spielleidenschaft gehe³³⁹.

Unter der Prämisse, dass der Gesetzgeber die Vorgaben des *BVerfG* umsetzt ist ein generelles Glücksspielverbot zur Vermeidung der Spielsucht und zur Verhinderung manipulativer Ausnutzung der Spiellust verfassungsgemäß und kann als Schutzzweck der §§ 284, 287 StGB dienen³⁴⁰. Die Glücksspieltatbestände besitzen insofern wie auch der

³³⁶ Zahlen nach Meyer, in: Jahrbuch Sucht 2006, S. 117 u.121.

³³⁷ BVerfG, Urteil vom 28.03.2006, Az.: 1 BvR1054/01, NJW 2006, 1261 ff („Oddset“).

³³⁸ BVerfG, NJW 2006, 1261/1263 („Oddset“), Rn. 98 ff.

³³⁹ BVerfG, NJW 2006, 1261/1265, („Oddset“), Rn. 123 ff.

³⁴⁰ Vgl. BVerfG NJW 2006, 1261/1267 („Oddset“), Rn. 159: „Ob in der Übergangszeit eine Strafbarkeit nach § 284 StGB gegeben ist, unterliegt der Entscheidung der Strafgerichte.“

Vgl. hierzu auch das Urteil des BGH, Urteil vom 16.08.2007, Az.: 4 StR 62/07 für die strafrechtliche Beurteilung sog. „Altfälle“ in der Zeit vor der Entscheidung des BVerfG: Ein Buchmacher, der in diesem Zeitraum ohne behördliche Erlaubnis vermittelt hat (sog. „Altfälle“), befand sich in einem unvermeidbaren Verbotsirrtum, da „das Risiko der extrem unklaren Rechtslage, wie sie hier durch die Verwaltung und die Rechtsprechung geschaffen worden ist, nicht einseitig dem Normadressaten aufgebürdet werden darf“ (Rn. 8). „Danach kommt es nicht mehr darauf an, dass - ausgehend von den tragenden Erwägungen der zum staatlichen Wettmonopol im Freistaat Bayern ergangenen Entschei-

Tatbestand des Wuchers, der sich im gleichen Abschnitt befindet (§ 291 StGB), eine sozialrechtliche Ausrichtung. Im Vordergrund steht die Verhinderung der sozialen Folgen der Ausnutzung individueller Schwächen. Es geht um die sozialrechtliche Modifikation einer im Grundsatz freien Marktwirtschaft, d.h. um die Vermeidung von Exzessen, die in einer kapitalistischen Ordnung entstehen können, wenn krass ungleiche Marktteilnehmer aufeinandertreffen³⁴¹. Ist es beim Wucher die Zwangslage oder Unerfahrenheit, so ist es bei den §§ 284, 287 StGB die latent vorhandene, natürliche Spiel Leidenschaft des Einzelnen. Zudem soll der Einzelne durch das Glücksspielverbot vor der Gefahr von Manipulationen und den damit verbundenen Vermögensgefährdungen geschützt werden³⁴². Insofern sind die §§ 284 ff StGB „Betrugsvermeidungstatbestände“ in einem besonders manipulationsanfälligen Bereich und greifen diesbezüglich dem § 263 StGB vor³⁴³.

Zweck eines allgemeinen Glücksspielverbotes, aber kein Strafzweck der §§ 284 ff StGB kann es sein, den einzelnen Spieler vor (erheblichen) Vermögensverlusten durch das (nicht manipulierte) Glücksspiel zu bewahren, weil sogar die Gefährdung des höchsten Gutes des menschlichen Lebens in einer versuchten Selbsttötung nicht strafbar ist und eine solche Bevormundung dem Gebotsverständnis eines liberalen Staates widerspräche³⁴⁴. Die die Spiellust ausnutzenden, suchtbedingten und damit „unfreiwilligen“ und sozialschädlichen finanziellen Folgen sind aber im Schutzzweck „Vermeidung von Spielsucht“ enthalten.

derung des Bundesverfassungsgerichts vom 28. März 2006 (1 BvR 1054/01, NJW 2006, 1261) - nach Auffassung des Senats das Sportwettengesetz des Saarlandes im Tatzeitraum mit dem Grundgesetz unvereinbar war und deshalb die Strafnorm des § 284 StGB auf den hier zu beurteilenden Sachverhalt aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht anwendbar, der Angeklagte mithin aus rechtlichen Gründen freizusprechen gewesen wäre. Dies hätte indes eine Vorlage der Sache durch den Senat gemäß Art. 100 Abs. 1 GG an das Bundesverfassungsgericht erforderlich gemacht, deren es jedoch mangels der dafür vorausgesetzten Entscheidungserheblichkeit der für verfassungswidrig erachteten Rechtslage (...) hier nicht bedurfte.“ (Rn. 12).

Folglich geht der *BGH* davon aus, dass auch ohne den Verbotsirrtum eine Verurteilung nach § 284 StGB aus verfassungsrechtlichen Gründen ausgeschlossen gewesen wäre.

So ausdrücklich auch das AG Karlsruhe, Urteil vom 12.04.2007, Az.: Cs 260 Js 53140/06, abrufbar unter <http://www.gluecksspiel-und-recht.de/urteile/Amtsgericht-Karlsruhe-20070412.html> (Stand: 22.09.2007): Ein Buchmacher für Sportwetten ist vom Vorwurf des unerlaubten Glücksspiels freizusprechen, weil „eine Strafbarkeit gem. § 284 StGB (...) unter Berücksichtigung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 28.3.2006, Az. 1 BvR 1054/01 aus (...) verfassungsrechtlichen Gründen nicht in Betracht“ kommt.

³⁴¹ Vgl. *Lesch/Wallau*, GewArch 2002, 447/449 f.

³⁴² Vgl. *Heine*, wistra 2003, 441/442;; *Lampe*, JuS 1994, 737/741 f.

³⁴³ Vgl. *Schönke/Schröder/Eser/Heine*, § 284 StGB, Rn. 2c.

³⁴⁴ Vgl. *Belz*, Glücksspiel, S. 37 f.

Im Ergebnis lässt sich der Schutzzweck des strafbewehrten Glücksspielverbotes wie folgt beschreiben: Es dient dem Interesse der Allgemeinheit an der Vermeidung von Spielsucht und damit zusammenhängender sozialschädlicher (finanzieller) Folgen sowie der Verhinderung von Spiel-Manipulationen und damit verbundenen Vermögensschädigungen in einem besonders betrugsanfälligen Bereich. Aus strafrechtlicher Sicht sind die §§ 284, 287 StGB abstrakte (Vermögens-) Gefährdungsdelikte³⁴⁵.

B. Das „Glücksspiel“ im Sinne des StGB

Ein Glücksspiel liegt vor, wenn der Spielausgang überwiegend zufallsabhängig ist (Abgrenzung zum Geschicklichkeitsspiel) und einsatzabhängig um nicht nur unerhebliche Vermögenswerte gespielt wird (Abgrenzung zum harmlosen Unterhaltungs- oder Zufallsspiel).

I. Glücksspiel im engeren Sinne (§ 284 StGB) sowie Lotterie und Ausspielung (§ 287 StGB)

Sonderformen des Glücksspiels im engeren Sinne nach § 284 Abs. 1 StGB sind Ausspielung und Lotterie als Glücksspiele im weiteren Sinne nach § 287 Abs. 1 StGB.

Die getrennte tatbestandliche Erfassung des Glücksspiels im engeren Sinne und der Lotterie und Ausspielung als Glücksspiel im weiteren Sinne erklärt sich vor allem historisch³⁴⁶. Andererseits wird die gesetzgeberische Intention der gesonderten Behandlung der Glücksspiele im weiteren Sinne nach § 287 Abs. 1 StGB mit deren grundsätzlich geringerer Gefährlichkeit begründet, weil typischerweise keine unmittelbare Aufeinanderfolge von Spielen möglich ist³⁴⁷ und der Spieler nicht in einer spezifischen Spielsituation agiert, sondern eine passive Rolle einnimmt³⁴⁸. Allerdings weist *Bahr* zutreffend darauf hin, dass die Annahme einer geringeren Gefährlichkeit mangels eines zeitlichen Abstandes zwischen Einsatzleistung und Spielentscheidung „angesichts der Schnelle-

³⁴⁵ So im Ergebnis auch: *Brandl*, Spieleleidenschaft, S. 25; *Volk*, Glücksspiel, S.157 f; *Schönke/Schröder/Eser/Heine*, § 284, Rn. 2c. *LeipzKomm/von Bubnoff*, § 284, Rn. 9; *Lesch/Wallau*, *GewArch* 2002, 447/449. A.A: *Belz*, Glücksspiel, S. 37 ff, der dem § 284 StGB jeden Rechtsgüterschutz abspricht und generell von freiwilligen Selbstgefährdungen ausgehen will. Dies greift jedenfalls dann zu kurz, wenn der einfache Spieler dem gewerbsmäßigen Spieler oder dem Falschspieler gegenüber steht oder der spielsüchtige Spieler teilnimmt. Hier existieren zweifellos abstrakte (Vermögens-) Gefährdungen, denen grundsätzlich mit § 284 StGB begegnet werden kann.

³⁴⁶ § 287 StGB hat seine Entstehungsgeschichte im 19. Jahrhundert. Damals gab es bereits Staatslotterien (bspw. in Preußen und Sachsen), aber keine sonstigen staatlich kontrollierten Angebote von Glücksspielen im engeren Sinne. Eingehend zu den rechtsgeschichtlichen Zusammenhängen: *Ohlmann*, *WRP* 2005, 48/49 ff.

³⁴⁷ So *RGSt* 12, 388/390; *Ossenbühl*, *VerwArch* 1995, 187/194; *Volk*, Glücksspiel, S. 19.

³⁴⁸ Vgl. *Ossenbühl*, *VerwArch* 1995, 187/192.

bigkeit der heute durchgeführten Lotterie- und Ausspielungsveranstaltungen“ in vielen Fällen nicht mehr zutrifft³⁴⁹.

Neben den gemeinsamen Voraussetzungen wird bei Lotterie (Spielgegenstand: Geld) und Ausspielung (Spielgegenstand: Sachwerte) vorausgesetzt, dass ein Veranstalter einer Mehrzahl von Personen vertragsgemäß die Möglichkeit bietet, nach einem bestimmten Spielplan zu spielen³⁵⁰. Der Spielplan ist bestimmt, wenn der zu erbringende Einsatz in seiner Höhe vom Veranstalter vorgegeben wird³⁵¹. Vertreten wird, die Einsätze seien dann nicht mehr bestimmt, wenn zwar die Höhe der Einzeleinsätze vorgegeben wird, aber der Spieler entscheidet, wie oft er teilnimmt³⁵². Dem steht jedoch entgegen, dass in typischen Lotterien wie etwa dem staatlichen „Lotto“ der wiederholte Kauf eines Loses bzw. das Spielen mehrerer Reihen möglich ist, ohne dass die Veranstaltung deshalb als Glücksspiel im engeren Sinne eingeordnet werden würde³⁵³. Eine planmäßige Veranstaltung ist somit immer gegeben, wenn eine Seite die Höhe des Einsatzes im Einzelspiel festlegt, mag auch der Plan die Mehrfachteilnahme zulassen und die Ausführung des Plans und die Höhe der Gewinne vom Ausmaß der Beteiligung abhängig gemacht werden³⁵⁴. So beurteilte das *RG* etwa einsatzabhängige Preisrätsel in Zeitschriften bei strafrechtlicher Relevanz regelmäßig nach § 287 StGB³⁵⁵.

Die Differenzierung zwischen § 284 StGB und § 287 StGB ist hinsichtlich der Rechtsfolgen relevant, weil der Teilnehmer an einer Lotterie oder Ausspielung straffrei bleibt (im Gegensatz zu § 285 StGB) und der Veranstalter sich (im Gegensatz zu § 284 Abs. 3 Nr. 1 u. Nr. 2 StGB) auch bei gewerbsmäßiger oder bandenmäßiger Begehung keiner erhöhten Strafandrohung ausgesetzt sieht.

Spiele über Mehrwertnummern werden bei Vorliegen der allgemeinen Glücksspielvoraussetzungen grundsätzlich als Lotterie bzw. Ausspielung durchgeführt, weil der Veran-

³⁴⁹ *Bahr*, Glücks- und Gewinnspielrecht, Rn 144 (Fn. 167). Die Bundesländer berücksichtigen dies insofern, als im Rahmen des am 01.01.2008 in Kraft getretenen Glücksspielstaatsvertrages in § 13 Abs. 2 Nr. 1 lit. a u. Nr. 2, die Genehmigung einer Lotterie u.a. dann versagt wird, wenn „die Bekanntgabe der Ziehungsergebnisse öfter als zweimal wöchentlich erfolgt“ bzw. „eine interaktive Teilnahme in Rundfunk und Telemedien mit zeitnaher Gewinnbekanntgabe ermöglicht wird“.

³⁵⁰ *Lackner/Kühl*, § 287, Rn. 2; *Schönke/Schröder/Eser/Heine*, § 287, Rn. 4; *RGSt* 52, 393.

³⁵¹ *Schönke/Schröder/Eser/Heine*, § 287, Rn. 4; *Lackner/Kühl*, § 287, Rn. 2; *Münch-KommStGB/Groeschke/Hohmann*, Rn. 6; *Brandl*, Spielleidenschaft, S. 133; *Belz*, Glücksspiel, S. 25.

³⁵² *Brandl*, Spielleidenschaft, S. 55, *Bahr*, Glücks- und Gewinnspielrecht, Rn. 145.

³⁵³ Vgl. hierzu etwa *Bayer*. *VGH*, *GewArch* 1981, 89/90.

³⁵⁴ Vgl. *Schönke/Schröder/Eser/Heine*, § 287, Rn. 3; *Volk*, Glücksspiel, S. 22.

³⁵⁵ *RGSt* 25, 255/256; *RGSt* 60, 385/386.

stalter einer Mehrzahl von Personen die Möglichkeit der Teilnahme einräumt und die entgeltlichen Leistungen durch die Wahl der Mehrwertnummernergasse festlegt³⁵⁶.

II. Die wesentliche Abhängigkeit des Spielausgangs vom Zufall - Die Abgrenzung zum straflosen Geschicklichkeitsspiel

1. Die rechtliche Ausgangslage

Angeführt vom *Bundesgerichtshof*³⁵⁷ und dem *Bundesverwaltungsgericht*³⁵⁸ und zurückzuführen bis auf frühe Entscheidungen des *Reichsgerichts*³⁵⁹ wird das Glücksspiel auch im Schrifttum³⁶⁰ in Abgrenzung zum Geschicklichkeitsspiel einhellig als ein Spiel definiert, bei dem die Entscheidung über Gewinn oder Verlust nicht wesentlich von den Fähigkeiten und Kenntnissen sowie dem Grad der Aufmerksamkeit der Spieler abhängt, sondern allein oder wesentlich bzw. hauptsächlich vom Zufall³⁶¹.

Der Zufall wird aus strafrechtlicher Sicht definiert als das Wirken unberechenbarer, dem Einfluss der Beteiligten entzogener Ursachen³⁶². Er herrscht vor, wenn die Spieler keine ins Gewicht fallende Einwirkungsmöglichkeit auf den Spielausgang besitzen. Ein Spiel ist folglich auch dann mangels Beherrschbarkeit zufallsabhängig im Sinne der §§ 284, 287 StGB, wenn es zu Lasten einer Partei manipuliert ist, weil auch hier der Strafzweck des §§ 284, 287 StGB zum Tragen kommt³⁶³. Dies gilt für ein Spiel, das sich nach außen als (auch) zufallsabhängig darstellt, selbst wenn der Zufallseinfluss durch Manipulation tatsächlich ausgeschaltet ist³⁶⁴, aber auch für ein Spiel, das sich nach außen als

³⁵⁶ So im Ergebnis auch *Berberich*, Internet-Glücksspiel, S. 41.

³⁵⁷ BGHSt 2, 274/276 („Spiralo-Roulette“), BGHSt 11, 209 („Gratisroulette“); BGHSt 34, 171/175 = BGH NJW 1987, 851/852 („Kettenbriefaktion“); BGHSt 36, 74/80 = NJW 1989, 919 = NSTZ 2003, 372 („Hütchenspiel“).

³⁵⁸ BVerwG, GewArch 1979, 371 („Brillianten-Bingo“); BVerwG, GewArch 2002, 76/78 („Good Luck II [neu]“).

³⁵⁹ RGSt 6, 70/74; RGSt 18, 1/6; RGSt 18, 342/343; RG St 25, 256/257; RGSt 40, 21/31; RGSt 62, 163/165; RGSt 64, 355/357.

³⁶⁰ *Brandl*, Spielleidenschaft, S. 28 ff; *Klam*, Glücksspiel, S.97 ff; *Thum*, Internetglücksspiel, S. 37 ff; *LeipzKomm/Von Bubnoff*, § 284, Rn. 7; *Schönke/Schröder/Eser/Heine*, § 284, Rn. 5; *Fischer*, § 284, Rn. 4; *Lackner/Kühl*, § 284, Rn. Rn. 2.

³⁶¹ Vgl. auch die Definition in § 3 Abs. 1 „Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland“, in Kraft getreten am 01.01.2008: „Ein Glücksspiel liegt vor, wenn (...) die Entscheidung über den Gewinn ganz oder überwiegend vom Zufall abhängt. Die Entscheidung über den Gewinn hängt in jedem Fall vom Zufall ab, wenn dafür der ungewisse Eintritt oder Ausgang zukünftiger Ereignisse maßgeblich ist.“

³⁶² RGSt 62, 163/165; BGHSt 9, 39/41 („Ecarté-Spiel“)

³⁶³ RGSt 61, 12/15; BayObLG, NJW 1993, 2820/2821; *Lampe*, Jus 1994, 737/741 f; *Schönke/Schröder/Eser/Heine*, § 284, Rn. 5; *MünchKommStGB/Groeschke/Hohmann*, § 284, Rn. 7; *LeipzKomm/von Bubnoff*, § 284, Rn. 7. A.A. *Belz*, Glücksspiel, S. 78 f.

³⁶⁴ Vgl. BayObLG, NJW 1993, 2820/2821.

durch Geschick beherrschbar darstellt, tatsächlich aber aufgrund von Manipulationen nicht zu steuern ist³⁶⁵.

Entscheidend ist nicht die Frage der Beeinflussbarkeit des Geschehens an sich, sondern das Maß der Beeinflussbarkeit³⁶⁶. Es wird darauf abgestellt, ob der Zufallseinfluss „wesentlich“³⁶⁷ ist, bzw. ob der Zufall den Spielausgang „hauptsächlich“³⁶⁸ bestimmt, bzw. der Zufallsanteil „überwiegt“³⁶⁹ oder ihm „ein Übergewicht zukommt“³⁷⁰, wobei die verschiedenen Begrifflichkeiten keine unterschiedliche Bewertung des Zufallsanteils beinhalten³⁷¹.

Falls sich Geschicklichkeitselemente und Zufallselemente nicht gegenseitig bedingen, sondern in ihrer Wirkung voneinander getrennt beurteilt werden können, herrscht Einigkeit, dass ein Glücksspiel vorliegt, wenn der Zufallsanteil *allein* zu über 50 Prozent zum Spielausgang beiträgt³⁷². In den umstrittenen Fällen ist ein reiner Zufallsanteil von über 50 Prozent jedoch regelmäßig nicht feststellbar, da Geschicklichkeits- und Zufallsfaktoren typischerweise nicht nebeneinander stehen, sondern - wie bei einem Kartenspiel - miteinander vermengt sind, bzw. sich gegenseitig bedingen, wenn das Maß des Geschicks der einzelnen Spieler die Abhängigkeit vom Glück und damit auch die Relevanz des Zufalls auf den Spielausgang beeinflusst.

Als Maßstab zur Abgrenzung von Geschicklichkeitsspiel zu Glücksspiel werden daher die Spielverhältnisse zugrunde gelegt, unter denen das Spiel gewöhnlich betrieben wird³⁷³. Abzustellen ist auf das Publikum, für welches das Spiel eröffnet ist, nicht auf den besonders geübten Spieler. Ein und dasselbe Spiel kann nicht zugleich Glücksspiel und (für den geübten Spieler) Geschicklichkeitsspiel sein. Der Spielcharakter kann nur einheitlich bestimmt werden. Entscheidend sind die Fähigkeiten und Erfahrungen des Durchschnittsspielers³⁷⁴.

³⁶⁵ Vgl. Lampe, Jus 1994, 737/741 f.

³⁶⁶ Grundlegend BGHSt 2, 139/140 („Spiralo-Roulette“).

³⁶⁷ bspw. RGSt 6, 70/74.

³⁶⁸ bspw. BGH, NJW 1989, 919/920 („Hütchenspiel“).

³⁶⁹ bspw. BVerwG, GewArch 2002, 76/78 („Good Luck II [neu]“).

³⁷⁰ BGH, NStZ 2003, 372/373 („Strafbarkeit von ‚Oddset-Wetten‘“).

³⁷¹ Belz, Glücksspiel, S. 58.

³⁷² Brandl, Spieleleidenschaft, S. 31; Seelig, Gluecksspielstrafrecht, S. 46; Belz, Glücksspiel, S. 58, m.w.N.

³⁷³ RGSt 62, 163; BGHSt 36, 74/80 („Hütchenspiel“).

³⁷⁴ RGSt 41, 331/333; RGSt 43, 155/157; RGSt 62, 163/166; BGHSt 2, 274/276; BGHSt 36, 74/80 („Hütchenspiel“); BVerwG, GewArch 2002, 76/78 („Good Luck II [neu]“). Zur Kritik am Durchschnittsspieler Belz, Glücksspiel, S. 66 ff.

In jedem Fall ist das Wirken von Geschicklichkeits- und Zufallselementen nicht im Einzelspiel nachzuweisen, sondern nur durch Gesamtbetrachtung einer Reihe von Spiegängen zu beurteilen³⁷⁵.

Das Abstellen auf den Durchschnittsspieler wird insbesondere in den Fällen bedeutsam, in denen ein Spieler gegen einen (gewerbsmäßigen) Spielmacher, d.h. gegen ein Spielgerät oder einen Spielveranstalter antritt, der die Spielbedingungen vorgibt. Hier wird darauf abgestellt, inwieweit der positive Spielausgang durch durchschnittliches Geschick des Spielers tatsächlich steuerbar ist, nicht darauf, inwieweit der Spielausgang bei absolutem Geschick (theoretisch) beherrschbar wäre. Der Erfolg des Spielmachers wird auf fehlende Beherrschbarkeit des Spieles durch einen Durchschnittsspieler zurückgeführt.

Das *Bundesverwaltungsgericht* stellt bei mechanischen Spielgeräten wie einem „Kran- greiferspiel“³⁷⁶, bei dem der Spielausgang sowohl durch vom Spieler zu beeinflussende Umstände, als auch durch andere Elemente bestimmt werden kann, auf das Verhältnis der vom Spieler gewonnen Spiele zu den vom Gerät gewonnen Spielen ab³⁷⁷. Die Spiele, die das Gerät gewinnt, hätten einen „zufälligen“ Spielausgang, weil sie nicht durch durchschnittliche menschliche Leistung beherrschbar waren. Wenn der Spieler mehr als 50 Prozent der Spieler verliert, überwiege somit der Zufall oder jedenfalls die Geschicklichkeitsüberforderung³⁷⁸.

Eine Mindestgewinnquote wurde in der strafrechtlichen Rechtsprechung bereits vom *Reichsgericht* im Zusammenhang mit der Glückspieleigenschaft eines „Bajazzo- Apparates“³⁷⁹ diskutiert³⁸⁰. Diese allein könne jedoch nicht Auskunft über den Einfluss der Geschicklichkeit geben, sondern müsse noch zufallsbereinigt werden. Aufgrund der hohen Zufallstrefferquote in Geräteselbstläufen liege selbst dann noch ein Glücksspiel vor, wenn der Durchschnittsspieler jedes zweite Einzel-Spiel gewönne³⁸¹.

³⁷⁵ *Seelig*, Gluecksspielstrafrecht, S. 47; *Schilling*, GewArch 1995, 318/321; RGSt 62, 163/166 ff; BVerwG GewArch 2002, 76/78 („Good Luck II [neu]“).

³⁷⁶ Der Spieler steuert mittels eines Joysticks einen Kran und startet per Knopfdruck einen Greifvorgang, um Gegenstände im Geräteinneren zu erfassen und somit zu gewinnen.

³⁷⁷ BVerwG, Urteil vom 24.10.2001, Az.: 6 C 1.01, GewArch 2002, 76 = NVwZ 2002, 862 („Good Luck II [neu]“).

³⁷⁸ BVerwG, GewArch 2002, 76/77 f („Good Luck II [neu]“).

³⁷⁹ Bei dem streitgegenständlichen Gerät lief eine Stahlkugel durch ein Labyrinth und fiel letztendlich durch eines von sechs Löchern, um mit einem Fangbecher aufgefangen zu werden, den der Spieler durch Drehen eines Knopfes bewegen konnte.

³⁸⁰ RG, Urteil vom 18.05.1928, Az.: I 977/27, RGSt 62, 163.

³⁸¹ RGSt 62, 163/167 f.

Der *Bundesgerichtshof* betrachtet ein „Hütchenspiel“³⁸² dann als Glücksspiel, wenn ein durchschnittlicher Spielteilnehmer keine Gewinnaussichten besitzt, weil der Spielmacher „über besondere Fingerfertigkeit verfüg(t)“ und dem Spielteilnehmer „nichts anderes übrig (bleibt), als zu raten“³⁸³.

Folglich stellt die Rechtsprechung Geschicklichkeitsanforderungen, denen der durchschnittliche Spieler nicht gewachsen ist, dem Zufall gleich. Dadurch können selbst Spiele, die mathematisch-naturwissenschaftlich reine Geschicklichkeitsspiele darstellen, weil ein zufälliger Spielerfolg nicht feststellbar ist, Glücksspiele im rechtlichen Sinne sein³⁸⁴.

Unter dem Gesichtspunkt der Verhinderung der Ausnutzung des Spieltriebes sei es erforderlich, das unerreichbare Geschicklichkeitsniveau dem Zufall gleichzusetzen. Der Spieltrieb werde dadurch ausgenutzt, dass dem Spieler suggeriert werde, er könne durch Geschick das Spielgeschehen beherrschen. Diese Vorstellung sei jedoch verfehlt, wenn die Spielbedingungen tatsächlich so ausgestaltet seien, dass der durchschnittliche Spieler das Niveau nicht erreichen könne. Der Zweck der Strafandrohung des § 284 StGB sei berührt³⁸⁵.

Die Einordnung bestimmter geschicklichkeitsüberfordernder Spiele, bei denen ein Spieler mit durchschnittlichem Geschick nicht gewinnen kann, als Glücksspiele im rechtlichen Sinne, ist nicht zu beanstanden: Das Recht definiert nicht die Geschicklichkeitsspiele, sondern genehmigungsbedürftige und verbotene Glücksspiele. Geschicklichkeitsspiele werden aber nur insofern als ungefährlich und nicht regelungs- bzw. sanktionswürdig angesehen, als sich bei ihnen die Geschicklichkeit durchsetzt, also der Leistungsfähigere gewinnt. Dies trifft aber nur zu, wenn sich mindestens zwei Spieler gegenüberstehen, die nach gleichen Spielbedingungen spielen und sich gegenseitig messen. Wenn dagegen ein Spieler nach den Spielbedingungen eines Spielgerätes oder eines

³⁸² Hier wird ein Gegenstand (regelmäßig eine Kugel bzw. ein Papierkugelchen) mit einem von mehreren gleichartigen Behältnissen (regelmäßig Streichholzschachteln oder Bechern) verdeckt, woraufhin der Spielmacher die Behältnisse unter den Augen des Spielers hin- und herschiebt und den Gegenstand gegebenenfalls auch von einem Behältnis zum anderen gleiten lässt. Im Anschluss muss der Spieler aufgrund seiner Beobachtung bestimmen, unter welchem Behältnis sich der Gegenstand befindet.

³⁸³ BGH, Beschluss vom 11.01.1989, Az.: 2 StR 461/88, BGHSt 36, 74/79 („Hütchenspiel“).

³⁸⁴ Fischer, § 284, Rn. 4; BVerwG, GewArch 2002, 76/78 („Good Luck II [neu]“), vgl. auch die Ausführungen im erstinstanzlichen Urteil des VG Wiesbaden vom 10.10.1995, Az.: 5/3 E 32/94, GewArch 1996, 68/69: „Schach gegen einen Computer wird - trotz der ausschließlich von der Logik beherrschten Spielregeln - zum Glücksspiel, wenn die Bedingungen so gesetzt werden, dass der Computer seine im Programm angelegte Überlegenheit ausspielen kann und der Durchschnittsspieler deshalb auch unter Aufbringung höchster geistiger Anspannung chancenlos ist.“

³⁸⁵ BVerwG, GewArch 2002, 76/78 („Good Luck II [neu]“).

Spielveranstalters spielen muss, liegt kein Geschicklichkeitsspiel mehr vor, bei dem sich die bessere menschliche Leistung durchsetzt. Der Spielmacher (als Spielveranstalter oder Spielgerät) kann das Geschicklichkeitsniveau beliebig fest- und so hoch ansetzen, dass er regelmäßig bzw. so gut wie immer gewinnt. Der Spielausgang ist dann für den Spieler nicht mehr beherrschbar und damit zufällig im rechtlichen Sinn. Im Gegensatz zu reinen Glücksspielen, deren Spielausgang offensichtlich durch Geschick nicht beeinflussbar ist, kann den Spieler bei vermeintlich durch Geschick beeinflussbaren, tatsächlich aber nicht beherrschbaren „Geschicklichkeitsspielen“ zusätzlich der falsche Eindruck antreiben, eine echte Einflussmöglichkeit auf den Spielausgang zu besitzen oder durch wiederholtes Spielen zu erlangen. Solche vermeintlich beherrschbaren Spiele können höhere Manipulations- und Suchtgefahren in sich bergen als reine Glücksspiele.

2. Konsequenzen für Spiele (nur) mit Quizfragen

Nur auf den ersten Blick kann man bei Spielen mit „Quizfrage“ auf eine „durch Wissen zu lösende“ Spielaufgabe schließen und von einem Geschicklichkeitsspiel bzw. einem Geschicklichkeitselement ausgehen. Der Zufallseinfluss hängt vom Typus der gestellten Fragen ab:

a) Spiele mit Ratefragen

Gewinnspiele, bei denen nicht Wissensfragen zu lösen sind, sondern Ratefragen beantwortet werden müssen, sind im Spielausgang regelmäßig wesentlich zufallsabhängig. Ratefragen zeichnen sich durch mehrere nach den Denkgesetzen logische Lösungen aus oder besitzen überhaupt keine der Logik zugängliche Lösung. Der Kandidat muss hier nicht raten, weil er „nichts kann“ oder „zu wenig weiß“, sondern weil er die vom Spielmacher „als richtig ausgewählte“ Lösung nicht kennen kann³⁸⁶. Das Zufallselement des Spielausgangs ergibt sich daraus, dass der Kandidat neben seinem Wissen und seinen Fähigkeiten vor allem darauf angewiesen ist, aus einer Vielzahl von Lösungsmöglichkeiten, die nach den Denkgesetzen logisch und damit richtig sind, genau diejenige zufällig auszuwählen und zu nennen, die auch der Aufgabensteller „zufällig als richtig“ auserkoren hat. Das Zufallselement liegt in der Entscheidung des Spielveranstalters, aus allen grundsätzlich gleichwertigen, logischen denkbaren und somit richtigen Lösungen

³⁸⁶ Beispiel: „Welche Worte mit suchen wir?“, wobei nur die zufällig vorausgewählten gewinnen („suchen wir“). Ein Geschicklichkeitsspiel läge vor, wenn alle existierenden Worte belohnt würden, die Fragestellung also hieße: „Welche Worte mit... gibt es?“ bzw. „Nennen Sie ein Wort mit ...“.

nur einzelne zu belohnen. Bereits dann, wenn weniger als jede zweite, nach den Denkgesetzen richtige Lösung zu einem Spielgewinn führt, trägt der reine Zufall wesentlich - namentlich mit über 50 Prozent - zum Spielausgang bei. Das Finden „einer“ richtigen Lösung kann dann zwar durchaus Geschick erfordern, wesentlich ist aber, dass die Nennung gerade „der“ richtigen Lösung rein zufällig ist.

Ernst meint dagegen, auch das Finden der einen, als richtig ausgewählten Lösung sei durch Geschicklichkeit zu bewältigen und „nicht zufällig“, weil man sich unter Berücksichtigung der „falschen Lösungen anderer Teilnehmer“ die Aufgabenstellung bzw. die verlangte Lösung erschließen könne³⁸⁷.

Diese Argumentation ist jedoch unzulässig, weil sie den Blick nicht auf den relevanten Durchschnittspieler bei Spieleröffnung, sondern auf den abwartenden Idealspieler richtet, der auf die Fehlversuche anderer Spieler angewiesen ist. Im übrigen muss auch die Beobachtung des Spielgeschehens nicht zur Ermittlung der „richtigen Lösung“ führen, wenn die Lösungsmöglichkeiten gegen unendlich gehen oder die Aufgabenstellung und der Lösungsweg trotz Beobachtung des Spielgeschehens nicht nachvollziehbar ist.

Nicht haltbar ist auch die Auffassung des *Reichsgerichts*, wonach das Finden der vom Aufgabensteller geforderten Antwort auf eine Rätselaufgabe mit einer gegen die Logik verstoßenden bzw. falschen Lösung deshalb nicht zufallsabhängig sei, weil „durch Aufstellung einer falschen Rätselaufgabe immer nur eine dem Zweck nach nicht vom Zufall, sondern vom Denken abhängige Einrichtung hergestellt“ werde³⁸⁸. Richtig ist an dieser Feststellung nur, dass das Finden einer von mehreren Lösungen auch durch Geschick bzw. das Finden einer falschen Lösung auch durch Denken unter Missachtung der Denkgesetze zustande kommt. Falsch wäre aber die Schlussfolgerung, wonach dadurch der Einfluss des Zufalls auf den Spielausgang unwesentlich oder gar ausgeschlossen sei³⁸⁹. Der aufmerksame durchschnittliche Spieler wird bei Stellung einer Quizaufgabe mit einer der Logik zugänglichen Lösung nämlich diese richtige Lösung nennen und trotz des aufgewendeten Geschicks verlieren, wenn eine andere, unlogische Lösung belohnt wird. Der Einfluss auf den Spielausgang mittels seiner geistigen Fähigkeiten ist ihm dadurch entzogen.

³⁸⁷ *Ernst*, MMR 2005, 735/739.

³⁸⁸ Reichsgericht, Urteil vom 08.10.1926, Az.: I381/26, RGSt 60, 385/388 f.

³⁸⁹ Das Reichsgericht lässt die Frage des wesentlichen Zufallseinflusses im Ergebnis offen und verneint die Strafbarkeit, weil die Teilnehmer jedenfalls nicht gewusst hätten, dass der Zufall zur Gewinnerlangung notwendig war, wodurch keine (damals strafbarkeitsbegründenden) Spielverträge zustande gekommen seien.

Folglich sind Spielvarianten mit Ratefragen wie „Welche Worte mit ... suchen wir?“, allein aufgrund der Aufgabenstellung wesentlich zufallsabhängig, ohne dass es auf den zusätzlichen Einfluss der im Rundfunk praxisüblichen Vorzählfaktorentscheidung oder Gewinnerauslosung ankäme³⁹⁰.

b) Spiele mit Wissensfragen

Spiele mit Wissensfragen stellen regelmäßig keine Zufallsspiele dar, sofern sie nicht mit Zufallelementen wie einer Kandidatenvorauswahl oder einer Gewinnerauslosung verbunden sind³⁹¹. Der Spielerfolg hängt von menschlicher Leistung ab, die „zufällig“ richtige Beantwortung einer Wissensfrage ist nicht denkbar bzw. mathematisch nicht nachweisbar³⁹². Eine Ausnahme besteht, wenn Antwortalternativen vorgegeben werden. Bei Quizfragen mit beispielsweise vier Antwortmöglichkeiten lässt sich ein zufälliger Spielerfolg mit 25 Prozent beziffern, bei nur zwei Antwortalternativen liegt die rechnerische Zufallstrefferquote bereits bei 50 Prozent. Trotzdem kann in solchen Fällen nicht von Ratefragen im hier definierten Sinne gesprochen werden, weil der Spieler nach den Spielbedingungen nicht *trotz* der Erbringung des geforderten Geschicks zwingend raten *muss*, um zu gewinnen, sondern *anstelle* der Erbringung des geforderten Geschicks raten *kann*³⁹³. Die Fragen und das Spiel bleiben also durch Geschick beherrschbar, auch wenn sie die grundsätzliche Möglichkeit bieten, ohne Geschick zur richtigen Antwort und damit zum Spielgewinn zu gelangen.

Unter Übertragung der oben gefundenen Ergebnisse hinsichtlich der Bestimmung des „wesentlichen Zufallseinflusses“ unter Beachtung der höchstrichterlichen Rechtsprechung des *BGH* in der „Hütchenspiel“-Entscheidung³⁹⁴ und des *BVerwG* in der „Kran-

³⁹⁰ Außerhalb der Rundfunksendung - etwa im Videotext - werden solche Spiele auch ohne zusätzliches Zufallselement angeboten, indem die Teilnehmer eine SMS mit ihrem Lösungsvorschlag senden und unmittelbar per Rückantwort mitgeteilt bekommen, ob sie ein vorausgewähltes Wort erraten und somit gewonnen haben. Zur Kombination von Quizfragen mit zufälliger vorgeschalteter Kandidatenauswahl oder sich anschließender Gewinnerauslosung sogleich unter Ziffer 3.

³⁹¹ Zwar ist in der aktuellen Spiel-Praxis neben der Quizfrage regelmäßig noch mindestens ein Zufallselement zu überwinden. Grundsätzlich sind aber auch Spielvarianten denkbar, etwa über Premium-Rate („0900“) -Nummerngassen, bei denen der Anrufer durch ein Dialogsystem mit Quizfragen geführt wird, deren richtige Beantwortung dann direkt zu einem Gewinn führt.

³⁹² *Ernst*, ITRB, 2006, 86/69, stellt die Frage: „Ist es ‚Glück‘, dass jemand ‚zufällig‘ die richtige Antwort weiß? Wohl kaum.“

³⁹³ *Kleinschmidt*, MMR 2003, 654/656 bezeichnet dagegen auch Fragen, die theoretisch allein mit Wissen zu beantworten sind, faktisch aber mit üblichem Geschick offensichtlich nicht zu beantworten sind, als Ratefragen, weil der Kandidat letztendlich raten müsse, da er die Antwort nicht kennen könne. Hier bietet es sich aber an, den von der Rechtsprechung geprägten Begriff der „Geschicklichkeitsüberforderung“ zu übernehmen und damit von offensichtlich geschicklichkeitsüberfordernden Fragen bzw. Fragen mit unerreichbarem Wissensniveau zu sprechen.

³⁹⁴ BGHSt 36, 74 ff („Hütchenspiel“).

greiferspiel“ - Entscheidung³⁹⁵ kommt man aber ausnahmsweise auch bei der Stellung von Quizfragen durch einen Spielmacher an einen Spielteilnehmer zu einem zufallsabhängigen Glücksspiel. Und zwar dann, wenn der Durchschnittsspieler mithilfe seines Geschicks so gut wie keinen Einfluss auf den Spielausgang hat, weil eine offensichtliche Geschicklichkeitsüberforderung vorliegt, die der Spielveranstalter bezweckt, indem er das erforderliche Wissensniveau auf eine unerreichbare Stufe stellt. Der Spielausgang ist für den Durchschnittsspieler nicht durch Geschick beherrschbar und damit „rechtlich zufällig“. Zu diesem Ergebnis wird man jedoch nur in besonders krassen und offensichtlichen Fällen kommen, die sich bei Fragen ohne Antwortalternativen dadurch auszeichnen, dass der Durchschnittsspieler so gut wie immer verliert und die bei Fragen mit Antwortmöglichkeiten dadurch erkennbar sind, dass die durchschnittliche Gewinnquote der rechnerischen Zufallstrefferquote entspricht.

Dagegen können „zu einfache“ Fragen ein Wissensquiz nie zu einem zufallsabhängigen Glücksspiel machen, sofern nicht weitere zufallsabhängige Spielelemente wie eine Kandidatenvorauswahl oder eine nachträgliche Gewinnerauslosung hinzutreten³⁹⁶. Auch die korrekte Beantwortung rhetorischer Fragen, die „jedermann“ beantworten kann, ist selbstverständlich kein „Zufall“. Schließlich stellt das Recht gewissermaßen auf die Fähigkeiten von und die Beherrschbarkeit durch „Jedermann“ ab, wenn es nach dem Durchschnittsspieler fragt. Selbst wenn eine Wissensfrage also öffentlich gestellt wird und die richtige Antwort recherchiert werden kann, bevor sie zu geben ist, entscheidet nicht der Zufall oder das Glück, sondern allein die fehlerfreie Recherche und damit das Geschick.

3. Konsequenzen für Spiele, die aus Quizfrage und reinen Zufallselementen kombiniert sind

Werden Spiele mit Quizfragen - wie in allen aktuellen Erscheinungsformen im Rundfunk - mit einer zufallsabhängigen Kandidaten- und / oder Gewinnerauswahl kombiniert, ist eine differenzierte Einordnung angezeigt. Man kann das Spielgeschehen in diesen Fällen in den Spielabschnitt „Beantwortung einer Quizfrage“ und die Spielabschnitte „Kandidatenauswahl“ bzw. „Gewinnerauswahl“ teilen. Ob ein Glücksspiel im rechtlichen Sinn vorliegt, muss in der Gesamtbetrachtung des Spielgeschehens und da-

³⁹⁵ BVerwG, GewArch 2002, 76 ff („Good Luck II [neu]“).

³⁹⁶ Richtigerweise stellt auch *Ernst*, MMR 2005, 735/739 und ITRB 2006, 86/89, fest, dass es „zu einfache“ Fragen nicht gibt. Fälschlicherweise lehnt er den zufälligen Spielausgang aber auch dann generell ab, wenn neben der einfachen Frage noch eine Zufallsentscheidung Gewinnvoraussetzung ist.

nach beurteilt werden, welches Spielelement überwiegt. Dies gilt unabhängig davon, ob die Zufallselemente der Beantwortung einer Quizfrage vor- oder nachgeschaltet sind. Ob sich an eine entgeltliche Verlosung ein unentgeltliches Geschicklichkeitsspiel anschließt oder an ein entgeltliches Geschicklichkeitsspiel eine unentgeltliche Verlosung, macht rechtlich keinen Unterschied. Entscheidend ist und bleibt, dass der ausgelobte und angestrebte Spielgewinn in beiden Spielmodellen nur durch eine Kombination beider Spielelemente realisierbar ist. Folglich ist eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen³⁹⁷. Der Spielteil „Beantwortung einer Quizfrage“ ist grundsätzlich³⁹⁸ allein durch Geschick zu meistern, die Spielteile „Kandidatenvorauswahl“ und „Gewinnerauslosung“ sind ausschließlich mithilfe von Zufall zu bewältigen. Der Spieler kann folglich nie *allein* durch Geschick gewinnen. Für den Spielgewinn ist immer *auch* Glück (als Zufallsentscheidung im Sinne des Spielers) kausal. *Verlieren* kann er dagegen *trotz* Aufbringung des erforderlichen Geschicks nur durch Pech (als Zufallsentscheidung zuungunsten des Spielers), wenn er die Frage zwar beantworten könnte bzw. richtig beantwortet hat, aber an der zufälligen Kandidatenvorauswahl bzw. der anschließenden Gewinnerauslosung scheitert. Dies allein spricht schon für den wesentlichen Einfluss des Zufalls auf das Gesamtgeschehen. Trotzdem wird nach Wiedergabe des Meinungsstandes detailliert auf die unterschiedlichen Zufallselemente eingegangen, die in der Spielpraxis mit Wissensfragen verknüpft werden.

a) Der Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur

Das *OLG Düsseldorf*³⁹⁹ und das *AG Mönchengladbach*⁴⁰⁰ bejahen ein zufallsabhängiges Glücksspiel, wenn jeder tausendste, zehntausendste, hunderttausendste und millionste Anrufer einer 0190-Rufnummer zum Preis von 3,6 DM pro Minute eine Quizfrage richtig beantworten muss, um einen Preis zu gewinnen⁴⁰¹. Es mache im Ergebnis keinen

³⁹⁷ So auch OLG Düsseldorf, Urteil vom 23.09.2003, Az.: I - 20 U 39/03, Magazindienst 2005, 919 ff, II. 5. c) bb) und die Erläuterungen zu § 3 im Entwurf (Stand: 14.12.2006) zum Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland (Glücksspielstaatsvertrag - GlüStV), die sich ausdrücklich auch auf „Telefongewinnspiele in Fernsehen und Hörfunk“ beziehen, „bei denen zunächst ein Zufallsgenerator über die Weiterschaltung der Anrufe in das Studio entscheidet.“

³⁹⁸ Sofern keine Ratefragen oder Wissensfragen mit unerreichbarem Wissensniveau gestellt werden.

³⁹⁹ OLG Düsseldorf, Urteil vom 23.09.2003, Az.: I - 20 U 39/03, Magazindienst 2005, 919 ff.

⁴⁰⁰ AG Mönchengladbach, Urteil vom 27.03.2003, Az.: 13 Ds / 102 Js 989/01 - 162/02, abrufbar unter <http://www.gluecksspiel-und-recht.de/urteile/Amtsgericht-Moenchengladbach-20030327.html> (Stand: 22.09.2007).

⁴⁰¹ Beiden Urteilen liegt der gleiche Sachverhalt zugrunde. Das AG Mönchengladbach entschied über die Strafbarkeit der Spielveranstaltung, das OLG Düsseldorf über die Wettbewerbswidrigkeit. Die Wettbewerbswidrigkeit wurde wegen eines tatbestandlich vorliegenden Glücksspiels bejaht, die Strafbarkeit wegen eines Tatbestandsirrtums verneint, da die Angeklagten vor der Veranstaltung ein Rechts-

Unterschied, „ob man ein reines Glücksspiel veranstaltet, oder ob man auf ein Glücksspiel (mit der geringen Chance der Teilnahme an einem Geschicklichkeitsspiel als Gewinn) noch ein Geschicklichkeitsspiel ‚aufsattelt‘“⁴⁰². Bei solchen kombinierten Spielen sei nicht „einzig auf die so genannte Gewinnstufe abzustellen“, vielmehr müsse „die Frage des Gewinnenkönnens für jeden Spieler gleich gelagert sein (...), unabhängig davon, ob er der erste, der fünfunddreißigste, der zweihundertsiebenundzwanzigste, der neunhundertneunundneunzigste oder der tausendste ist“⁴⁰³.

Auch die vorherrschende Literaturmeinung nimmt an, dass Spiele mit Quizfragen über Mehrwertnummern überwiegend zufallsabhängig sind, wenn sich die Kandidaten vor Beantwortung einer Frage der Vorauswahl eines Zufallsgenerators unterwerfen müssen⁴⁰⁴. Dies soll unabhängig von der Durchlassrate des Vorzählfaktors⁴⁰⁵ und vom Schwierigkeitsgrad der gestellten Spielaufgaben⁴⁰⁶ gelten, weil die zufällige Vorauswahl das Gesamtgeschehen in jedem Fall präge. Auch bei Spielen ohne Vorschaltung eines Vorzählfaktors werde der Spielablauf regelmäßig vom Zufall dominiert, weil die Gewinnentscheidung aufgrund der Vielzahl der Teilnehmer mit richtiger Lösungsantwort letztendlich von der anschließenden Gewinner-Auslosung - d.h. der Nachschaltung einer Zufallsentscheidung - abhängig sei⁴⁰⁷.

Nach anderer Auffassung ist der Geschicklichkeitsteil in Form der Quizfrage das wesentliche Element des Gesamtgeschehens. Ein Wissensquiz werde nicht zum Glücksspiel, weil ein technischer Auswahlfilter vorgeschaltet sei, oder eine Auslosung nachfolge. Letztendlich würden die persönlichen Fähigkeiten den Ausschlag geben, ob der ausgelobte Gewinn erlangt wird⁴⁰⁸.

anwaltsgutachten eingeholt hatten, dass das Spiel als Geschicklichkeitsspiel einordnete.

Vgl. auch LG Freiburg, Urteil vom 12.05.2005, Az.: 3 S 308/04, MMR 2005, 547, das nur die Erheblichkeit des Einsatzes diskutiert und damit offensichtlich von der Zufallsabhängigkeit ausgeht.

⁴⁰² OLG Düsseldorf, Urteil vom 23.09.2003, Az.: I - 20 U 39/03, Magazindienst 2005, 919 ff, II. 5. b) bb).

⁴⁰³ AG Mönchengladbach, Urteil vom 27.03.2003, Az.: 13 Ds / 102 Js 989/01 - 162/02, abrufbar unter <http://www.gluecksspiel-und-recht.de/urteile/Amtsgericht-Moenchengladbach-20030327.html> (Stand: 22.09.2007).

⁴⁰⁴ *Eichmann/Sörup*, MMR 2002, 142/143; *Odenthal*, GewArch 2002, 315/316; *Kleinschmidt*, MMR 2004, 654/656; *Berberich*, Internet-Glücksspiel, S. 41; *Hecker/Ruttig*, GRUR 2005, 393/397; *Schulz*, CR 2006, 164/166; *Gabriel/Barth*, VuR 2006, 301; *Volk*, Glücksspiel, S. 39.

⁴⁰⁵ *Schulz*, CR 2006, 164/166.

⁴⁰⁶ *Kleinschmidt*, MMR 2004, 654/656; *Hecker/Ruttig*, GRUR 2005, 393/397.

⁴⁰⁷ *Odenthal*, GewArch 2002, 315/316; *Bahr*, WRP 2002, 501/506; *Eichmann/Sörup*, MMR 2002, 142/143.

⁴⁰⁸ *Albert/Müller*, MMR aktuell, 12/2004, V/V f; *Ernst*, MMR 2005, 735/739 und ITRB 2006, 86/89.

Nach wiederum anderer Ansicht soll der Zufallseinfluss auch bei kombinierten Spielen vom Niveau der Fragen und dem Schwierigkeitsgrad der Aufgaben abhängen⁴⁰⁹. Laut *Bahr* stehen Zufallselement und Geschicklichkeitselement „gleichberechtigt nebeneinander“, wenn die Quizfrage „nicht nur vorgeschoben“ ist, sondern eine „ernsthafte Hürde“ darstelle, da „pures Glück“ erforderlich sei, gerade der ausgewählte Anrufer zu sein, aber „auch Geschicklichkeit“ notwendig wäre, um die Quizfrage zu beantworten und zu gewinnen⁴¹⁰. Zur Demonstration der Gleichwertigkeit zwischen Glück und Zufall bildet *Bahr* ein Beispiel, bei dem jeder 500. Anrufer eine Quizfrage beantworten darf, um bei richtiger Lösung den ausgelobten Preis zu erhalten⁴¹¹.

b) Die eigene Einordnung

Die folgenden Ausführungen sind für die Bestimmung der Zufallsabhängigkeit des Spieldausgangs kombinierter mehrwertgebührenpflichtiger Gewinnspiele nur relevant, wenn diese ein echtes Geschicklichkeitselement enthalten, also Quizfragen, die weder Ratefragen darstellen, noch ein offensichtlich nicht zu erreichendes Wissensniveau verlangen, da ansonsten schon in der Einzelbetrachtung Zufallspiele im rechtlichen Sinn anzunehmen wären (s.o.). Darüber hinaus erleichtern sie die Abgrenzung des Geschicklichkeitsspiels zum Zufallspiel, wenn ohne Rücksicht auf die konkreten Quizfragen in der Gesamtbetrachtung bereits das rein zufallsabhängige Spielelement überwiegt.

aa) *Die klassische Anrufbeantworter-Variante*

Bei Spielen in der Anrufbeantworter-Variante ohne unmittelbare Anruferabweisung ist das Zufallselement der Gewinnerauslosung dem Geschicklichkeitselement der Beantwortung der Quizfrage nachgeschaltet, sofern - wie üblich - weniger Gewinne zur Verfügung gestellt werden, als sich Teilnehmer mit der richtigen Lösungsantwort registriert haben.

Der Spieldausgang wird in der Einzelbetrachtung nur durch fehlendes Geschick bestimmt, wenn der Teilnehmer die Quizfrage falsch beantwortet. Auf die anschließende zufallsabhängige Auslosung kommt es nicht mehr an. Der Spieldausgang wird dagegen durch Zufall und Geschick bestimmt, wenn der Anrufer die richtige Lösung hinterlassen hat. Der Zufall ist somit nicht für jeden Spieldausgang relevant. Der Spieler kann auch

⁴⁰⁹ *Bahr*, Glücks- und Gewinnspielrecht Rn. 669, WRP 2002, 501/506 und ISA-Casinos 2004, 2, c); *Kreile*, in: zu Salm, S. 205 f;

⁴¹⁰ *Bahr*, Glücks- und Gewinnspielrecht Rn. 669, WRP 2002, 501/506 und ISA-Casinos 2004, 2, c).

⁴¹¹ Vgl. *Bahr*, Glücks- und Gewinnspielrecht Rn. 669.

ohne Zufallseinfluss verlieren. Entscheidend ist jedoch, dass er nicht ohne eine Zufallsentscheidung in seinem Sinne („Glück“) gewinnen kann. Hieraus folgt aber auch, dass (fehlendes) Geschick für jeden Spielausgang mitursächlich ist. Das Geschicklichkeits- element „Beantwortung der Quizfrage“ und das Zufallselement „Gewinnerauslosung“ sind hinsichtlich ihres Einflusses auf den positiven Spielausgang nicht klar voneinander zu trennen. Der Einfluss des Zufalls hängt davon ab, wie viele Teilnehmer sich um die Preise bewerben und wie viele den Geschicklichkeitsanforderungen gewachsen sind. Der Zufall gewinnt grundsätzlich umso mehr an Einfluss, je geringere Anforderungen an das Können gestellt werden, bzw. je weniger Differenzierungsmöglichkeiten die Geschicklichkeitsanforderungen bieten bzw. je weniger Spieler trotz Nennung der richtigen Lösungsantwort aufgrund der Spielbedingungen zu Spielgewinnern werden. Je mehr Teilnehmer die Geschicklichkeitsanforderungen erfüllen, umso größeren Einfluss gewinnt das Glück, das notwendig ist, um als Gewinner ausgelost zu werden.

Der mögliche Einwand, dass hier sowohl die „zu leichte“ Quizfrage zur Annahme eines Glücksspiels führt, als auch die „zu schwere“ Quizfrage wegen Geschicklichkeitsüberforderung, ist nur auf den ersten Blick widersprüchlich. Entscheidend für den hohen Einfluss des Zufalls ist nämlich nicht in erster Linie der fehlende Schwierigkeitsgrad der Quizfrage, sondern die Tatsache, dass nach den Spielbedingungen regelmäßig nur wenige Spieler trotz Nennung der richtigen Lösungsantwort zu Spielgewinnern werden, weil die Spielveranstalter vor allem aufgrund der Sensation des hohen Gewinns⁴¹² wenige hochwertige Preise anstelle von vielen kleinen vergeben. Somit macht der Spielveranstalter aufgrund seiner Spielbedingungen auch die Teilnehmer massenhaft zu Verlierern, die die Geschicklichkeitsanforderungen erfüllen. Der Zufall ist wesentliches Spielelement, nicht wegen der „zu leichten“ Quizfrage, sondern wegen der Möglichkeit, das Spiel nach den vom Veranstalter vorgegebenen Spielbedingungen trotz Erfüllung der Geschicklichkeitsanforderungen zu verlieren.

Das Verhältnis von Zufallseinfluss zu Geschicklichkeitseinfluss auf den Spielausgang kann man in diesen Fällen wie folgt bestimmen: Der Einfluss der Geschicklichkeit in Form der richtigen Beantwortung der Wissensfrage ist ins Verhältnis zum Einfluss des Zufalls im Rahmen der Gewinnerauslosung zu setzen. Der Zufall trägt im durchschnittlichen Einzelspiel des Spielers gegen den Veranstalter dann mit über 50 Prozent zum

⁴¹² Das Spielverhalten und insbesondere die Bereitschaft zur Spiel-Teilnahme steigt regelmäßig mit dem Wert der ausgelobten Gewinne, vgl. hierzu: dieses Kapitel, IV, 1, a.

Spielausgang bei, wenn mehr als jeder zweite Spieler, der die Geschicklichkeitsanforderungen erfüllt hat und die richtige Lösungsantwort genannt hat, das Spiel dennoch verliert, weil er an der Gewinnerauslosung scheitert.

Dies ist zwar erst nach Durchführung des Spiels und damit *ex post* rechnerisch genau zu bestimmen. Allerdings ist bei allen herkömmlichen Spielmodellen, die auf eine Verlosung abzielen, weil in der Öffentlichkeit ein Preis (bzw. wenige Preise) unter Stellung einer Quizfrage für eine Vielzahl von Teilnehmern ausgelobt wird (bzw. werden), bereits *ex ante* ersichtlich, dass aufgrund der Vielzahl der Mitspieler mit der richtigen Antwort der Gewinn (bzw. die Gewinne) letztendlich per Zufallsentscheid verlost wird (bzw. werden) und viele Spieler verlieren werden, obwohl sie die Geschicklichkeitsanforderungen erfüllen werden.

bb) Spiele in der Anrufbeantworter-Variante mit Vorzählfaktor oder der Hot Button - Variante

Das Zufallselement ist dem Geschicklichkeitselement hier vorgeschaltet⁴¹³. Dadurch steht das Zufallselement „Kandidatenvorauswahl“ dem Geschicklichkeitselement „Beantwortung von Quizfragen“ völlig autark gegenüber. Im ersten Abschnitt entscheidet allein der Zufall, im zweiten grundsätzlich⁴¹⁴ allein das Geschick.

Der Spielausgang wird im Einzelspiel insgesamt nur durch den Zufall beeinflusst, wenn der Spieler an der Kandidatenvorauswahl scheitert. In diesem Fall ist sein potentielles Wissen in keiner Weise kausal für den Spielausgang. Der Spielausgang wird erst dann auch durch Können bestimmt, wenn der Anrufer zum Kandidaten wird. Der Zufall spielt demnach für jeden Spielausgang eine Rolle, das Geschick nicht. Auf das Geschicklichkeitselement „Quizfrage“ kommt es in der Gesamtbetrachtung des Spiels mit Kandidatenvorauswahl und Gewinnfrage überhaupt nicht an, wenn die Mehrheit der Teilnehmer das Einzelspiel bereits aufgrund der aleatorischen Vorauswahl verliert. Der Zufall dominiert das Gesamtgeschehen dann in jedem Fall.

Nicht zulässig ist dagegen das Abstellen auf den bereits ausgewählten Anrufer, anstelle der Berücksichtigung des durchschnittlichen Teilnehmers, um dann zu dem Ergebnis zu kommen, das Geschicklichkeitselement trage mindestens fünfzig Prozent zum *positiven*

⁴¹³ Die Anrufbeantwortervariante mit festem Vorzählfaktor besteht faktisch aus zwei Zufallselementen. Das Zufallselement des Vorzählfaktors lässt nur jeden „x“-ten Anrufer auf eine Registrierungsplattform leiten, das Zufallselement der Kandidaten- bzw. Gewinnerauslosung entscheidet, wer von den Anrufern, die den Vorzählfaktor überwunden haben, letztendlich gewinnen.

⁴¹⁴ Sofern keine Ratefragen oder Wissensfragen mit unerreichbarem Wissensniveau gestellt werden.

Spielausgang bei⁴¹⁵. Missachtet wird, dass alle anderen Anrufer, die an der Vorauswahl scheitern, überhaupt keinen Einfluss auf den Spielausgang besitzen und der Zufall in diesen Spielen zu hundert Prozent zum *negativen* Spielausgang beiträgt.

Wenn also mehr als fünfzig Prozent der anrufenden Teilnehmer an der Kandidatenvorauswahl scheitern, weil der Vorzählfaktor weniger als jeden zweiten Anrufer zur Beantwortung der Quizfrage zulässt, ist der Spielausgang bereits in über fünfzig Prozent der Fälle *allein* vom Zufall abhängig. Die rein aleatorische Kandidatenvorauswahl überwiegt das Gesamtgeschehen, sodass ein Zufallsspiel vorliegt⁴¹⁶.

4. Ergebnis

Gewinnspiele mit Quizfragen sind wesentlich zufallsabhängig, wenn (alternativ)

- der Spielmacher dem Kandidaten Ratefragen stellt und weniger als 50 Prozent der aus logischer Sicht richtigen Antworten zu einem Spielgewinn führen;
- der Spielmacher dem Kandidaten Wissensfragen stellt, die ein Wissensniveau verlangen, das ein durchschnittlicher Spieler offensichtlich nicht erreichen kann, wodurch er bei Fragen ohne Antwortalternativen nahezu immer verliert und bei Fragen mit Antwortalternativen nicht über die nachweisbare Zufallstrefferquote hinauskommt;
- unabhängig von Typus und Schwierigkeitsgrad der Fragen mehr als 50 Prozent der Spieler das Spiel verlieren, weil sie von einem Zufallsgenerator (Vorzählfaktor) abgewiesen werden, bevor eine Quizfrage zu beantworten ist;
- unabhängig von Typus und Schwierigkeitsgrad der Fragen mehr als 50 Prozent der Spieler, die richtige Antwort auf die Quizfrage gegeben haben, das Spiel aufgrund einer sich anschließenden Gewinnerauslosung dennoch verlieren.

⁴¹⁵ So aber ausdrücklich *Bahr*, Rn. 669; *Albert/Müller*, MMR aktuell, 12/2004, V f; *Ernst*, MMR 2005, 735/739.

⁴¹⁶ Im Ergebnis ebenso AG Mönchengladbach, Az.: 13 Ds / 102 Js 989/01 - 162/02, abrufbar unter <http://www.gluecksspiel-und-recht.de/urteile/Amtsgericht-Moenchengladbach-20030327.html> (Stand: 22.09.2007).

III. Der Einsatz für die Gewinnchance

Voraussetzung für die Bejahung eines Glücksspiels im strafrechtlichen Sinne ist, dass Vermögenswerte „als Einsatz“ für die Aussicht auf einen möglichen Gewinn geleistet werden.

1. Die Definition des Einsatzes

In der „Kettenbriefaktion“ - Entscheidung⁴¹⁷ setzte sich der *BGH* näher mit der Abgrenzung des strafrechtlich relevanten Einsatzes von sonstigen Vermögensaufwendungen im Zusammenhang mit Spielen auseinander: Einsatz ist danach jede Leistung, „die erbracht wird in der Hoffnung, im Falle des ‚Gewinne(n)s‘ eine gleiche oder höherwertige Leistung zu erhalten, und in der die Befürchtung mitschwingt, dass er im Falle des ‚Verlierens‘ dem Gegenspieler oder dem Veranstalter anheim fällt“⁴¹⁸. Der Einsatz ist ein Vermögenswert, der bewusst für die Beteiligung an den Gewinnaussichten geopfert wird und im unmittelbaren Zusammenhang mit der Gewinnchance steht⁴¹⁹. Abzugrenzen ist der Einsatz, von einem „in jedem Fall verlorenen Betrag“, der mit dem eigentlichen Spiel nicht zu tun hat, sondern lediglich die „Mitspielberechtigung gewährt“, wie etwa der „Eintritt in eine Spielbank“⁴²⁰.

2. Konsequenzen für Mehrwertgebühren

Vereinzelte Stimmen in der Literatur wollen Mehrwertgebühren grundsätzlich die Eignung als Einsatz absprechen⁴²¹: Die Mehrwertgebühren würden nicht für die Gewinnaussicht geopfert, sondern seien Mittel zur Ermöglichung der Teilnahme und nur als Registrierungskosten bzw. für die Übertragungsleistung beachtlich⁴²². *Ernst* knüpft an

⁴¹⁷ *BGH*, Beschluss vom 29.09.1986, Az.: 4 StR 148/86 („Kettenbriefaktion“), *NJW* 1987, 851 = *BGHSt* 34, 171: Teilnehmer an der Kettenbriefaktion konnten eine Liste mit 12 Namen und einer Broschüre mit den Spielregeln gegen Zahlung von 100 DM zu erwerben. Der Betrag war an die auf Platz 1 der Liste aufgeführte Person zu leisten. Der neue Teilnehmer durfte dafür deren Namen von der Liste streichen und seinen eigenen Namen auf Platz 12 der Liste anfügen. Die so veränderte Liste sollte er sodann an zwei weitere Personen übergeben, die ihm dafür jeweils 100 DM zahlen sollten. Der *BGH* lehnte die Einsatzqualität der jeweiligen Zahlungen ab.

⁴¹⁸ *BGH*, *NJW* 1987, 851/852 („Kettenbriefaktion“).

⁴¹⁹ A.A. *OLG Karlsruhe*, *NJW* 1972, 1963/1964, das nur einen „engen Zusammenhang“ verlangte, wodurch Zahlungen für einen Kettenbrief als Einsatz qualifiziert werden konnten.

⁴²⁰ *BGH*, *NJW* 1987, 851/852 („Kettenbriefaktion“). Ebenso: *BayObLG*, *GRUR* 1991, 245/246; *OLG Celle* *NJW* 1996, 2660/2661.

⁴²¹ *Böhm*, *Sprachmehrwertdienste*, S. 278; *Summerer*, *SpuRt* 1999, 117/118; *Ernst*, *MMR* 2005, 735/741 und *NJW* 2006, 186/188 (aus zivilrechtlicher Sicht), sowie *Sensburg*, *BB* 2002, 126/129 (aus steuerrechtlicher Sicht), der die anfallenden Mehrwertgebühren nicht als Einsatz betrachtet, sondern „insgesamt der Telefonrechnung“ zurechnet, weil auch der Zeitungspreis nicht zu einem Bruchteil dem Preisrätsel in der Zeitung zugerechnet werden könne.

⁴²² So *Böhm*, *Sprachmehrwertdienste*, S. 278 und *Summerer*, *SpuRt* 1999, 117/118.

die Terminologie des *BGH* in der „Kettenbriefaktion“ - Entscheidung an und meint, Telefongebühren bei Gewinnspielen über Mehrwertnummern fielen „in jedem Fall“ an und hätten mit dem eigentlichen Spiel nichts zu tun, vielmehr sei die Situation vergleichbar mit dem „Eintrittsgeld in den Spielsaal“, „wenn auch für jede Teilnahme gesondert“⁴²³.

Gegen die Einordnung als Eintrittsgeld spricht bei Spielen über Mehrwertnummern mit unmittelbarer Anruferabweisung schon der objektive Geschehensablauf: Der Zutritt bzw. das Mitspielen an einem vermeintlich nachfolgenden Spiel wird gar nicht gewährleistet, sondern ist durch die Positiv-Auswahl des Vorzählfaktors bedingt. Der Anrufer würde mit seinem Anruf ein Eintrittsgeld zahlen, zugleich würde ihm aber durch die unmittelbare Anruferabweisung regelmäßig der „Eintritt“ zur angestrebten Veranstaltung versagt. Es läge ein Eintrittsgeld vor, das auch ohne Eintritt anfiel. Aus Sicht der „eingetretenen Teilnehmer“ wäre das Eintrittsgeld im übrigen unterschiedlich hoch, je nachdem, nach wie vielen Anrufen der Zufallsmechanismus ihnen „Einlass“ gewährt hätte. Vielmehr ist die entgeltliche Kandidatenvorauswahl über die Mehrwertnummer Bestandteil der Gewährung einer doppelt bedingten Gewinnchance, die sich durch Überwindung des Zufallsgenerators und richtige Beantwortung einer Gewinnfrage realisieren lässt. Die Anwahl der gebührenpflichtigen Mehrwertnummer führt zu einer unmittelbaren Spielentscheidung, wenn der Spieler nicht als Kandidat ausgewählt wird. In diesem Fall ist das Spiel bereits verloren.

Auch ohne Anruferabweisung sind die dem Spielveranstalter anteilig zufallenden Mehrwertgebühren in objektiver Betrachtung als Einsatz im Sinne von §§ 284, 287 StGB zu werten, weil sie in unmittelbarem Zusammenhang mit der Aussicht auf die Gewinnchance stehen und im Falle des Verlierens dem Veranstalter „als Gegenspieler“ zufallen. Anders als bei Aufwendungen für einen Kettenbrief oder für einen Kasinoeintritt erhält der Spieler für die fällig werdenden Mehrwertgebühren keine Leistung jenseits der Gewinnmöglichkeit. Der Kasinobesucher kann sich nach Entrichtung der Eintrittsgebühr noch frei entscheiden, ob er an einem konkreten Spiel teilnimmt und dafür einen Einsatz entrichtet, oder nicht. Der Anrufer eine Mehrwertnummer ist dagegen bei Herstellung der Verbindung bereits „mitten im Spiel“. Hierin liegt der entscheidende Unterschied, der Mehrwertgebühren zu Spieleinsätzen macht. Nicht notwendig ist, dass die anteiligen Mehrwertgebühren unmittelbar an der Finanzierung der ausgelobten Prei-

⁴²³ *Ernst*, MMR 2005, 735/741 und NJW 2006, 186/188.

se mitwirken. In diesem Fall wird aber besonders evident, dass sie mit dem Anruf nicht „ohnehin verloren“ verloren sind, sondern teilweise an den gewinnenden Spieler zurückfließen.

Ferner werden Mehrwertgebühren auch subjektiv nur in der Hoffnung geleistet, die Gewinnchance zu realisieren und den Gewinn zu erzielen. Den anrufenden Spielern ist in aller Regel bewusst, dass die erhöhten Telefongebühren (anteilig) dem Veranstalter zufließen und von diesem als Gegenleistung für Teilhabe an der Gewinnchance beansprucht werden. Die Zahlungsbereitschaft resultiert allein aus der Aussicht auf den ausgelobten Gewinn. Andere Leistungen werden den Teilnehmern weder geboten, noch von diesen erwartet. Bei Rundfunkveranstaltungen denkbare Leistungen wie das Mitraten oder Zuschauen jenseits einer Gewinnerwartung werden ohnehin jedermann ohne Eintrittsgeld erbracht. Der mittelbare Zweck, mit den Spielentgelten auch das Rundfunkprogramm zu finanzieren, mag in Kanälen mit Rundfunkvollprogramm noch erkennbar sein, nimmt den Mehrwertgebühren aber sicher nicht die Einsatzqualität oder macht sie zu einer strafrechtlich nicht relevanten Art von „direkter Rundfunkgebühr“. Auch die Tatsache, dass die ausgewählten Spieler in Live-Formaten für wenige Sekunden „on air“ sind, führt zu keiner anderen Beurteilung. Die Teilnahme als solche birgt weder einen eigenständigen materiellen Wert, noch einen ideellen, etwa in Form eines „persönlichen Live-Auftrittes“. Der Kandidat nennt regelmäßig nur die vermeintliche Lösung, aber nicht einmal seinen Namen⁴²⁴. Das angestrebte Ziel des einzelnen Anrufers liegt somit allein darin, den ausgelobten Preis zu erhalten, die einzige Leistung, die der Veranstalter für die Mehrwertgebühren bietet, ist die Chance auf den Gewinn.

Im Ergebnis sind Mehrwertgebühren, die von den Teilnehmewilligen zu erbringen sind, um an einer Gewinnchance teilzuhaben zu können - soweit sie dem Spielveranstalter zufließen⁴²⁵ - Spieleinsätze im strafrechtlichen Sinne⁴²⁶.

⁴²⁴ So auch *Albert/Müller*, MMR aktuell, 12/04, V, nach denen es weder „lange Gespräche“, noch ein „Studioerlebnis“ gibt.

⁴²⁵ Diese - aus strafrechtlicher Sicht - notwendige Einschränkung nehmen ausdrücklich auch vor: *Berberich*, Internet-Glücksspiel, S. 42 f; *Eichmann/Sörup*, MMR 2002, 142/144; *Bahr*, Glücks- und Gewinnspielrecht, Rn. 657; *Schulz*, CR 2006, 164/167; LG München I, Beschluss vom 28.07.2005, Az.: 17 HK O 13392/05 (in inzidenter Prüfung des § 284 StGB im wettbewerbsrechtlichen Verfahren), abrufbar unter <http://www.mehrwertdiensteundrecht.de/lg-muenchen-9-live-wettbewerbsgemaess-17-HK-O-13392-05.html> (Stand: 22.09.2007): „Wenn ein Teil der Gebühr beim Veranstalter bleibt, dann stellt genau dieser Teil den Einsatz für die Teilnahme am Gewinnspiel dar“.

⁴²⁶ So im Ergebnis auch OLG Düsseldorf, Urteil vom 23.09.2003, Az.: I – 20 U 39/03, Magazindienst 2005, 919 ff, II. 5. c) cc) (1); *Bahr*, WRP 2001, 501/505, ISA-Casinos 2004, 2. a), Glücks- und Gewinnspielrecht, Rn. 639 ff; *Odenthal*, GewArch 2002, 315/316; *Kleinschmidt*, MMR 2004, 654/656; *Albert/Müller*, MMR aktuell, 12/04, V/VI; *Berberich*, Internet-Glücksspiel, S. 42; *Hecker/Ruttig*,

Keine Einsatzqualität beinhalten daher nur die Mehrwertgebühren, die im Rahmen einer Abstimmung („Televoting“) für die Entgegennahme und Zählung der Stimme zu leisten sind, auch wenn zusätzlich eine Gewinnchance geboten wird. Erst wenn die Abstimmung nur noch vorgeschoben ist, tatsächlich aber beide Parteien spielen wollen, könnte ein Einsatz anzunehmen sein. Bei programmbegleitenden Abstimmungen im TV ist dies jedoch nicht der Fall.

IV. Die Erheblichkeit der auf dem Spiel stehenden Vermögenswerte - Die Abgrenzung zum straflosen Zufallsspiel („harmlosen Unterhaltungsspiel“)

1. Die rechtliche Ausgangslage

Nach allgemeiner Auffassung liegt ein strafbares Glücksspiel erst vor, wenn um nicht nur unerhebliche Vermögenswerte gespielt wird⁴²⁷.

Danach kann ein zufalls- und einsatzabhängiges Spiel ausnahmsweise kein strafbares Glücksspiel darstellen, weil der Schutzzweck der Norm aufgrund der Geringwertigkeit der auf dem Spiel stehenden Vermögenswerte offensichtlich nicht betroffen ist. Insofern beinhaltet die Frage nach nicht nur unerheblichen Vermögenswerten als den Gegenständen des Spiels eine teleologische Reduktion der §§ 284 ff BGB. Wenn das Spielgeschehen aufgrund geringwertiger Gewinne bzw. wirtschaftlich unbedeutenden Verlustgefahren nicht von Vermögensverschiebungen bestimmt wird, liegt auch keine Situation vor, in der die Spielleidenschaft und das Gewinnstreben angesprochen werden oder sich

GRUR 2005, 393/398; Schulz, CR 2006, 164/167; Gabriel/Barth, VuR 2006, 301; Volk, Glücksspiel, S. 39; Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Bruhn, § 4 UWG, Vor Nr. 5, Rn. 15; Eichmann/Sörup, MMR 2002, 142/144 mit der (nicht näher dargelegten) Einschränkung, in Einzelfällen eine Mitspielberechtigung nicht ausschließen zu wollen; LG München I, Urteil vom 02.02.2005, Az.: 29 O 12315/04 (aus zivilrechtlicher Sicht), abrufbar unter <http://www.kanzlei-prof-schweizer.de/bibliothek/urteile/index.html?id=12666> (Stand: 22.09.2007); LG München I, Beschluss vom 28.07.2005, Az.: 17 HK O 13392/05 (aus wettbewerbsrechtlicher Sicht), abrufbar unter <http://www.mehrwertdiensteundrecht.de/lg-muenchen-9-live-wettbewerbsgemaess-17-HK-O-13392-05.html> (Stand: 22.09.2007).

⁴²⁷ Vgl. RGSt 6, 70/74 (Spielobjekte mit der „Bedeutung eines Vermögenswertes“); RGSt 18, 342/343 („Gegenstand des Spiels“ muss „einen Vermögenswert repräsentieren, der nicht so geringwertig ist, dass er nach allgemeiner gesellschaftlicher Anschauung als solcher gar nicht in Frage kommen kann.“); BGHSt 34, 171/177 („Kettenbriefaktion“) = BGH NJW 1987, 851/852 („nicht ganz unbedeutender Einsatz“); BayObLG GA 1956, 385/386 (nicht nur „geringfügige Gewinn- und Verlustmöglichkeit“); OLG Köln, NJW 1957, 721 (nicht „nur unwesentliche Vermögensnachteile“); Schönke/Schröder/Eser/Heine, § 284, Rn. 6 („nicht ganz unbedeutender Vermögenswert“); Leipz-Komm/von Bubnoff, § 284, Rn. 12 („nicht ganz unwesentlicher Vermögenswert“); Fischer, § 284, Rn. 5 („nicht gänzlich unerheblicher Einsatz“); Lackner/Kühl, § 284, Rn. 2 („nicht ganz unbedeutlichen Vermögenswert“). Dabei werden die Bezeichnungen „unbedeutlich“, „unerheblich“, „geringwertig“, „unwesentlich“, „unbedeutend“ oder „geringfügig“ synonym verwendet.

Spielmanipulationen „lohnen“ würden⁴²⁸. Beim straflosen Zufallspiel steht somit grundsätzlich die Unterhaltung und der Zeitvertreib im Vordergrund, nicht die Gewinnerzielung. Das Gesamtgeschehen kann mangels der unbedeutenden Vermögenswerte offensichtlich nicht von dem Bestreben der Beteiligten geprägt sein, auf schnellem Wege finanzielle Vorteile zu erlangen⁴²⁹. Daher wird auch vom „harmlosen Unterhaltungsspiel“ gesprochen, weil es dem echten Unterhaltungsspiel, bei dem überhaupt keine Gewinnmöglichkeit existiert (s.o.), sehr nahe steht.

a) Die Erheblichkeit der spielgegenständlichen Vermögenswerte zwischen Einsatz, potentielltem Verlust und möglichem Gewinn

Wenn sich das straflose Unterhaltungsspiel schon begrifflich durch den Unterhaltungszweck auszeichnet und Vermögenswerte nur der Haltung der Spannung dienen, nicht aber dazu, „das große Los“ zu ziehen und das Glück zum Zwecke der Vermögensverschiebung herauszufordern, so folgt hieraus: Je höher die möglichen Verluste oder die möglichen Gewinne, desto weniger geht es um bloße Unterhaltung und desto eher liegt ein Glücksspiel vor. Für die Bestimmung des beträchtlichen Vermögenswertes ist somit nicht allein der Einzeleinsatz relevant, sondern auch die möglichen Verluste und die potentielle Gewinne⁴³⁰. Das alleinige Abstellen auf den Mindesteinsatz oder ein einmaliges Mitspielen im Einzelspiel kann nicht maßgeblich für die Erheblichkeit des vermögenswerten Spielgegenstandes sein, wenn das kontinuierliche Spiel unter Erbringung sich wiederholender Einsätze möglich ist und erhebliche Gewinne verspricht. Dies ergibt sich auch aus der Einordnung der §§ 284, 287 StGB als abstrakten (Vermögens-) Gefährungsdelikten zur Vermeidung suchtbedingter und/oder manipulativer Ausbeutung. Der Einzeleinsatz ist für das Vorliegen eines harmlosen Zufallsspiels nicht konstituierend, wenn erhebliche Gewinne in Aussicht stehen, die auch durch wiederholte Einsatzleistung erzielt werden können. Ein harmloses Zufallsspiel muss in jeder Spiel-Form unbedenklich sein, auch im intensiven Spiel bzw. für den exzessiven Spieler. Für

⁴²⁸ Vgl. *Brandl*, Spielleidenschaft, S. 42; *Schaeffer*, GewArch 1980, 112/116; *Dahs/Dierlamm*, GewArch 1996, 272/275; *LeipzKomm/von Bubnoff*, Rn. 12; *MünchKommStGB/Groeschke/Hohmann*, § 284, Rn. 9. Vgl. auch BVerwG, GewArch 1979, 371 („Brillianten-Bingo“).

⁴²⁹ *Kummer*, GewArch 1988, 264.

⁴³⁰ RGSt 19, 253/254 (Frage nach dem „Wert nicht bloß der Einsätze, auf die allein es nicht ankommt, sondern auch des durch den Ausgang des Spiels bedingten Gewinnes und Verlustes“); BayObLG GA 1956, 385/386 (Frage nach der „Gewinn- und Verlustmöglichkeit“); OLG Köln, NJW 1957, 721 (Frage nach der „Höhe des Einsatzes und des möglichen Gewinns“); VGH BW, GewArch 1990, 149/151 (Frage, ob „der zu erzielende Gewinn oder Verlust einen Vermögenswert hat, der [...] nicht ganz unbedeutend ist“); *Seelig*, Glücksspielstrafrecht, S. 98; *Füllkrug*, KR 1990, 101/102; *Belz*, Glücksspiel S. 77; *Brandl*, Spielleidenschaft S. 42 u. 46; *Schönke/Schröder/Eser/Heine*, § 284, Rn. 6.

das Suchtpotential des Spiels ist gerade auch der Wert der ausgelobten Gewinne bedeutsam: Der finanzielle Gewinn ist das wesentliche Motiv der Spielteilnahme und die Bereitschaft zum maßlosen Spiel steigt mit dem „großen Gewinn“ und der damit verbundenen „Sensation des Gewinns“⁴³¹.

Hieraus folgt: Bei zeitweilig oder dauerhaft vorgehaltenen Spielangeboten beurteilt sich der erhebliche Vermögenswert als Spielgegenstand nicht nach dem vom Spieler im Einzelspiel zu leistenden Mindest- oder Einzeleinsatz, sondern nach den potentiellen Verlusten und möglichen Gewinnen.

Beurteilt man die Erheblichkeit des Spielgegenstandes dagegen nur nach den zu erbringenden Mindest- und Einzeleinsätzen und ohne Rücksicht auf die potentiellen Verluste und Gewinne, so fielen so gut wie alle verbotenen Glücksspiele aus dem Anwendungsbereich der §§ 284 ff StGB heraus: Beim Kasino-Roulette beträgt der Mindest-Einsatz im Einzelspiel an manchen Tischen nur 2,0 Euro, Lotto-Millionär kann man mit einem Mindest-Einsatz im Einzelspiel von 0,75 Euro werden, Sportwetten erfordern regelmäßig einen Mindest-Einsatz von nur 1,0 Euro, Geldautomatenspiele verlangen 0,2 Euro für das Einzelspiel. Alle diese Spielangebote wären bei Betrachtung nur der Einzelspielentscheidung und ohne Berücksichtigung der erheblichen potentiellen Gewinne als harmlose Unterhaltungsspiele rechtlich nicht relevant. Ihre Veranstaltung wäre von jedermann erlaubnisfrei durchzuführen. Mit der gegenwärtigen Rechtslage und dem Sinn und Zweck des Glücksspielverbotes ist es folglich nicht vereinbar, die Glücksspielrelevanz allein nach dem zu erbringenden Mindesteinsatz im Einzelspiel zu beurteilen. Der Mindesteinsatz in der Einzelbetrachtung kann nicht konstitutiv für die Bestimmung der Wesentlichkeit des vermögenswerten Spielgegenstandes sein, wenn das mehrfache oder kontinuierliche Mitspielen angeboten wird und erhebliche Gewinne verspricht⁴³².

Im Ergebnis ist bei Spielangeboten, die die Mehrfachteilnahme oder das kontinuierliche Mitspielen zulassen, auf die Erheblichkeit der potentiellen Einsätze abzustellen, die zur Erlangung der möglichen Gewinne nach den Spielbedingungen eingesetzt werden können, um die strafrechtliche Relevanz der auf dem Spiel stehenden Vermögenswerte zu

⁴³¹ Vgl. *Vent*, Spielsucht, S. 21; *Meyer/Bachmann*, Spielsucht, S. 67; *Meyer*, in: *Fett*, 12/15 f; *Lesch/Wallau*, *GewArch* 2002, 447/449.

⁴³² Vgl. auch: *Brandl*, *Spielleidenschaft*, S. 42 ff; *Odenthal*, *GewArch* 1989, 222/225 f; *BVerwG*, *GewArch* 1985, 64/65.

beurteilen und die Frage zu beantworten, ob eine teleologische Reduktion des Glücksspielbegriffs angezeigt ist.

b) Die Erheblichkeitsschwelle

Die Beträchtlichkeitsgrenze des Spielgegenstandes wird abstrakt beurteilt, d.h. nach den allgemeinen gesellschaftlichen Anschauungen und generellen wirtschaftlichen Verhältnissen, nicht nach dem konkreten Kreis der Spieler⁴³³. Sie ist dem Wandel der gesellschaftlichen Anschauungen unterworfen und kann nicht einheitlich festgelegt werden, auch wenn die regelmäßige Festsetzung eines bestimmten Betrages der Rechtssicherheit dienen würde.

aa) Ansätze aus der Rechtsprechung

Konkrete Festlegungen, wann Zufallsspiele die Beträchtlichkeitsgrenze zum strafbaren Glücksspiel überschreiten, sind in der Rechtsprechung bis heute rar. So ist bis in die 50er Jahre des letzten Jahrhunderts zurückzuschauen:

Das *Bayerische Oberste Landesgericht* stellte in einem Urteil aus dem Jahre 1956 fest, dass ein einmalig zu leistender Einsatz von 5,0 DM kein unerheblicher Betrag sei⁴³⁴.

Ein Jahr später entschied das *OLG Hamm*, dass ein Einsatz von 1,0 DM, der bis zu zwei Mal geleistet werden konnte, als nicht ganz unbeträchtlich im Sinne von § 284 StGB eingeordnet werden müsse⁴³⁵.

Nach einem Urteil des *OLG Köln*⁴³⁶, ebenfalls aus dem Jahr 1957, ist kein strafrechtlich erheblicher Einsatz anzunehmen, wenn der Spieler aufgrund der automatisch anfallenden Gewinne in der Stunde nicht mehr verlieren kann, als ein Arbeiter in der Stunde verdient. Ein solcher Verlust befinde sich im übrigen im Rahmen dessen, was für andere Freizeitaktivitäten als Unterhaltungs-Aufwendung erbracht werde⁴³⁷. Das Urteil behandelte den Sonderfall eines Spielgeräts mit Bauartzulassung im Sinne der Gewerbeordnung, das ohne konkrete Genehmigung aufgestellt worden war. Es ging also weniger um die Frage der tatsächlich auf dem Spiel stehenden Vermögenswerte, als vielmehr um die Frage der Strafwürdigkeit von Geldspielgeräten, die nach der Bauart zugelassen

⁴³³ RGSt 18, 342/344; RGSt 19, 253/254; LeipzKomm/von Bubnoff, § 284, Rn. 12.

⁴³⁴ BayObLG, Urteil vom 21.09.1956, Az.: 3 St 291/55, GA 1956, 385/386.

⁴³⁵ OLG Hamm, JMBI NRW 1957, 251.

⁴³⁶ OLG Köln, Urteil vom 19.02.1957, Az.: Ss 417/56, NJW 1957, 721.

⁴³⁷ OLG Köln, NJW 1957, 721.

sind⁴³⁸. So merkt *Kummer* zutreffend an, dass das Gericht wahrscheinlich genau anders herum argumentiert hätte und zum Vorliegen eines erheblichen Vermögenswertes gelangt wäre, hätte keine Bauartzulassung vorgelegen⁴³⁹.

Diese Einschätzung wird durch ein Urteil des *OLG Hamm* bestätigt, das der Entscheidung des *OLG Köln* noch im gleichen Jahr nachfolgte⁴⁴⁰. Hier hatte der Angeklagte die zugelassene Bauart eines Geldspielgerätes eigenmächtig verändert. Das Gericht kam zu dem Ergebnis, dass um erhebliche Vermögenswerte gespielt würde, obwohl mit 7,2 DM pro Stunde keine höhern Verluste möglich waren, als in dem vom *OLG Köln* zuvor entschiedenen Fall, mit dem sich das *OLG Hamm* ausdrücklich im Einklang sah.

Einen Ansatz, der ebenfalls gewerberechtliche Elemente in die strafrechtliche Beurteilung einfließen lässt, verfolgt das *AG Wiesbaden*: In einem Beschluss vom 09.08.2005 lehnte es das Hauptverfahren gegen den Veranstalter eines im Internet angebotenen Gewinnspiels ab, weil die nach der Spielverordnung zulässigen Verlustgrenzen nicht überschritten würden⁴⁴¹. Das Spiel orientierte sich in System und Programmablauf an einem stationären Geldspielgerät im Sinne des § 33c GewO. Nach §§ 33 c ff GewO sind Spielgeräte und andere Spiele mit Gewinnmöglichkeit unter Erfüllung weitere Bedingungen zulassungsfähig, wenn dem Spieler keine „unangemessen hohe Verluste in kurzer Zeit“ im Sinne von § 33e Abs. 1 GewO drohen. In der „Verordnung über Spielgeräte und andere Spiele mit Gewinnmöglichkeit“ (Spielverordnung, SpielV)⁴⁴² sind an zugelassenen Geldspielgeräten Maximalverluste von bis zu 80 Euro pro Stunde und Maximalgewinne von 500 Euro pro Stunde erlaubt (§ 13 Abs. 1 Nr. 3)⁴⁴³. Ein strafrechtlich beträchtlicher Vermögenswert als Spielgegenstand wäre hiernach erst anzunehmen, wenn mögliche Gewinne und Verluste eine gewerberechtliche Genehmigung generell ausschließen würden.

Dagegen ist nach einer Entscheidung des *OVG Sachsen-Anhalt* aus dem Jahre 2006 ein „virtueller Geldspielautomat im Internet“, der sich an den Verlustgrenzen der SpielV für

⁴³⁸ So wies das Gericht ausdrücklich darauf hin, dass „Spielautomaten, die zugelassen sind, aus dem Kreis der Glücksspieleinrichtungen im Sinne des § 284 StGB herauszunehmen“ seien.

⁴³⁹ *Kummer*, Unterhaltungsautomaten, S. 37.

⁴⁴⁰ *OLG Hamm*, Urteil vom 24.05.1957, JMBI NRW 1957, 250.

⁴⁴¹ *AG Wiesbaden*, GewArch 2005, 485.

⁴⁴² Fassung vom 27.01.2006, gültig mit Wirkung zum 24.0.2006 (BGBl I 2006, 280).

⁴⁴³ § 13 Abs. 1 Nr. 3 SpielV gilt nur für Spielgeräte, nach BVerwG, GewArch 2002, 76/77, „Good Luck II [neu]“ sind die Grenzwerte bei Spielgeräten und anderen Spielen jedoch einheitlich festzulegen. Nach der vorherigen SpielV war ein Maximalverlust von 60 EUR zulässig, das Bundesverwaltungsgericht hatte 2002 noch 100 DM als Orientierungsmaßstab angegeben (BVerwG, GewArch 2002, 76/77, „Good Luck II [neu]“).

stationäre Geräte orientiert, aufgrund der Erheblichkeit der potentiellen Verluste Glücksspiel im Sinne des § 284 StGB⁴⁴⁴.

bb) Ansätze aus der Literatur

In der neueren Literatur werden Verlust-Obergrenzen von 0,55 Euro über 2,5 Euro bis 5 Euro als Einsatz-Höchstgrenze genannt, deren Überschreitung zum Vorliegen eines strafbaren Glücksspiels führt: *Fischer* nennt einen Betrag bis zur Höhe des üblichen Postkarten-/Brief-Portos⁴⁴⁵. *Groeschke/Hohmann* nennen eine Summe von 2,5 Euro als absolute Wertgrenze⁴⁴⁶ zur Beurteilung eines strafrechtlich relevanten Spielangebotes. *Brandl* nimmt ein unbedenkliches Zufallspiel dagegen so lange an, wie die potentiellen Gewinne oder Verluste „pro Stunde“ im Bereich der Kosten für einen Kinobesuch liegen und kommt so auf einen Betrag von 5 Euro. Bei Lotterien und Ausspielungen sollen dem potentielle Gewinne bis zur Höhe des Betrages gegenüberstehen können, die die Anlage zu § 5a der SpielV für Volksfestausspielungen zulässt (derzeit Warengewinne bis 60 Euro)⁴⁴⁷.

Die ältere Literatur setzt die glücksspielausschließenden Einsatzhöchstgrenzen teilweise noch etwas höher an: *Füllkrug* bejaht die strafrechtliche Erheblichkeit dann, wenn der Spieler „in einer Stunde“ mehr verlieren kann, als ein Arbeiter durchschnittlich verdient⁴⁴⁸. *Seelig* und - ihm folgend - *Belz* wollen den Gesamteinsatz berücksichtigen, der „am Abend verspielt werden kann“⁴⁴⁹. Wenn dieser die Kosten für andere Unterhaltungen überschreite, läge kein Unterhaltungsspiel mehr vor, wobei die „höchstmöglichen Vergleichssummen“ zu berücksichtigen seien⁴⁵⁰.

cc) Stellungnahme

Im Ergebnis nicht zu folgen ist dem Ansatz den das *AG Wiesbaden*, ein Glücksspiel im Sinne von § 284 StGB mangels Erheblichkeit der auf dem Spiel stehenden Vermögenswerte generell für alle Spielangebote abzulehnen, bei denen die zulässigen Maximalgrenzen für Gewinne und Verluste, die das Gewerberecht für *bestimmte* Spielangebote

⁴⁴⁴ OVG LSA, Beschluss vom 29.09.2005, Az.: 1 M 297/04, GewArch 2006, 163.

⁴⁴⁵ *Fischer*, § 284, Rn. 5 (Vgl. auch *Tröndle/Fischer* in der 52. Auflage (2004), § 284, Rn. 3b, hier noch mit ausdrücklichem Verweis auf die Beachtlichkeit des Betrages als Grenzwert für *potentielle Verluste*).

⁴⁴⁶ MünchKommStGB/*Groeschke/Hohmann*, § 284, Rn. 8. So auch schon *Eichmann/Sörup*, MMR 2002, 142/145, allerdings für das Einzelspiel.

⁴⁴⁷ *Brandl*, Spieleleidenschaft, S. 46.

⁴⁴⁸ *Füllkrug*, KR 1990, 101/102.

⁴⁴⁹ *Seelig*, Gluecksspielstrafrecht, S. 98; *Belz*, Glücksspiel, S. 77.

⁴⁵⁰ *Belz*, Glücksspiel, S. 77.

festsetzt, nicht überschritten werden. Hier bestehen systematische und teleologische Hindernisse: Nach § 33h Nr. 3 GewO sind die §§ 33c bis 33g GewO nicht anwendbar auf „die Veranstaltung anderer Spiele im Sinne des § 33d Absatz 1 Satz 1, die Glücksspiele im Sinne des § 284 des Strafgesetzbuches sind.“ Gewerberechtlich zulassungsfähige Spiele setzen somit grundsätzlich das Nicht-Vorliegen eines strafbaren Glücksspiels voraus und können nicht konstitutiv an dessen Definition mitwirken. Zudem sind die Verlustgrenzen, die gewerberechtlich als duldbar erachtet werden, in ein System von weiteren Zulassungsvoraussetzungen eingegliedert, die eine Übernahme gewerberechtl. Grenzwerte zur Bestimmung des strafrechtlich relevanten Glücksspiels nicht ermöglichen⁴⁵¹: Etwa muss der Veranstalter zuverlässig sein (§§ 33c Abs. 2, § 33d Abs. 3 GewO) und das Spiel durch eine behördliche Prüfung in jeder Spielform als unbedenklich und manipulationsresistent bewertet werden (§ 33e Abs. 1 S. 2 GewO). Nicht zuletzt scheitert eine Übernahme der gewerberechtlich zulässigen Höchstverlustgrenzen aber daran, dass sich das strafbewehrte Verbot nach den §§ 284, 287 StGB nicht daraus rechtfertigen lässt, Vermögensverluste der Spieler zu vermeiden, sondern nur daraus, als abstraktes Gefährdungsdelikt der Verhinderung von Spielsucht zu dienen (s.o.). Die Spielleidenschaft wird aber schon dann angesprochen, wenn pro Stunde „einige Euro“ eingesetzt werden können, um vielfach höhere Gewinne zu erlangen. Zudem ist die Ablehnung eines Glücksspiels mangels unerheblicher Verluste bereits in dem Moment nicht mehr nachvollziehbar begründbar, in dem zwar nur „einige Euro“ pro Stunde verloren werden können, aufgrund der glücksspielimmanenten Manipulationsgefahren aber gar nicht gewährleistet ist, dass als Gegenleistung überhaupt gewonnen werden kann. Auch das Abstellen auf die Kosten typischer Unterhaltungen zur Bestimmung des harmlosen Unterhaltungsspiels hinkt. Es krankt daran, dass das Glücksspiel aufgrund des grundsätzlich unbestrittenen Suchtpotentials gerade keine übliche Unterhaltung darstellt. Das strafbewehrte Verbot des Glücksspiels und das gesamte öffentlich-rechtliche Regelungsregime zum Spielrecht lässt sich nur vor dem Hintergrund erklären und rechtfertigen, dass die „Unterhaltung Glücksspiel“ zur „Glücksspielsucht“ werden kann, weil die Einsätze eben gerade nicht zur Unterhaltung eingesetzt werden, sondern in der Erwartung eines Vermögenszuwachses. Somit muss die Definition des „harmlosen“ entgeltlichen zufallsabhängigen Unterhaltungsspiels in Abgrenzung zum „Sucht- und Manipulationspotential in sich bergenden“

⁴⁵¹ So ausdrücklich auch *Brandl*, Spielleidenschaft, S. 45; *Odenthal*, GewArch 2006, 58/59.

Glücksspiel durch Bemühung einer Beträchtlichkeitsgrenze restriktiv erfolgen. Ein strafloses Zufallspiel um unbedeutende Vermögenswerte wird nur anzunehmen sein, wenn der potentielle Einsatz, der nach den Spielbedingungen im Einzelspiel, durch die Mehrfachteilnahme oder das kontinuierliche Mitspielen (begrenzt auf einen Zeitraum von einer Stunde), erbracht werden kann, einen Euro-Betrag im unteren einstelligen Bereich nicht überschreitet.

2. Einordnung von Spielmodellen über Mehrwertnummern

a) Der Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur

Das *LG Freiburg*⁴⁵² sieht als relevanten Spielgegenstand in der Call-In-Show den Vermögenswert, den der Spieler für einen einzelnen Anruf aufbringen muss. Mit 0,49 Euro (inzwischen 0,5 Euro) sei dieser unerheblich und könne auch durch Mehrfachanrufe nicht erheblich werden. Entscheidend sei, dass der Teilnehmer mit jedem Anruf eine neue Chance gegen das im Einzelfall geringe Entgelt erhalte. Der Veranstalter habe keinen Einfluss auf das Anruferverhalten der Teilnehmer⁴⁵³.

Nach Auffassung des *LG München I*⁴⁵⁴, bestätigt durch das *OLG München*⁴⁵⁵, sind 0,49 Euro pro Anruf eine „unbeträchtliche Leistung“, sodass bei Gewinnspielen in der Call-In-Show kein verbotenes Glücksspiel nach §§ 284, 287 StGB vorliege. Über die Erheblichkeitsschwelle könne man ausnahmsweise gelangen, wenn „die Spielteilnehmer zu mehrmaligen Anrufen aufgefordert und motiviert würden“⁴⁵⁶.

Das *OLG Düsseldorf*⁴⁵⁷ berücksichtigt dagegen die Möglichkeit der Mehrfachteilnahme bei einem - nicht im Rundfunk veranstalteten - Spiel über eine 0190-„Premium-Rate“-Nummer (inzwischen „0900“), bei dem nur vorausgewählte Anrufer eine Gewinnfrage beantworten dürfen. Zwar wären die Maximalkosten für den Einzelanruf von 3,6 DM (bzw. 1,83 Euro) unbeträchtlich, doch sei auf die möglichen Gesamtkosten abzustellen,

⁴⁵² LG Freiburg, Urteil vom 12.05.2005, Az.: 3 S 308/04, MMR 2005, 547.

⁴⁵³ LG Freiburg, MMR 2005, 547.

⁴⁵⁴ LG München I, Beschluss vom 28.07.2005, Az.: 17 HK O 13392/05, abrufbar unter <http://www.mehrwertdiensteundrecht.de/lg-muenchen-9-live-wettbewerbssgemaess-17-HK-O-13392-05.html> (Stand: 22.09.2007).

⁴⁵⁵ OLG München, Beschluss vom 22.12.2005, Az.: 6 W 2181/05, MMR 2006, 225.

⁴⁵⁶ LG München I, Beschluss vom 28.07.2005, Az.: 17 HK O 13392/05, abrufbar unter <http://www.mehrwertdiensteundrecht.de/lg-muenchen-9-live-wettbewerbssgemaess-17-HK-O-13392-05.html> (Stand: 22.09.2007).

⁴⁵⁷ OLG Düsseldorf, Urteil vom 23.09.2003, Az.: I - 20 U 39/03, Magazindienst 2005, 919 ff, abrufbar auch unter <http://www.gluecksspiel-und-recht.de/urteile/Oberlandesgericht-Duesseldorf-20030923.html> (Stand: 22.09.2007).

da das Spiel - auch aufgrund der längeren Laufzeit - auf eine Mehrfachteilnahme ausgerichtet sei⁴⁵⁸.

Die vorherrschende Literatur-Meinung sieht in Gewinnspielen über Mehrwertnummern in der Call-In-Show straflose Unterhaltungsspiele, wenn die Telefongebühren für den einzelnen Anruf 0,49 Euro (inzwischen 0,5 Euro) betragen⁴⁵⁹. Der Spieleinsatz sei in seiner Höhe strafrechtlich unerheblich. Auf den Vermögenswert der ausgelobten Gewinne wird nicht eingegangen. Die Möglichkeit der Mehrfachteilnahme soll nicht berücksichtigt werden. Der Spieler treffe die „freie Willensentscheidung, ob er ein oder einhundertmal“ anrufe⁴⁶⁰. Auch Spielautomaten würden nicht automatisch den Einwurfschlitz blockieren, sollten innerhalb kurzer Zeit zu viele Münzen eingeworfen werden⁴⁶¹. Bei einem Abstellen auf die Möglichkeit der Mehrfachteilnahme würde letztendlich jeder Einsatz erheblich und selbst die Spiele „auf der Kinderkirmes“⁴⁶² strafbar.

Für die Gegenauffassung ist die Mehrfachteilnahme bei der Bestimmung der Erheblichkeit des Spielgegenstandes zu beachten⁴⁶³. Begründet wird dies mit der potentiellen Vermögensgefährdung⁴⁶⁴ und der Parallelität zu Glücksspielen wie dem Kasino-Roulette, bei denen ebenfalls nicht nur auf den Einzeleinsatz abgestellt werde⁴⁶⁵.

b) Erste Stellungnahme

Entgegen der Auffassung des *LG München I*⁴⁶⁶ kann die Möglichkeit der Mehrfachteilnahme nicht grundsätzlich unberücksichtigt bleiben, solange nicht explizit zur Mehrfachteilnahme aufgefordert wird. Entscheidend ist, dass Spielmodelle über Mehrwertnummern mit unmittelbarer entgeltlicher Vorselektion von Anrufern - genauso wie Geldspielautomaten oder das Kasino-Roulette - eine schnelle (negative) Spielentscheidung nach sich ziehen, aber über eine gewisse Dauer angeboten werden und *allein dadurch* auf eine Mehrfachteilnahme ausgerichtet sind. Weder der Geldspielautomat mit

⁴⁵⁸ OLG Düsseldorf, Magazindienst 2005, 919 ff, II. 5. b) cc) (2).

⁴⁵⁹ *Eichmann/Sörup*, MMR 2002, 142/145; *Kleinschmidt*, MMR 2004, 654/657; *Albert/Conrad*, MMR aktuell, 12/2004, V/VI; *Ernst*, MMR 2005 735/739; *Schulz*, CR 2006, 164/168. In diese Richtung auch *Fischer*, § 284, Rn. 5.

⁴⁶⁰ *Schulz*, CR 2006, 164/168.

⁴⁶¹ *Schulz*, CR 2006, 164/168.

⁴⁶² *Ernst*, MMR 2005, 735/739.

⁴⁶³ *Bahr*, WRP 2002, 501/506; *Hecker/Ruttig*, GRUR 2005, 393/398; *Gabriel/Barth*, VuR 2006, 301/302.

⁴⁶⁴ *Gabriel/Barth*, VuR, 2006, 301/302.

⁴⁶⁵ *Hecker/Ruttig*, GRUR 2005, 393/398.

⁴⁶⁶ LG München I, Beschluss vom 28.07.2005, Az.: 17 HK O 13392/05, abrufbar unter <http://www.mehrwertdiensteundrecht.de/lg-muenchen-9-live-wettbewerbsgemaess-17-HK-O-13392-05.html> (Stand: 22.09.2007), bestätigt durch OLG München, Beschluss vom 22.12.2005, Az.: 6 W 2181/05, MMR 2006, 225.

unbeträchtlichen 0,2 Euro pro Spiel, noch der Lotterielosverkäufer mit unerheblichen 0,75 Euro pro Spiel ruft zur mehrfachen Teilnahme auf. Im übrigen wird durch alle gängigen Bandansagen zur Mehrfachteilnahme aufgefordert, wenn es heißt: „Versuchen Sie es gerne noch einmal“.

Auch der Verweis auf Entscheidungsfreiheit des Spielers hinsichtlich der Mehrfachteilnahme ist ein völlig ungeeigneter Ansatz, harmlose Spiele von verbotenen Glücksspielen zu unterscheiden. Danach wäre jede Spielveranstaltung zulässig, die das kontinuierliche Mitspielen zulässt, solange die Teilnehmer nicht zum dauerhaften Mitspielen „gezwungen“ würden. Sicher ist es grundsätzlich die freie Willensentscheidung des Spielteilnehmers, wenn er einhundertmal anruft. Diese Entscheidung ist jedoch bei allen Glücksspielen zu treffen, bei denen kontinuierliches Mitspielen möglich ist. Der vernünftige Spieler wird auch am Roulette-Tisch nicht „Haus und Hof“ verspielen. Wenn bei der Beurteilung eines Glücksspiels - zu recht - auf die abstrakte Gefährlichkeit und die Vermögenswerte abgestellt wird, die durch Mehrfachteilnahme oder kontinuierliches Mitspielen eingesetzt werden können, so kann dies nicht nur für Geldspielautomaten oder das Roulette-Spiel gelten, sondern auch für Gewinnspiele über Mehrwertnummern. Die „freie Willensentscheidung“ hinsichtlich der Häufigkeit der Teilnahme wird auch hier durch die Spielbedingungen des Veranstalters und die von diesem ausgesetzten Gewinne beeinflusst. Einhundertmal wird ein Spieler nämlich nur anrufen, wenn es nach den Spielbedingungen möglich ist, mehrfach hintereinander und bis zu 99mal erfolglos teilzunehmen, weil eine unmittelbare Anruferabweisung zwischengeschaltet ist oder die Spieler aus einer nahezu unendlichen Anzahl von möglichen Begriffen die vom Veranstalter als belohnenswert ausgewählten erraten müssen und das beständige Mitspielen durch die Höhe der ausgelobten Gewinne letztendlich zu einer Kompensation der bisherigen Verluste führen kann.

Auch der Vergleich mit Geldspielautomaten, die zur Verhinderung der Mehrfachteilnahme nicht automatisch den Einwurfschlitze blockierten, ist unzutreffend. Einerseits, weil Geldspielgeräte grundsätzlich Glücksspiele im Sinne von § 284 StGB einzuordnen sind⁴⁶⁷. Andererseits, weil Geldspielgeräte einer Bauartzulassung unterworfen werden und dadurch manipulationssicher sind. Zudem müssen sie so programmiert sein,

⁴⁶⁷ Dies ergibt sich für gewerberechtlich genehmigungsfähige Geldspielgeräte aus dem Umkehrschluss aus § 33h Nr. 3 GewO, vgl. auch *Brandl*, Spiel Leidenschaft, S. 45; *Berberich*, Internet-Glücksspiel, S. 34.

dass der Dauerspieler nur solche Durchschnitts- und Maximalverluste erleiden kann, die das Gewerberecht duldet⁴⁶⁸.

c) Die differenzierte Einordnung nach den jeweiligen Spielvarianten

Im Folgenden wird dargestellt, inwieweit nach den gefundenen Ergebnissen innerhalb der unterschiedlichen Spielmodelle über Mehrwertnummern um strafrechtlich relevante, bedeutende Vermögenswerte gespielt wird.

aa) *Der vermögenswerte Gewinn als Glückspiel-Voraussetzung*

Spielmodelle, in denen die Anrufer zwar Mehrwertgebühren leisten müssen, aber keine bzw. keine wertvollen Gewinne erlangen können, haben keinen erheblichen Vermögenswert zum Spielgegenstand. Wenn die Teilnehmer sich einem Mehrwertgebührenanspruch aussetzen, aber keine Chance auf einen beträchtlichen geldwerten Vorteil erhalten, wird offensichtlich nicht um Vermögenswerte gespielt, sondern zur bloßen Unterhaltung. Dies gilt für Gewinne mit nur symbolischem oder ideellem Wert⁴⁶⁹.

Die Gewinnspiel-Call-In-Shows und alle anderen aktuellen Erscheinungsformen mehrwertgebührenpflichtiger Gewinnspiele im Rundfunk nutzen die „Sensation des Gewinns“ und bieten erhebliche Vermögenswerte. Regelmäßig wird Bargeld ausgelobt, das mindestens im mittleren dreistelligen, meist jedoch im vierstelligen, seltener sogar im fünfstelligen Euro-Bereich liegt. Von unbeträchtlichen Gewinnen kann hier keine Rede mehr sein, zumal die Grenzwerte überschritten werden, die gewerberechtlich im Zusammenhang mit genehmigungspflichtigen Geldspielgeräten zulässig sind⁴⁷⁰. Solche möglichen Gewinne werden konstitutiv für den erheblichen Spielgegenstand, wenn ihnen variable entgeltliche Einsätze der Spieler gegenüberstehen, es also im Ermessen der Spieler liegt, *wie viel* sie im Einzelspiel einsetzen oder *wie oft hintereinander* sie einen festgelegten Einsatz erbringen, um den beträchtlichen Gewinn zu erlangen.

bb) *Mögliche Einsätze bei Gewinnspielen in der klassischen Anrufbeantwortervariante*

Auf die Kosten des *einzelnen* Anrufs ist abzustellen, wenn sich *jeder* Teilnahmewillige im ersten Schritt durch *einen* Anruf auf einer Registrierungsplattform als potentieller Kandidat anmelden kann, woraufhin im zweiten Schritt nach einem bestimmten Bewer-

⁴⁶⁸ Vgl. § 33e Abs. 1 S. 1 GewO sowie § 13 der Spielverordnung (SpielV).

⁴⁶⁹ Etwa die „Kaffeetassen“, um die im Gewinnspiel „Richtig oder Falsch?“ der ZDF-Sendung „Morgenmagazin“ gespielt wird.

⁴⁷⁰ Vgl. auch § 13 Nr. 4 der SpielV, wonach zufallsabhängige Spielgeräte mit Gewinnmöglichkeit nur genehmigungsfähig sind, wenn sie Gewinne von maximal 500 EUR pro Stunde Spiel bieten.

bungszeitraum unter Sammlung aller Teilnahmewilligen der Veranstalter einen oder mehrere Teilnehmer zufällig aus dem Pool aller Teilnahmewilligen auswählt. Das gleiche gilt, wenn *jeder* Teilnahmewillige im ersten Schritt durch *einen* Anruf Kandidat wird, indem er auf einer Registrierungsplattform seine Lösungsantwort hinterlassen kann, woraufhin im zweiten Schritt nach einem festgelegten Bewerbungszeitraum unter Sammlung aller Kandidatenantworten der Veranstalter einen oder mehrere Gewinner aus dem Pool aller Kandidaten mit der richtigen Lösungsantwort auswählt.

Ein solches Spielmodell ist nicht auf eine Mehrfachteilnahme oder kontinuierliches Mitspielen ausgerichtet. Der Teilnahmewillige wird mit einem Handlungsakt auch Spielteilnehmer und kann das weitere Spielgeschehen aus der Sicht eines möglichen Gewinners verfolgen. Zwar kann der Spieler seine Chancen erhöhen, wenn es nach den Spielbedingungen zulässig ist, sich mehrfach zu registrieren. Dennoch liegt ein solches Verhalten nicht nahe und ist dem Veranstalter hier tatsächlich nicht zuzurechen, weil das Spielangebot mit der direkten Registrierungsmöglichkeit und einer dieser zeitlich nachgeschalteten Spielentscheidung objektiv nicht auf eine Mehrfachteilnahme abzielt. Folglich sind in dieser Spielvariante Einzeleinsatz und möglicher Verlust identisch. Eine andere Betrachtung wäre für den Fall angezeigt, dass sich das Spielangebot des Veranstalters aus einer Aneinanderreihung von einzelnen Gewinnspielen in der Anrufbeantwortervariante zusammensetzt oder der Veranstalter - etwa durch Präsentation des Spiels im Rahmen einer Call-In-Show - permanent zur Mehrfachregistrierung unter Hinweis auf die höhere Gewinnchance aufrufen würde.

cc) Mögliche Einsätze in der Anrufbeantwortervariante mit Vorzählfaktor

Mindestens auf die Summe der Kosten für die durchschnittlich erforderliche Anzahl von Anrufen bis zur *erfolgreichen* Registrierung ist abzustellen, wenn bedeutende Gewinne ausgelobt werden, aber nicht jeder Teilnahmewillige im ersten Schritt durch einen Anruf auf eine Registrierungsplattform geleitet wird, sondern ein Vorzählfaktor Anrufe abweist.

Das Spielangebot ist auf eine Mehrfachteilnahme ausgerichtet, auch ohne dass explizit zu Mehrfachanrufen aufgefordert wird. Hier wird die Spiellust in Form des Mitspielens angesprochen, um unmittelbar enttäuscht zu werden, weil das sich „Mitteiler-Dürfen“ vereitelt wird. Der Spieler ruft an und verliert, kann es aber „noch einmal versuchen“. Die Aussicht auf die erheblichen Gewinne ist nur durch das erste Spiel bzw. die erste Teilnahme ausgeschlossen, kann aber insgesamt noch realisiert werden. Mit

dem zweiten Anruf kann der Verlust durch den ersten Anruf noch ausgeglichen und überkompensiert werden, sollte er zum Gewinn führen. Wenn nicht, ist mit dem dritten Anruf der Verlust aus dem ersten und zweiten noch zu beheben, usw. Der teilnahmewillige Anrufer, der die vermeintliche Lösung auf die Quizfrage kennt und den erheblichen Gewinn anstrebt, soll hier so viele Anrufe tätigen, bis er die Registrierungsplattform erreicht. Nur dadurch wird er als Teilnehmer der sich anschließenden zufälligen Auswahlentscheidung zugelassen, die ihn - je nach Spielformat - zum Gewinner oder zum Kandidaten einer Live-Sendung macht⁴⁷¹. Wer seine Chance auf den ausgelobten Gewinn wahren will, muss so oft anrufen, bis er registriert ist. Nur dadurch wird der teilnahmewillige auch Spielteilnehmer und kann das weitere Spielgeschehen aus der Sicht eines möglichen Gewinners verfolgen.

Somit sind Einzeleinsatz und mögliche Verluste bei diesem Spielmodell nicht identisch. Die strafrechtlich relevanten, möglichen Einsätze sind deutlich höher als der Einzeleinsatz. Die Erheblichkeit der möglichen Verluste wird unmittelbar durch den Vorzählfaktor beeinflusst, dessen geringe Durchlassrate zum Ausschluss der teleologischen Reduktion des Glücksspielbegriffs führen kann, selbst wenn im Einzelanruf „nur“ 0,5 Euro fällig werden⁴⁷².

dd) Mögliche Einsätze in der Call-In-Show, insb. in der Hot-Button-Variante

Spielangebote in der Call-In-Show ermöglichen das kontinuierliche Mitspielen für die Dauer der Sendezeit. Insbesondere das Hot Button - Spielmodell ist auf das kontinuierliche Mitspielen ausgerichtet, auch ohne dass ein Moderator ständig zur wiederholten Teilnahme aufruft. Der teilnahmewillige Anrufer, der die vermeintliche Lösung auf die Quizfrage kennt und den erheblichen Gewinn anstrebt, *kann* hier über die gesamte Spielzeit durch regelmäßiges bzw. dauerhaftes Anrufen kontinuierlich und erfolglos mitspielen⁴⁷³. Ob er dies tut bzw. wie viele teilnahmewillige dies tun, ist unerheb-

⁴⁷¹ Der Spieler kann durch Mehrfachanrufe folglich nur die erste zufallsabhängige Hürde des Vorzählfaktors überwinden, der ihn im Einzelanruf an einer Registrierung hindert. Trotzdem wird das Spiel durch Mehrfachanrufe nicht zum „teuren Geschicklichkeitsspiel“, sondern bleibt wesentlich zufallsabhängiges Glücksspiel. Die zweite zufallsabhängige Hürde in Form der Kandidaten- oder Gewinnerauslosung bleibt unbeeinflussbar und trägt auch unter Ausschaltung des Vorzählfaktors wesentlich zum Spielausgang bei.

⁴⁷² Und zwar auch dann, wenn man noch einen Abzug für die Beträge vornimmt, die nicht der Spielveranstalter als „als Einsatz“ beansprucht, sondern der TK-Dienstleister für seine (nutzlosen) technischen Verbindungsherstellungen.

⁴⁷³ Aus Sicht der Veranstalter stellt dies den Idealfall dar, auch wenn die Zuschauer in den Teilnahmebedingungen darum gebeten werden, auf ihr „Telefonierverhalten“ zu achten.

lich⁴⁷⁴. Entscheidend für das Vorliegen eines strafbaren Glücksspiels als abstraktem Gefährdungsdelikt ist hier die Auslobung beträchtlicher Gewinne durch den Spielveranstalter unter gleichzeitiger Einräumung der Möglichkeit, diese durch kontinuierliches Mitspielen unter sich wiederholender Einsatzleistung zu erlangen. Wer zunächst verliert, kann sein Glück weiter versuchen und durch Daueranrufe vermeintlich beeinflussen. Hier werden Hasardeure in gleichem Maße angesprochen, wie beim Roulette oder am Glücksspielautomat.

Exemplarisch hierzu zwei in der Rundfunk-Spielpraxis typische Spielabläufe:

Für die Beantwortung einer (lösbaren) Wissensfrage wird ein wertvoller Geldgewinn geboten, die Zulassung des ersten Kandidaten erfolgt jedoch (zufällig oder beeinflusst) nicht mit der Aufgabenstellung, sondern deutlich später. Das Spiel ist darauf ausgerichtet, dass Teilnehmer, die die Lösung kennen, anrufen, bis der Auswahlmechanismus einen Kandidaten durchstellt. Wenn Teilnehmer die Mehrwertnummer hier kontinuierlich anwählen, bis der Hot Button einen Kandidaten zulässt oder das Spiel beendet wird, entstehen bei Kosten von 0,5 Euro pro Anruf bereits nach 15 Minuten Spielzeit Summen von bis zu 75 Euro, nach einer Stunde sind Verluste von bis zu 300 Euro möglich⁴⁷⁵.

Gleiches gilt, wenn zwar die Anruferdurchlassrate höher ist, aber Ratefragen mit unzähligen möglichen, nach den Denkgesetzen logischen und gleichwertigen Antworten zur Lösung gestellt werden. Das Spiel ist darauf ausgerichtet, dass Teilnehmer, die mögliche Lösungen kennen, anrufen und raten, bis das Spiel aufgelöst wird⁴⁷⁶. Die möglichen

⁴⁷⁴ Nichtsdestotrotz belegt die Praxis, dass Zuschauer dies tun und sich durch mehrwertgebührenpflichtige Gewinnspielangebote zu 0,5 EUR pro Anruf an den Rand des finanziellen Ruins und darüber hinaus begeben: Vgl. zu konkreten Beispielen etwa *Latsch/Repke*, Spiegel, 38/04, 102/104 (Berichtet wird von zwei *9Live*-Zuschauern, die 1.500 EUR bzw. 16.000 EUR vertelefontiert hatten) und *Labenski*, Morgenpost vom 02.07.2005 (Eine Rentnerin hatte in 47 Tagen 44.000 mal das T-Vote-Call-System der *DTAG* zur Teilnahme an *9Live* Gewinnspielen angewählt und eine Rechnung von über 23.000 EUR erhalten. Zudem kursiert im Internet u.a. ein Mitschnitt einer *9Live* Call-In-Show vom 23.12.2006, in welchem eine Anruferin dem Moderator mitteilt, sie habe in den letzten Wochen 3.100 EUR vertelefontiert (Zitat: „Ich verspiel mein Hab und Gut und hinterher ärgert es mich immer!“).

⁴⁷⁵ Ein Anruf, bei dem der Teilnehmer unmittelbar abgewiesen wird, dauert vom Verbindungsaufbau durch Drücken der Wahlwiederholung bis zur Trennung der Verbindung nach der negativen Bandansage durchschnittlich sechs Sekunden, sodass nach 15 Minuten bereits einhundertfünfzig Anrufe getätigt sein können, in der Stunde bis zu sechshundert. Wenn das einzelne Spiel bzw. der einzelne Anruf 0,5 EUR kostet, kommt man auf einen Betrag von 75 EUR nach 15 Minuten bzw. 270 EUR nach einer Stunde. Auch bei Abzug eines Betrages, der nicht dem Spielveranstalter als „Einsatz“ zuzurechnen ist, weil er für die (nutzlosen) technischen Verbindungsherstellungen des TK-Providers angefallen ist, bleiben die potentiellen Verluste erheblich.

⁴⁷⁶ Bei den im TV üblichen Spielen - „Welche Worte mit ‚Tennis...‘, ‚Ski...‘, usw. suchen wir?“ oder „Welche Automarken, die ein ‚A‘ enthalten, suchen wir?“ - darf der durchgestellte Anrufer regelmäßig nur eine Lösungsmöglichkeit nennen.

Einsätze pro Stunde liegen hier in dem soeben errechneten Rahmen. Sie sind etwas geringer zu veranschlagen, weil Teilnehmer, die kontinuierlich mitspielen, mitunter ins Studio gestellt werden, um eine der zahlreichen Lösungsmöglichkeiten zu kommunizieren. Dadurch fällt aber nur unwesentlich mehr Zeit an, als bei unmittelbarer Abweisung des Anrufs⁴⁷⁷.

Hieraus wird deutlich, dass Spielangebote in der „Call-In-Show“ typischerweise einen erheblichen Vermögenswert als Spielgegenstand besitzen. Die Spiellust wird durch wertvolle Gewinne und die Möglichkeit des kontinuierlichen Mitspielens regelrecht „angeheizt“ und ausgenutzt.

3. Ergebnis

Bei Spielen über Mehrwertnummern ist der relevante Vermögenswert als Spielgegenstand - wie bei allen Glücksspielen - nicht nach dem Mindesteinsatz (durch den Einzelanruf) zu beurteilen, sondern nach den potentiellen Gewinnen und den möglichen Einsätzen als potentiellen Verlusten, die eingegangen werden sollen bzw. können, weil nach den Spielbedingungen durch Herbeiführung schneller Einzelspielentscheidungen die Möglichkeit der Mehrfachteilnahme (bis zur erfolgreichen Registrierung) oder das kontinuierliche Mitspielen (im Rahmen einer „Call-In-Show“) geboten wird, um die wertvollen Gewinne zu erhalten.

C. Die weiteren Tatbestandsvoraussetzungen

Strafbar handelt, wer ein Glücksspiel im Sinne der §§ 284 Abs. 1, 287 Abs. 1 StGB

- ohne behördliche Erlaubnis
- öffentlich
- veranstaltet (§ 284 Abs. 1 Alt . 1 und § 287 Alt. 1), hält (§ 284 Abs. 1 Alt. 2) oder Einrichtungen hierzu bereit hält (§ 284 Abs. 1 Alt . 3).

⁴⁷⁷ Die durchgestellten Spieler nennen die vermeintliche Lösung, danach wird die Verbindung sofort wieder getrennt.

I. Ohne behördliche Erlaubnis: Keine Glücksspiellizenz für private Anbieter nach dem Glücksspielstaatsvertrag (GlüStV)

Die behördliche Erlaubnis schließt die Tatbestandsmäßigkeit aus⁴⁷⁸. Die Erlaubnis kann sich aus einem Gesetz oder einem Verwaltungsakt des Trägers der Lotteriehochheit ergeben. Die Lotteriehochheit steht den Bundesländern zu⁴⁷⁹. Sie bezieht sich auf alle Glücksspiele, nicht nur auf Lotterien. Sie ist Ausfluss der allgemeinen polizeilichen Ordnungsgewalt und ergab sich bis zuletzt aus der Reichslotterieverordnung vom 06.03.1937⁴⁸⁰, soweit die Bundesländer keine neueren landesgesetzlichen Regelungen erlassen hatten⁴⁸¹.

Zur Aufhebung der Rechtszersplitterung einigten sich die Länder auf den Staatsvertrag zum Lotteriewesen in Deutschland, der zum 01.04.2004 in Kraft trat. Dieser manifestierte durch die § 5 Abs. 4 i.V.m Abs. 2 LottStV und das Fehlen von Erlaubnistatbeständen für private Anbieter das seit jeher bestehende faktisches Staatsmonopol für Glücksspiele.

Zwar hat das *BVerfG*⁴⁸² in der Entscheidung „Oddset“ - wie oben beschrieben - das bisherige Monopolsystem für den Glücksspielbereich der Sportwetten als teilweise verfassungswidrig eingeordnet, dem Staat aber nicht generell die Berechtigung abgesprochen, den Glücksspielbereich zu monopolisieren, sondern ihm eine Frist zur Neuregelung bis zum 31.12.2007 aufzugeben. So haben sich die Länder innerhalb dieses Zeitrahmens auf einen Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland („Glücksspielstaatsvertrag“, GlüStV) geeinigt, der zum 01.01.2008 in Kraft getreten ist. Dessen Ziel ist es laut § 1 Nr. 1, „das Entstehen von Glücksspielsucht und Wettsucht zu verhindern und die Voraussetzungen für eine wirksame Suchtbekämpfung zu schaffen“. Aus § 10 Abs. 2 i.V.m. Abs. 5 GlüStV ist zu lesen, dass auch in Zukunft - bis auf wenige Ausnahmen - keine „behördliche Erlaubnis“ im Sinne von § 284 StGB an private Glücksspielveranstalter erteilt wird⁴⁸³.

⁴⁷⁸ *Heine*, wistra, 2003, 441/443; *Schönke/Schröder/Eser/Heine*, § 284, Rn. 18; *LeipzKomm/von Bubnoff*, § 284, Rn. 22; *Lackner/Kühl*, § 284, Rn. 12; *Fischer*, § 284, Rn. 13. A.A.: *Jescheck/Weigend*, AT, S. 368 und *Roxin*, AT 1, § 10, Rn. 32 u. § 17, Rn. 62, die die Erlaubnis als Rechtfertigungsgrund sehen.

⁴⁷⁹ *BVerfGE* 28, 119/144 ff („Spielbanken-VO“); *Odenthal*, *GewArch* 1989, 222/224; *Volk*, *Glücksspiel*, S. 77.

⁴⁸⁰ *RGBl. I*, S.283.

⁴⁸¹ So galt beispielsweise in Bayern die LottVO fort, in Baden-Württemberg existierte das Gesetz über Lotterien und Ausspielungen vom 04.05.1982 (*GBl.* S.139).

⁴⁸² *NJW* 2006, 1261.

⁴⁸³ Allerdings hat die EU-Kommission Zweifel an der Vereinbarkeit des GlüStV mit der Dienstleistungverkehrs-freiheit gemäß Art. 49 EGV und hat bereits im Januar 2008 beschlossen, Deutschland offi-

Eine Ausnahme besteht nach den §§ 12 ff GlüStV 2006 (entspricht §§ 6 ff LottStV 2004) für Lotterien mit geringem Gefährdungspotential. Allerdings sind diese nach § 12 Abs. 1 Nr. 3 GlüStV (entspricht § 6 Abs. 1 Nr. 3 LottStV 2004) nur erlaubnisfähig, wenn mit der Veranstaltung „keine wirtschaftlichen Zwecke verfolgt werden, die über den mit dem Hinweis auf die Bereitstellung von Gewinnen verbundenen Werbeeffekt hinausgehen“. Außerdem darf nach § 13 Abs. 2 Nr. 2 GlüStV (entspricht § 7 Abs. 2 Nr. 2 LottStV 2004) insbesondere keine Erlaubnis erteilt werden, wenn „eine interaktive Teilnahme in Medien mit zeitnaher Gewinnbekanntgabe ermöglicht wird“⁴⁸⁴.

Somit sind Gewinnspiele über Mehrwertnummern, die Glücksspiele im Sinne des StGB darstellen, generell nicht als Lotterien gemäß dem GlüStV genehmigungsfähig, weil sie typischerweise zur unmittelbaren Gewinnerzielung aus Mehrwertgebühren veranstaltet werden. Erscheinungsformen im Rundfunk sind darüber hinaus als interaktive Spielmodelle mit zeitnaher Gewinnbekanntgabe einzuordnen und auch aus diesem Grunde keiner „behördlichen Erlaubnis“ im Sinne der §§ 284, 287 StGB zugänglich.

Die Veranstaltung von Gewinnspielen über Mehrwertnummern, welche sich unter oben beschriebenen Voraussetzungen als Glücksspiel im Sinne der §§ 284, 287 StGB darstellt, erfolgt somit zwangsläufig „ohne behördliche Erlaubnis“⁴⁸⁵.

ziell um Auskunft über nationale Rechtsvorschriften zur Beschränkung des Angebots von Glücksspielen zu ersuchen (vgl. Pressemitteilung der EU-Kommission vom 31.01.2008, IP/08/119). Diese Vorgehensweise stellt gemäß Art. 226 EGV die erste Stufe eines Vertragsverletzungsverfahrens dar.

⁴⁸⁴ In den Erläuterungen (Stand: November 2003) zu § 7 Abs. 2 Nr. 2 LottStV 2004 waren neben dem „Internet“ explizit auch das „TV mit Rückkanal“ und Spiele über „SMS“ aufgezählt. Nach Intervention mehrerer Bundesländer, darunter Bayern und NRW, wurde eine ausdrückliche Regelung ausklammert (zitiert nach Harte/Henning/*Bruhn*, Vor § 4 Nr. 5 UWG, Rn. 39 u. Fn. 820).

⁴⁸⁵ Neben dem Glücksspielstaatsvertrag und den diesen ausführenden Landesgesetzen sowie den als Landesrecht fortgeltenden Regelungen zur Zulassung öffentlicher Spielbanken (SpielbankenG vom 14.07.1933 [RGG I, 480] und SpielbankenVO vom 31.01.1944 [RGG I, 60]) kann eine „behördliche Erlaubnis“ zudem gemäß § 2 Abs. 1 Rennwett- und Lotteriesgesetz (RennwLottG vom 08.04.1922, RGG I, 335, 393) an private Buchmacher, die „gewerbsmäßig Wetten bei öffentlichen Leistungsprüfungen abschließen oder vermitteln“ wollen, erteilt werden. Diese Ausnahme von der öffentlich-rechtlichen Monopolsituation hat historische Gründe und ist insbesondere auf die Bedeutung der Pferdezucht im 19. Jahrhundert zurückzuführen (Vgl. dazu *Vofskuhle*, GewArch 2001, 177, m.w.N. zur historischen Entwicklung in Fn. 3).

Eine gewerberechtliche Genehmigung nach den §§ 33c ff GewO ist dagegen nicht „behördliche Erlaubnis“ im Sinne der §§ 284, 287 StGB. Soweit sich die GewO auf Glücksspiele bezieht, liegt von vornherein kein Glücksspiel im Sinne der §§ 284, 287 StGB vor, vgl. dazu *Brandl*, S. 68 und Kapitel 6.

Auch die Landesmedienanstalten sind formell-rechtlich nicht zuständig, eine „behördliche Erlaubnis“ im Sinne der §§ 284, 287 StGB zu erteilen. Dennoch entfaltet die rundfunkrechtliche Genehmigung, die die Ausstrahlung von Rundfunk in der im Programmschema beschriebenen Art und Weise erlaubt und damit grundsätzlich auch die Sendung von „Call-In-Shows“ zulässt, eine gewisse Legalisierungswirkung. Entscheidend für das Vorliegen einer „behördlichen Erlaubnis“ ist nicht die materielle Rechtmäßigkeit, sondern allein die formale Wirksamkeit (vgl. MünchKommStGB/*Groeschke/Hohmann*, § 284, Rn. 21). Hieran fehlt es nur dann, wenn die Erlaubnis nach den Maßstäben des Verwaltungsverfahrensrechts als nichtig anzusehen ist, also insbesondere die Voraussetzungen des §

II. Öffentlich

Eine Veranstaltung ist „öffentlich“ im strafrechtlichen Sinne, wenn sie dem Publikum als einem nicht fest umrissenen Personenkreis nach außen erkennbar zugänglich gemacht wird⁴⁸⁶. Entscheidend ist nicht die Öffentlichkeit des Ortes, sondern die Tatsache, dass es dem Publikum freisteht, sich zu beteiligen⁴⁸⁷.

Gewinnspiele über Mehrwertnummern werden notwendigerweise „öffentlich“ durchgeführt.

III. Die einzelnen Begehungsformen

1. Veranstalten nach § 284 Abs. 1 Alt. 1 StGB bzw. § 287 Abs. 1 StGB

„Veranstalter“ ist derjenige, der die maßgebenden rechtlichen und organisatorischen Rahmenbedingungen für die Spieldurchführung schafft und dem Publikum den Abschluss von Spielmöglichkeiten – im Falle des § 287 StGB nach dem aufgestellten Spielplan - unmittelbar eröffnet⁴⁸⁸. Der Veranstalter muss nicht wirtschaftlicher Unternehmer des Glücksspiels sein oder eigene finanzielle Interessen verfolgen⁴⁸⁹. Auch der tatsächliche Abschluss von Spielverträgen wird nicht vorausgesetzt. Vollendung des Veranstaltens tritt regelmäßig in dem Zeitpunkt ein, in dem eine invitatio ad offerendum zum Abschluss eines Spielvertrages an die Öffentlichkeit gemacht wird⁴⁹⁰.

Der Content-Provider, der in der Öffentlichkeit als Spielmacher auftritt, ist Veranstalter im Sinne der §§ 284, 287 StGB. Dies trifft etwa auf die spieldurchführenden Hörfunk- und TV-Sender zu, grundsätzlich aber nicht auf die Telekommunikationsdienstleister, die die Rufnummern bereitstellen und verwalten.

41 VwVfG vorliegen. Daher kann das Vorliegen einer rundfunkrechtlichen Genehmigung durchaus schon den objektiven Tatbestand der §§ 284, 287 StGB entfallen lassen und ansonsten auch im subjektiven Tatbestand relevant sein.

⁴⁸⁶ RGSt 57, 190/193; RGSt 63, 44/45.

⁴⁸⁷ OLG Düsseldorf, GA 1968, 88; Schönke/Schröder/Eser/Heine, § 284 StGB, Rn. 9.

⁴⁸⁸ RGSt 60, 385/386; BayObLG, NJW 1993, 2820/2821; Schönke/Schröder/Eser/Heine, § 284 StGB, Rn. 12 und § 287, Rn. 15.

⁴⁸⁹ HM, vgl. etwa BGH, wistra 2003, 145/146 m.w.N; BayObLG, NJW 1993, 2820/2821; Schönke/Schröder/Eser/Heine, § 284, Rn. 12 und § 287, Rn. 15; Lampe, JuS 1994, 737/741. A.A. BayObLG, NJW 1979, 2258.

⁴⁹⁰ eingehend Thumm, Internetglücksspiel, S. 45 ff.

2. Halten nach § 284 Abs. 1 Alt 2 StGB

„Halter“ eines Glücksspiels ist, wer sich für den konkreten Spielablauf verantwortlich zeigt oder als Spielmacher am eigentlichen Spiel teilnimmt⁴⁹¹.

Danach könnte grundsätzlich auch der Regisseur einer „Call-In-Show“, der den Start und das Ende des Spiels bestimmt sowie die Gewinnsummen und die Gewinnverteilung festlegt, „Halter“ im Sinne von § 284 StGB sein. Bezüglich des Moderators wird es regelmäßig an einer entsprechenden Eigenverantwortung fehlen.

Im Rahmen des § 287 StGB wird der „Halter“ nicht als Täter bestraft, sein Tun kann jedoch als Beihilfe zum „Veranstalten“ strafrechtlich relevant sein.

3. Bereitstellen von Einrichtungen nach § 284 Abs. 1 Alt. 3 StGB

Das „Bereitstellen von Einrichtungen“ erhebt als dritte und subsidiäre Alternative des § 284 Abs. 1 StGB Vorbereitungshandlung zum selbständigen Tatbestand. Erfasst werden nach herrschender Meinung als „Einrichtungen“ alle Gegenstände, die dazu bestimmt sind, zu Glücksspielen benutzt zu werden. Darunter fallen nicht nur eigentliche Spiel-einrichtungen wie der Roulette-Tisch, sondern auch uneigentliche, wie der „normale“ Tisch, an dem gespielt wird bzw. die Räumlichkeit, in der das Spiel stattfindet⁴⁹². Dies ist vertretbar, solange das „Bereitstellen“ als subjektives Element die Kenntnis der beabsichtigten Verwendung der Gegenstände zum Glücksspiel enthält⁴⁹³.

Bei Gewinnspielen über Mehrwertnummern stellt sich die Frage, ob beteiligte TK-Dienstleister durch Schaltung von Mehrwertnummern und der Audiotex-Plattform „Spieleinrichtungen“ im Sinne der Norm bereitstellen. Dies kann anzunehmen sein, wenn diese als Nummernprovider - wie in der Werbepaxis üblich - ihre telekommunikationstechnische Infrastruktur explizit zur Durchführung entgeltlicher Spielkonzepte anbieten, die sich als Glücksspiele darstellen. Ansonsten konnten Netzbetreiber nach § 9 Abs. 1 S. 1 TDG grundsätzlich nicht strafrechtlich verantwortlich gemacht werden. Zwar findet sich in § 8 Abs. 1 S. 1 TMG eine entsprechende Regelung, allerdings findet das Telemediengesetz gemäß § 1 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 keine Anwendung auf Mehrwertdienste als telekommunikationsgestützte Dienste nach § 3 Nr. 25 TKG.

⁴⁹¹ Brandl, *Spielleidenschaft*, S. 86; Schönke/Schröder/Eser/Heine, § 284, Rn. 13; Lampe, *JuS* 1994, 737/741.

⁴⁹² RGSt 56, 117/118; BayObLGSt 1993, 8/13; BGH, *NStZ* 2003, 372/373 f („Oddset-Wetten“); Schönke/Schröder/Eser/Heine, § 284, Rn. 15; LeipzKomm/vonBubnoff, § 284 StGB, Rn. 20. A.A.: Lampe, *JuS* 1994, 737/740, der nur spieltypische Gerätschaften erfassen will.

⁴⁹³ Brandl, *Spielleidenschaft*, S. 90.

Wird das mehrwertgebührenpflichtige Gewinnspiel als Lotterie oder Ausspielung nach § 287 StGB veranstaltet, wird derjenige, der Einrichtungen bereitstellt, nicht als Täter bestraft, kann aber wegen Beihilfe verantwortlich sein.

IV. Subjektiver Tatbestand

Auf subjektiver Seite muss der Täter Vorsatz hinsichtlich der Veranstaltung verbotener Glücksspiele besitzen. Der Vorsatz muss alle tatsächlichen Umstände umfassen, die das Spiel zu einem unter Strafe stehenden Glücksspiel machen.

Bei Irrtümern des Täters ist zu differenzieren: Ein Tatbestandsirrtum nach § 16 StGB liegt vor, wenn der Täter ein Merkmal des Tatbestandes überhaupt nicht in seine Vorstellung aufgenommen hat⁴⁹⁴, ein Verbotsirrtum gemäß § 17 ist gegeben, wenn er trotz voller Kenntnis des Unrechts-Sachverhaltes nicht weiß, dass sein Handeln nicht erlaubt ist⁴⁹⁵. Glaubt der Glücksspielveranstalter etwa, er besitze eine behördliche Erlaubnis oder sein Spiel werde wesentlich von der Geschicklichkeit der Spieler bestimmt, weil er den Einfluss des Zufalls unterschätzt, liegt ein Tatbestands- oder Subsumtionsirrtum vor, der gemäß § 16 Abs. 1 S. 1 StGB den Vorsatz entfallen lässt. Nimmt der Glücksspielveranstalter dagegen an, jeder noch so geringe Einfluss des Geschicks auf den Spiel Ausgang führe zur Annahme eines Geschicklichkeitsspiels, die Ausrichtung des Spiels auf eine Mehrfachteilnahme sei unbeachtlich, die auf dem Spiel stehenden Vermögenswerte seien rechtlich unerheblich⁴⁹⁶ oder eine behördliche Erlaubnis sei nicht erforderlich⁴⁹⁷, so unterliegt er einem Verbotsirrtum nach § 17 S. 1 StGB. Eine schuldhafte Begehung der Tat und damit eine Strafbarkeit entfällt gemäß § 17 S. 2 StGB nur bei Unvermeidbarkeit des Irrtums.

Soweit mehrwertgebührenpflichtige Gewinnspiele in aktuellen Erscheinungsformen im Rundfunk aufgrund der hohen Anruferabweisung oder der kontinuierlichen Mitspielmöglichkeit in der Call-In-Show Glücksspiele im Sinne der §§ 284, 287 StGB darstellen, könnten sich die Veranstalter in einem unvermeidbaren Verbotsirrtum hinsichtlich der rechtlichen Einordnung ihrer Spielangebote befinden bzw. von einer behördlichen Erlaubnis ausgehen. Zwar sind die Landesmedienanstalten nicht zuständig, die Unbedenklichkeit entgeltlicher Spielangebote zu prüfen und zu bescheinigen, doch haben sie

⁴⁹⁴ Vgl. *Roxin*, AT 1, § 12, Rn. 95.

⁴⁹⁵ Vgl. *Roxin*, AT 1, § 21, Rn. 1.

⁴⁹⁶ Vgl. hierzu RGSt 19, 253/254: Der Wert des Spielobjektes ist wesentlicher Bestandteil des Rechtsbegriffs „Glücksspiel“.

⁴⁹⁷ Vgl. *Schönke/Schröder/Eser/Heine*, § 284, Rn. 23.

dies durch Erteilung von Rundfunklizenzen zumindest indirekt getan. Hinzu kommt, dass zuständige Behörden wie die *Staatsanwaltschaft München*⁴⁹⁸ sowie Gerichte wie das *LG Freiburg*⁴⁹⁹ und das *LG München*⁵⁰⁰, bestätigt durch das *OLG München*⁵⁰¹ den Glücksspielcharakter der Mehrwertdienste-Spielformate bei Mehrwertgebühren im Bereich von 0,5 Euro fälschlicherweise generell verneint haben.

D. Resümee

Der Spielausgang im mehrwertgebührenpflichtigen Gewinnspiel ist trotz Stellung einer Quizfrage in der Gesamtbetrachtung grundsätzlich wesentlich zufallsabhängig, wenn die Spielentscheidung mit einer Kandidatenvorselektion oder Gewinnerauslosung kombiniert ist. Das Gewinnspielangebot kann bereits bei Abwicklung über 0137x-Rufnummern zu 0,5 Euro pro Anruf den objektiven Tatbestand des strafbaren Glücksspiels erfüllen, wenn es objektiv auf die mehrfache oder kontinuierliche Teilnahme ausgerichtet ist, wodurch Beträge ab dem mittleren einstelligen Euro-Bereich verspielt werden können. Dies ist in der Call-In-Show typischerweise der Fall, bei Spielen in der modifizierten Anrufbeantwortervariante bei entsprechend geringer Durchlassrate.

⁴⁹⁸ Vgl. Einstellungsverfügung vom 21.04.2007 - 124 Js 12258/03 (vgl. *9Live* - Pressemitteilung vom 23.04.2004, abrufbar unter <http://www.presseportal.de/story.htx?nr=549701&search=neun,live> (Stand: 22.09.2007)).

⁴⁹⁹ LG Freiburg, Urteil vom 12.05.2005, Az.: 3 S 308/04, MMR 2005, 547.

⁵⁰⁰ LG München I, Beschluss vom 28.07.2005, Az.: 17 HK O 13392/05, abrufbar unter <http://www.mehrwertdiensteundrecht.de/lg-muenchen-9-live-wettbewerbsgemaess-17-HK-O-13392-05.html> (Stand: 22.09.2007).

⁵⁰¹ OLG München, Beschluss vom 22.12.2005, Az.: 6 W 2181/05, MMR 2006, 225/226.

Kapitel 6: DIE GEWERBERECHTLICHE BEURTEILUNG

In diesem Teil wird untersucht, unter welchen Voraussetzungen die Veranstaltung mehrwertgebührenpflichtiger Gewinnspiele gewerberechtlich erlaubnisfrei durchgeführt werden kann bzw. einer gewerberechtlichen Erlaubnis bedarf (B.) bzw. eine gewerberechtliche Erlaubnis erteilt werden kann (C.). Zuvor wird auf den Zweck der Regelungen zum gewerblichen Spiel und ihr Verhältnis zu den strafrechtlichen Normen eingegangen (A.).

A. Normweck der §§ 33c ff GewO und Verhältnis zu den §§ 284 ff

StGB

Das Gewerberecht ist Ordnungsrecht in Form von Wirtschaftsüberwachungsrecht⁵⁰². Es soll vor erheblichen Gefahren, Nachteilen und Belästigungen schützen, die erfahrungsgemäß mit bestimmten wirtschaftlichen Betätigungen einhergehen⁵⁰³.

Die Gesetzgebungskompetenz für das gewerbliche Spielrecht leitet der Bund somit aus dem „Recht der Wirtschaft“ gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG ab⁵⁰⁴. Aus § 33h Nr. 3 GewO ergibt sich die grundsätzliche kompetenzrechtliche Abgrenzung zum materiellen Glücksspielrecht durch die Unterscheidung zwischen Glücksspiel einerseits und Geschicklichkeitsspiel andererseits. Dennoch besteht zwischen Glücksspielbegriff und gewerberechtlichem Spielbegriff kein Ausschließlichkeitsverhältnis, wie etwa § 33h Nr. 2 GewO zeigt. Einzelne Bereiche des Glücksspiels, bei denen die wirtschaftliche Bedeutung der ordnungsrechtlichen vorgeht, sind in der GewO geregelt⁵⁰⁵.

Die §§ 33c ff GewO zielen auf die Eindämmung der übermäßigen gewerblichen Ausnutzung des menschlichen Spieltriebes ab und sollen gewährleisten, dass die Spieler trotz gewerbsmäßiger Nutzung des Spieltriebes keine unangemessen hohen Verluste erleiden können (vgl. § 33e Abs. 1 S. 1 GewO)⁵⁰⁶.

Zunächst war das Veranstalten von Spielen mit Gewinnmöglichkeit nur durch die strafrechtlichen Bestimmungen der §§ 284 ff StGB beschränkt, wodurch insbesondere Geschicklichkeitsspiele ohne Genehmigung überall und von jedermann veranstaltet werden

⁵⁰² *Sprengr-Richter*, in: Robinski, Gewerberecht, S. 1.

⁵⁰³ BVerwG, GewArch 1976, 293.

⁵⁰⁴ Vgl. Begr. RegE ÄndGewO, BT-Drucks. 8/1863, S. 10.

⁵⁰⁵ Vgl. auch *Brandl*, Spielleidenschaft, S. 53.

⁵⁰⁶ *Tettinger/Wank*, Vor §§ 33c ff, Rn. 9; *Marcks*, in: Robinski, Gewerberecht, S. 49.

konnten. Mit dem Aufkommen technisch und mechanisch betriebener Spieleinrichtungen erwies sich die Abgrenzung von Glücks- zu Geschicklichkeitsspiel als zunehmend schwierig. Eine Vielzahl von Gerichtsverfahren mit sich widersprechenden Entscheidungen war die Folge. Der Gesetzgeber fügte daraufhin die Genehmigungspflicht für das gewerbliche Aufstellen von „mechanisch betriebenen Spielen und Spielgeräten, die die Möglichkeit eines Gewinns bieten“, in die Gewerbeordnung ein⁵⁰⁷. Dadurch sollte eine vorbeugende Kontrolle geschaffen werden und den Spielveranstaltern der nachträgliche Einwand entzogen werden, nur ein genehmigungsfreies Geschicklichkeitsspiel zu betreiben. 1960 wurde die Genehmigungsbedürftigkeit von Spielen mit Gewinnmöglichkeit auf nicht mechanische Spiele aller Art erweitert⁵⁰⁸.

Aus dem Normzweck der §§ 33c ff GewO und dem Verhältnis zu §§ 284 ff StGB folgt: Spielveranstalter, die gewerbsmäßig Spiele veranstalten wollen, benötigen nach dem Willen des Gesetzgebers zwingend eine gewerberechtliche Genehmigung, wenn sie keine landesrechtliche Glücksspielkonzession besitzen bzw. diese aufgrund des Staatsmonopols nicht erhalten können⁵⁰⁹. Das Erfordernis einer Konzessionspflicht für grundsätzlich⁵¹⁰ jede gewerbsmäßige Spielveranstaltung unter Einräumung von Gewinnchancen ist anerkanntermaßen notwendig, um Manipulationspotentiale und damit verbundene Vermögensschädigungen der Spieler von vorneherein auszuschließen⁵¹¹.

B. Voraussetzungen einer Erlaubnispflicht

I. Die gewerbsmäßige Spielveranstaltung

1. Der Gewerbebegriff

Gewerbsmäßig ist jede erlaubte, auf Gewinnerzielung gerichtete und auf gewisse Dauer angelegte, selbständige Tätigkeit, ausgenommen der Urproduktion, der freien Berufe und der bloßen Verwaltung eigenen Vermögens⁵¹². Die Formel dient der Bestimmung des wirtschaftlichen Bereichs, der einer Aufsicht der Gewerbebehörden bedarf. Die betreffende Tätigkeit muss nach ihrem gesamten Erscheinungsbild als gewerberechtlich

⁵⁰⁷ Gesetz zur Änderung der GewO vom 18.12.1933 (RGBl I, 3, 16).

⁵⁰⁸ Viertes Gesetz zur Änderung der GewO vom 05.02.1960 (BGBl I, 61, 92)

⁵⁰⁹ So ausdrücklich auch OVG LSA, GewArch 2006, 163 f und *Odenthal*, GewArch 2006, 58/59 f. Vgl. auch BVerwG, GewArch 2002, 76/77 („Good Luck II [neu]“) und OLG Hamburg, MMR 2000, 92. A.A. AG Wiesbaden, GewArch 2005, 485.

⁵¹⁰ Zu den Ausnahmen: dieses Kapitel, B, II.

⁵¹¹ So auch *Schmidt*, WRP 2004, 576/591; *Belz*, Glücksspiel, S. 125.

⁵¹² BVerwG, GewArch 1976, 293; BVerwG, GewArch 1993, 196.

regelungsbedürftig angesehen werden (sog. Gesamtbildtheorie)⁵¹³. Nach der Gesamtbildtheorie sollen wirtschaftlich belanglose Betätigungen im kleinen Rahmen von den gewerberechtlichen Regelungen ausgenommen sein⁵¹⁴.

Eine auf Dauer angelegte Tätigkeit wird nicht nur gelegentlich, zufällig oder auf vorübergehende Zeit vorgenommen. Es genügt die Einzelhandlung, wenn die mehrmalige Vornahme bei bestimmter Gelegenheit geplant ist, ohne zwingend zu einem ununterbrochenen geschäftlichen Betrieb zu führen. Wichtiges Indiz ist die Wiederholungs- oder Fortsetzungsabsicht. Sie liegt vor, wenn sich der Handelnde, durch die Tätigkeit - zumindest für einen gewissen Zeitraum - eine laufende Einnahmequelle erschließen will⁵¹⁵.

Die Gewinnerzielungsabsicht liegt im planmäßigen Streben, mehr zu erwirtschaften, als zur Deckung der betrieblichen Kosten erforderlich ist⁵¹⁶. Gewinn ist jeder unmittelbare oder mittelbare wirtschaftliche Vorteil, der zu einem nennenswerten Überschuss über den Ausgleich der eigenen Aufwendungen hinausführt⁵¹⁷. Eine mittelbare Gewinnerzielungsabsicht liegt vor, wenn Leistungen wegen ihres Werbeeffektes unentgeltlich oder zum Selbstkostenpreis zur Verfügung gestellt werden⁵¹⁸. Wenn sich der erstrebte Gewinn - regelmäßig ablesbar am tatsächlichen Gewinn - als Bagatelle darstellt, fällt das gewerberechtliche Regelungsbedürfnis nach dem Gesamtbild weg⁵¹⁹.

Selbständig handelt, wer im eigenen Namen und in aller Regel auf eigene Rechnung und in eigener unternehmerischer Verantwortung tätig wird⁵²⁰.

Erlaubt ist jedes Tun, das nicht sozial unwertig und damit generell verboten ist⁵²¹.

Kein Gewerbe ist die Urproduktion als Land- und Forstwirtschaft, Weinbau, Tierzucht u.ä.

Gleiches gilt für die Ausübung eines freien Berufes als freie wissenschaftliche, künstlerische und schriftstellerische Tätigkeit höherer Art, sowie persönliche Dienstleistungen höherer Art, die eine höhere Bildung erfordern⁵²².

⁵¹³ BVerwG, GewArch 1976, 293; Landmann/Rohmer/Kahl, Einl GewO, Rn. 52.

⁵¹⁴ Sprenger-Richter, in: Robinski, S. 20.

⁵¹⁵ Landmann/Rohmer/Kahl, Einl GewO, Rn. 9; Sprenger-Richter, in: Robinski, S. 30.

⁵¹⁶ Sprenger-Richter, in: Robinski, S. 20.

⁵¹⁷ Tettinger/Wank, § 1, Rn. 13.

⁵¹⁸ BVerwGE 20, 325/329.

⁵¹⁹ Tettinger/Wank, § 1, Rn. 13; Landmann/Rohmer/Kahl, Einl GewO, Rn. 48.

⁵²⁰ Landmann/Rohmer/Kahl, Einl GewO, Rn. 35.

⁵²¹ Landmann/Rohmer/Kahl, Einl GewO, Rn. 38.

⁵²² BVerwG, NJW 1977, 722.

2. Konsequenzen für mehrwertgebührenpflichtige Gewinnspielangebote

Für die Einordnung der Veranstaltung von Spielen mit Gewinnmöglichkeit über Mehrwertnummern als gewerbsmäßiger Tätigkeit kommt es somit auf die Frage an, ob nach dem Gesamtbild eine auf Dauer angelegte Tätigkeit mit Gewinnerzielungsabsicht anzunehmen ist⁵²³.

Da Gewinnspiele über Mehrwertnummern durch die Beteiligung der Veranstalter an den Mehrwertgebühren typischerweise (auch) zur Einnahmegenerierung genutzt werden, handeln die Spielanbieter in Gewinnerzielungsabsicht. Wer Mehrwertnummern schaltet und Gewinnspiele anbietet, um sich durch die anfallenden Mehrwertgebühren eine Einnahmequelle zu erschließen, handelt offensichtlich gewerbsmäßig im Sinne der Gewerbeordnung.

Auch hinsichtlich aktueller Erscheinungsformen im Rundfunk ist die auf Dauer angelegte Tätigkeit erkennbar: Die Gewinnspiele werden von TV-Anbietern (mehrmals) täglich bis (mindestens) wöchentlich angeboten bzw. von Hörfunk-Sendern regelmäßig wiederkehrend und dann über Wochen und Monate andauernd präsentiert. Hier liegt ein wesentlicher Unterschied zu herkömmlichen reinen Werbe- oder Kundenbindungsspielen, die üblicherweise unregelmäßig und sporadisch angeboten werden⁵²⁴.

Die Tatsache, dass mehrwertgebührenpflichtige Spielangebote in den Rundfunk eingebunden sind, veranlasst nicht dazu, im Gesamtbild gewerbsmäßiges Handeln von vornherein zu verneinen: Das Angebot mehrwertgebührenpflichtiger und damit entgeltlicher Gewinnspiele ist keine spezifische Ausübung einer freiberuflichen journalistischen Tätigkeit und verliert nicht allein durch die Präsentation im Rundfunk seinen gewerblichen Charakter. Gerade aufgrund der Massenwirksamkeit der medialen Verbreitung des Spielangebots und des damit verbundenen Gewinnerzielungspotentials kann sich die Präsentation und Durchführung mehrwertgebührenpflichtiger Gewinnspiele in TV und Hörfunk bei entsprechender Ausgestaltung des Spielangebotes (modifizierte Anrufbeantwortervariante / Hot Button Spiel) als eigenständiges, nicht rundfunktypisches, sondern gewerbsmäßiges Handeln darstellen. Die Rundfunkfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG wird im Rahmen der allgemeinen Gesetze gewährleistet, die Gewerbeordnung

⁵²³ Von einer generell verbotenen Tätigkeit ist nicht von vornherein auszugehen, da die §§ 33c ff GewO eine Genehmigungsfähigkeit der Veranstaltung von Spielen mit Gewinnmöglichkeit vorsehen. „Selbständige Gewerbetreibende“ sind auch juristische Personen, sofern die übrigen Merkmale des Gewerbebegriffs erfüllt sind (vgl. VGH Hessen, GewArch 1991, 343).

⁵²⁴ Vgl. zur Abgrenzung eines gewerblichen Spielangebots zu einem Spielangebot zu Marketingzwecken auch VG Oldenburg, GewArch 2003, 421/422.

bleibt anwendbar, wenn nicht (nur) Rundfunk dargeboten wird, sondern (auch) entgeltliche Spiele angeboten werden⁵²⁵.

Ausnahmsweise können insbesondere Gewinnspiele im Rundfunk und der Werbung aber trotz der Mehrwertgebührenpflichtigkeit der Teilnahme so veranstaltet werden bzw. so ausgestaltet sein, dass ein gewerbsmäßiges Handeln in der Gesamtbetrachtung nicht vorliegt: Dies ist der Fall, wenn das Gewinnspiel in der klassischen Anrufbeantworter-Variante abgewickelt wird und sich die mehrwertgebührenpflichtige Teilnahme als Surrogat für die kostenlose Teilnahme über den Postweg darstellt. Dies kann angenommen werden, wenn der Teilnehmer nicht mehr aufwenden muss, als eine Summe in Höhe des üblichen Briefportos und das Gewinnspiel akzessorisch zu einer (täglichen oder wöchentlichen) Sendung bzw. Zeitschrift bzw. Werbekampagne läuft, das Spielangebot also weder dauerhaft vorgehalten wird, noch auf ein wiederholtes Mitspielen im Sinne von mehrwertgebührenpflichtigen Mehrfachanrufen des einzelnen Teilnehmers abzielt.

Hier liegt in der Gesamtbetrachtung ein „willkommener Nebenverdienst“ aber kein gewerbsmäßiges Handeln vor bzw. ist trotz der Entgeltlichkeit des Spiels ausnahmsweise kein gewerberechtliches Regelungsbedürfnis gegeben⁵²⁶.

Im Ergebnis werden regelmäßig veranstaltete Gewinnspiele, bei denen zur Teilnahme eine Mehrwertnummer anzuwählen ist und ein Teil der Mehrwertgebühren dem Veranstalter des Gewinnspiels als Gegenleistung für die Gewinnchance zufließt, typischerweise gewerbsmäßig veranstaltet.

II. Keine ausnahmsweise erlaubnisfreien Spielveranstaltungen (sog. „Kleine Spiele“)

Nicht jede gewerbsmäßige Spielveranstaltung ist gewerberechtlich genehmigungsbedürftig. Das Gewerberecht sieht insbesondere die Erlaubnisfreiheit sogenannter „kleiner Spiele“ vor.

Nach § 33g Nr. 1 GewO kann das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit „im Einvernehmen mit dem Bundesministerium des Innern und für Familie, Senioren, Frauen und Jugend und mit Zustimmung des Bundesrates durch Rechtsverordnung bestimmen, dass für die Veranstaltung bestimmter anderer Spiele im Sinne von § 33d Abs. 1

⁵²⁵ Vgl. zum Teleshopping-Charakter der Spiele: Kapitel 7.

⁵²⁶ In diese Richtung gehen auch die Ausführungen des Gesetzgebers in der Begründung zum neuen UWG, vgl. Begr. RegE UWG, BT-Drucks 15/1487, S. 18. Vgl. hierzu Kapitel 8, C, II, 3, u. III.

S. 1 GewO eine Erlaubnis nicht erforderlich ist, wenn diese entgeltlichen Spiele überwiegend der Unterhaltung dienen und kein öffentliches Interesse an einer Erlaubnispflicht besteht“.

Aufgrund dieser Ermächtigungsgrundlage ist die Veranstaltung eines anderen Spiels im Sinne von § 33d Abs. 1 S. 1 GewO gemäß § 5a der Spielverordnung (SpielV) erlaubnisfrei, „wenn das Spiel die Anforderungen der Anlage erfüllt und der Gewinn in Waren besteht“.

Nach der Anlage zu § 5a SpielV sind bestimmte Spiele in Schank- oder Speisewirtschaften und Beherbergungsbetrieben sowie auf Volks- oder Schützenfesten sowie ähnlichen Veranstaltungen ausnahmsweise erlaubnisfrei gestellt. Begünstigt sind „Preisspiele“ als „von mehreren Spielern turniermäßig betriebene Geschicklichkeitsspiele, bei denen das Entgelt für die Teilnahme höchstens 15 Euro beträgt (Ziffer 2), „Gewinnspiele“ als „unter Beteiligung von einem oder mehreren Spielern betriebene, auf kurze Zeit angelegte Geschicklichkeitsspiele, bei denen die Gestehungskosten eines Gewinns höchstens 60 Euro betragen“ (Ziffer 3), „Auspielungen“ als „übliche Glücksspiele“, bei denen die „Gestehungskosten eines Gewinns höchstens 60 Euro betragen“ und „mindestens 50 von Hundert der Gesamteinsätze (..) als Gewinn an die Spieler zurückfließen“ (Ziffer 4) sowie „Jahrmarktspielgeräte“ als „unter Steuerungseinfluss des Spielers betriebene Spielautomaten mit beobachtbarem Spielablauf“, bei denen die „Gestehungskosten eines Gewinns höchstens 60 Euro betragen“ und „mindestens 50 von Hundert der Einsätze“ an die Spieler zurückfließen.

Gemeinsame Voraussetzung der erlaubnisfreien Spiele ist damit, dass es sich um Geschicklichkeitsspiele handelt. Eine Ausnahme stellen nur die Jahrmarktauspielungen nach Ziffer 4 dar, die als traditionelle Tätigkeit des Reisegewerbes privilegiert sind⁵²⁷.

Für mehrwertgebührenpflichtige Gewinnspielangebote gilt unabhängig von der Frage des Geschicklichkeitseinflusses: Allein das Abstellen auf die „kleinen“ Mehrwertgebühren im Einzelanruf macht die Spielveranstaltung nicht zum gewerberechtlich „kleinen Spiel“, welches erlaubnisfrei durchgeführt werden kann. Dies zeigt schon der Vergleich zu Spielgeräten mit Gewinnmöglichkeit im Sinne von § 33c GewO. Hier fallen im Einzelspiel derzeit „nur“ 0,2 Euro pro Spiel an (vgl. § 13 Nr. 1 der SpielV), dennoch steht die Genehmigungspflicht außer Zweifel. Die Aufzählung genehmigungsfreier Spiele in

⁵²⁷ Vgl. Landmann/Rohmer/Marcks, § 1 UnbBeschErtV, Rn. 3; Odenthal, GewArch 1989, 222/224 und GewArch 1990, 165; Volk, Glücksspiel, S. 97 f.

der Anlage zur Spielverordnung macht vielmehr deutlich, dass das genehmigungsfreie „kleine Spiel“ kleine Einsätze und kleine Gewinne beinhaltet. Bei entsprechender Anwendung der SpielV samt Anlage auf Gewinnspiele über Mehrwertnummern könnte eine Genehmigungsfreiheit allenfalls anzunehmen sein, wenn maximal (Waren-) Gewinne im Wert bis 60 Euro ausgelobt würden und vor allem fünfzig Prozent der Einsätze an die Spieler zurückfließen.

Insofern folgerichtig kam der *Bund-Länder-Ausschuss „Gewerberecht“* in seiner Herbstsitzung 2003 zu dem Ergebnis, dass Telefongewinnspiele, die im Fernsehen beworben werden, nicht dem „kleinen Spiel“ im Sinne des Gewerberechts zugeordnet werden können, soweit die versprochenen Gewinne „in die Tausende“ gehen⁵²⁸.

In diesem Fall besteht ein erkennbares öffentliches Interesse an einer Genehmigungspflicht, wenn die beschriebenen Gewinnspielangebote auf eine Mehrfachteilnahme oder das kontinuierliche Mitspielen ausgerichtet sind, weil sie dauerhaft vorgehalten werden oder mit einer unmittelbarer mehrwertgebührenpflichtigen Vorselektion operieren. Eine Parallele zu „kleinen Spielen“ im Sinne des Gewerberechts zu ziehen, liegt hier völlig fern, wenn man sich die Gewinnspiele betrachtet, die in Funk oder Fernsehen einem breiten Publikum täglich flächendeckend angeboten werden (können), wodurch Millionen von Euro im Monat eingenommen und bei entsprechend intensiver Ausgestaltung im Call-In-Sender auch ausgelobt werden (können). Aufgrund der erzielbaren Umsätze und der wirtschaftlichen Bedeutung der Spiele für die Veranstalter und der erheblichen potentiellen Gewinne für die Teilnehmer ist ein öffentliches Interesse an einer gewerberechtlichen präventiven Kontrolle zur Vermeidung von Vermögensgefährdungen der Spieler oder Manipulation der Veranstalter nicht von vornherein und offensichtlich ausgeschlossen.

III. Ergebnis

Mehrwertgebührenpflichtige Spiele in der klassischen Anrufbeantwortervariante ohne unmittelbare Anruferabweisung können dann als nicht gewerbsmäßig betriebene Spielangebote betrachtet werden, wenn die fälligen Mehrwertgebühren das übliche Briefporto nicht überschreiten.

Alle anderen Spielformen über Mehrwertnummern bedürfen einer gewerberechtlichen Erlaubnis, weil die präventiven Zwecke der Genehmigungspflichtigkeit (Vermeidung

⁵²⁸ Diskussion und Beschlüsse zusammengefasst von *Schönleitner*, *GewArch* 2004, 57/58.

von Manipulation, Ausschluss von unangemessen hohen Verlusten) grundsätzlich betroffen sind.

C. Voraussetzungen einer Erlaubnisfähigkeit

Gewinnspiele sind nach der Gewerbeordnung als „Spielgeräte“ (§ 33c GewO) und als „andere Spiele“ (§ 33d GewO) genehmigungsfähig. Durch Erlangung einer Aufstellungserlaubnis nach § 33c Abs. 1 S. 1 GewO können gewerbsmäßig „Spielgeräte mit Gewinnmöglichkeit“ aufgestellt werden, deren Bauart gemäß § 33c Abs. 1 S. 2 GewO von der Physikalisch-Technischen Bundesanstalt zugelassen sein muss. Mit einer Veranstaltererlaubnis nach § 33d Abs. 1 S. 1 GewO können „andere Spiele“ mit Gewinnmöglichkeit gewerbsmäßig veranstaltet werden. Die Genehmigung wird nur erteilt, wenn gemäß § 33d Abs. 2 GewO eine Unbedenklichkeitsbescheinigung vorliegt.

I. „Spielgeräte“ und „andere Spiele“

Im Folgenden wird auf die nach der Gewerbeordnung vorgenommene Differenzierung zwischen „Spielgeräten“ (§ 33c GewO) und „anderen Spielen“ (§ 33d GewO) eingegangen.

1. Spielgeräte mit „technischer Vorrichtung“ nach § 33c GewO

Spielgeräte im Sinne von § 33c GewO sind mit einer den Spielausgang beeinflussenden, technischen Vorrichtung ausgestattet. Die technische Vorrichtung des Spielgerätes bestimmt den Spielerfolg dabei selbstwirkend⁵²⁹. Sie tritt als „zweite Kraft“ neben das Geschick des Spielers⁵³⁰. Der Spieler kann den Spielablauf nicht auf Dauer gegen die technische Einrichtung steuern. Mithin müssen Spielgeräte im Sinne von § 33c GewO mit einem Zufallsgenerator ausgestattet sein⁵³¹.

Spielgeräte mit Gewinnmöglichkeit sind insbesondere die klassischen Geldspielautomaten in Gaststätten, bei denen ein vordefinierter Programmablauf auf lange Sicht Gewinne und Verluste in einem bestimmten Verhältnis verursacht.

Eine Parallele zum Angebot mehrwertgebührenpflichtiger Gewinnspiele besteht insofern, als auch diese mit Zufallsentscheidungen (Kandidaten- bzw. Gewinnerauswahl) arbeiten, die als zweite Kraft neben das Handeln der Spieler (Beantwortung einer Quiz-

⁵²⁹ Landmann/Rohmer/Marcks, § 33c GewO, Rn. 4.

⁵³⁰ BVerwG, GewArch 1967, 31/32 („Delphi-Kugelspiel“); BVerwG, GewArch 2002, 76/77 („Good Luck II [neu]“).

⁵³¹ BVerwG, GewArch2002, 76/77 („Good Luck II [neu]“).

frage) treten. Der Spieler kann immer nur gewinnen, wenn ihn ein technischer Auswahlmechanismus zum (potentiellen) Kandidaten oder Gewinner macht. Solange diese Auswahlentscheidungen allerdings nicht auf einer standardisierten und manipulationssicheren Software basieren, die vom Spielveranstalter unbeeinflussbar abläuft, ist sie nicht mit einer „technischen Vorrichtung“ im Sinne von § 33c GewO vergleichbar. Die Auswahlentscheidung eines „Vorzählfaktors“, der vom Spielveranstalter dynamisch einstellbar ist oder eines „Hot Buttons“, der vom Spielanbieter „per Mausklick“ aktiviert wird, ist keine manipulationssichere „technische Vorrichtung“ im Sinne von § 33c GewO.

Demzufolge können Spielangebote über Mehrwertnummern nicht als Spielgeräte mit technischer Vorrichtung angesehen werden.

Grundsätzlich wäre es aber möglich, Zufallsentscheidungen im Zusammenhang mit mehrwertgebührenpflichtigen Gewinnspielen auf einer standardisierten und geprüften Software basieren zu lassen. Insofern könnte an eine „technische Vorrichtung“ im Sinne von § 33c GewO zu denken sein⁵³².

2. „Andere Spiele“ nach § 33d GewO

Der Begriff des „anderen Spiels“ im Sinne von § 33d GewO umfasst alle Spiele, die nicht unter § 33c GewO subsumiert werden können⁵³³. Die Spiele sind entweder nicht mit technischen Vorrichtungen ausgestattet, oder der Spieler hat trotz technischer Vorrichtungen eine entscheidende Eingriffsmöglichkeit auf den Spielablauf. Entgegen häufig anderslautender Darstellungen⁵³⁴ schließt *der Begriff* – nicht: *die Genehmigungsfähigkeit* – des „anderen Spiels“ im Sinne von § 33d GewO auch Glücksspiele ein: Dies folgt aus § 33h Nr. 3 GewO, wonach die §§ 33c GewO bis 33g GewO keine Anwendung finden auf „andere Spiele im Sinne des § 33d Abs. 1 S. 1 GewO, die Glücksspiele im Sinne des § 284 des Strafgesetzbuches sind“. Hieraus wird deutlich: Unter den Begriff des „anderen Spiels“ können auch Glücksspiele fallen, bzw. der Begriff umfasst auch Glücksspiele. Allerdings findet die Gewerbeordnung *dann* keine Anwendung, wo-

⁵³² Allerdings dürfte der Spielausgang dann nicht mehr von der richtigen Beantwortung von Quizfragen abhängen, weil sich nach der gesetzgeberischen Intention und der Rechtsprechung des BVerwG die Zulassungsfähigkeit von Spielgeräten mit technischer Vorrichtung im Sinne eines Zufallsgenerators (auch) daraus begründet, dass das Spiel die Spielleidenschaft mangels Beeinflussbarkeit der Spielabläufe weniger anspreche, vgl. etwa BVerwG, GewArch 2002, 76/79 („Good Luck II [neu]“).

⁵³³ BVerwG, GewArch 2002, 76/77 („Good Luck II [neu]“).

⁵³⁴ Vgl. etwa AG Wiesbaden, GewArch 2005, 485.

durch klargestellt wird, dass für Glücksspiele keine Genehmigung nach § 33d GewO erteilt werden kann, weil hier das Landesrecht Vorrang hat.

Im Ergebnis unterfallen mehrwertgebührenpflichtige Gewinnspiele dem Sammelbegriff des „anderen Spiels“ im Sinne der Gewerbeordnung.

II. Die ortsgebundene Spielveranstaltung

Die Gewerbeordnung geht grundsätzlich von einer stationären Spielveranstaltung aus. Spielgeräte im Sinne von § 33c GewO werden nach Abs. 1 „aufgestellt“, nach Abs. 3 muss der „Aufstellungsort“ geeignet sein. Andere Spiele werden gemäß § 33d Abs. 1 GewO auf einem „Betriebsrundstück“ veranstaltet.

1. Anwendbarkeit der GewO auf „virtuelle“ Spiele?

Eine entsprechende Anwendung der GewO auf nicht stationäre Spiele ist nur denkbar, wenn eine Regelungslücke für virtuelle bzw. überörtliche Spielangebote vorliegt.

a) Der Meinungsstand

In Rechtsprechung und Literatur wird die entsprechende Anwendung der Gewerbeordnung auf „virtuelle“ Spiele und Spielgeräte abgelehnt⁵³⁵:

Nach einem Beschluss des *OVG Sachsen-Anhalt*⁵³⁶ sind virtuelle Spiele im Internet, die sich in Gestaltung und Abwicklung an zugelassenen stationären Spielgeräten im Sinne von § 33c GewO orientieren, gewerberechtlich nicht genehmigungsfähig. Eine entsprechende Anwendung der §§ 33c ff GewO sei nicht möglich, selbst wenn den Spielern keine unangemessen hohen Verluste in kurzer Zeit drohten, da der Gesetzgeber den Anwendungsbereich offensichtlich nur für stationäre Spiele habe eröffnen wollen. Dies ergebe sich aus den gesetzlichen Regelungen und der Tatsache, dass der Verordnungsgeber trotz Kenntnis von Gewinnspielen im Internet von einer Regelung für virtuelle Geldspielgeräte in der Spielverordnung abgesehen habe⁵³⁷.

Auch nach Auffassung des *Bund-Länder-Ausschuss „Gewerberecht“*⁵³⁸ sind Spielangebote über das Internet nach der Gewerbeordnung nicht genehmigungsfähig, selbst wenn

⁵³⁵ OVG LSA, GewArch 2006, 163/163 f; „Bund-Länder-Ausschuss ‚Gewerberecht‘“, Herbstsitzung 2003, zusammengefasst von *Schönleitner*, GewArch 2004, 57/58; *Pfeifer/Fischer*, GewArch 2003, 154/155 f. In diese Richtung auch *Leupold/Bachmann/Pelz*, MMR 2000, 648/649 sowie *Pau-ly/Brehm*, GewArch 2003, 57/60.

⁵³⁶ OVG LSA, Beschluss vom 29.09.2005, Az.: 1 M 297/04, GewArch 2006, 163.

⁵³⁷ OVG LSA, GewArch 2006, 163 f.

⁵³⁸ Herbstsitzung 2003, zusammengefasst von *Schönleitner*, GewArch 2004, 57.

der Spielplan und die Verlustgefahren im Einklang mit der Spielverordnung liegen. Entscheidend sei, dass Spiele nach den §§ 33c ff GewO nur in den in § 1 SpielV aufgeführten Räumlichkeiten, also in Spielhallen oder Gaststätten veranstaltet werden dürften, nicht aber über das Internet und damit am „Spielort Privathaus“.⁵³⁹

b) Stellungnahme

Betrachtet man sich die detaillierten Vorgaben zur Aufstellung der Spielgeräte in der Gewerbeordnung (§§ 33c Abs. 3 [Geeignetheit des Aufstellungsortes]) und der Spielverordnung (§§ 1, 3), so muss man in der Tat von der legislativen (und exekutiven) Intention ausgehen, die Veranstaltung von Spielen mit Gewinnmöglichkeit zu gewerblichen Zwecken nur räumlich und zeitlich begrenzt zuzulassen. Gleiches gilt für „andere Spiele“, die nach § 4 SpielV explizit nur in „Spielhallen oder ähnlichen Unternehmen“ veranstaltet werden dürfen.

Fraglich ist, ob diese Ungleichbehandlung der Erbringung ortsgebundener und nicht ortsgebundener „virtueller“ gewerblicher Leistungen nach dem Schutzzweck der §§ 33c ff GewO, der Eindämmung des übermäßigen Ansprache und Ausnutzung des menschlichen Spieltriebes sowie der Vermeidung unangemessen hoher Verluste der Spieler, sachlich geboten ist. Die Verhinderung hoher Verluste kann grundsätzlich auch bei virtuellen Spielangeboten sichergestellt werden. So wie die Software zum Programmablauf der stationären Spielgeräte durch Bauartzulassung genehmigt wird, könnte auch die Software zum Programmablauf „virtueller Spielgeräte“ zugelassen werden. Ob die Verluste dann „vor Ort“ anfielen oder „von zu Hause aus“, wäre irrelevant, solange wirksam vermieden würde, dass sie unangemessen hoch werden könnten. Dagegen ist der Vermeidung der übermäßigen Ansprache und Ausnutzung der Spiellust durch räumliche und zeitliche Begrenzung von Spielangeboten sicherlich wirkungsvoller zu begegnen, als durch eine „Rund-um-die-Uhr-Versorgung“ am Spielort „Privatbereich“. Allerdings ist auch bei „virtuellen Spielangeboten“ eine zeitliche Beschränkung möglich, indem nur bestimmte Sende- oder Serverzeiten zugelassen werden. Folglich lässt sich eine Ungleichbehandlung zwischen virtuellen und stationären Spielangeboten nur durch die Notwendigkeit einer räumlichen Begrenzung rechtfertigen. Dabei liegt es auf der Hand, dass ortsgebundene Spielangebote die menschliche Spiellust in geringerem Maße ansprechen und ausnutzen, als virtuelle, die von überall und insbesondere auch aus dem

⁵³⁹ „Bund-Länder-Ausschuss ‚Gewerberecht‘“, Herbstsitzung 2003, zusammengefasst von Schönleimer, GewArch 2004, 57/58.

Privatbereich heraus wahrgenommen werden können. Auf die damit verbundenen Gefahren im Hinblick auf einen effektiven Jugendschutz weist auch das *BVerfG* in der Entscheidung „Oddset“ hin⁵⁴⁰. Die psychische und physische Hemmschwelle zum exzessiven Spiel liegt niedriger, wenn die Möglichkeit besteht, von zu Hause aus zu spielen. Einerseits fällt ein Mindestmaß an sozialer Kontrolle weg, wenn das Spiel unter Ausschluss der Öffentlichkeit stattfindet⁵⁴¹. Andererseits fehlt ein Minimum an „Bequemlichkeitsüberwindung“, wenn kein externer Spielort aufgesucht werden muss. Das Spielen ist nicht mehr nur „bei Gelegenheit“ eines Kasino-, Spielhallen- oder Gasstättenbesuchs möglich, sondern „bei jeder Gelegenheit“. Es wird in das unmittelbare private Umfeld integriert und findet leichter und schneller Eingang in den Alltag.

Folglich ist die Begrenzung gewerblicher Gewinnspielangebote auf bestimmte Aufstellungs-Orte gesetzgeberisch intendiert und vom Schutzzweck der Norm umfasst. Eine entsprechende Anwendung der Gewerbeordnung auf virtuelle Spielangebote ist nicht möglich.

2. Konsequenzen für Gewinnspiele über Mehrwertnummern

Gewinnspiele über Mehrwertnummern werden nicht ortsgebunden veranstaltet, die Teilnahme ist von jedem (mobilen) Telefonanschluss aus möglich. Die Erwägungen zu virtuellen Spielgeräten, die im Internet angeboten werden, treffen somit im gleichen Maße auf das Telefon als interaktives Spielgerät zu.

Einer gewerberechtlichen Genehmigungsfähigkeit von Gewinnspielen über Mehrwertnummern steht somit generell die fehlende Möglichkeit einer räumlichen Begrenzung des Spielangebots entgegen⁵⁴².

⁵⁴⁰ NJW 2006, 1261/1266, Rn. 139.

⁵⁴¹ Vgl. auch Staatsvertrag zum Lotteriewesen (aus dem Jahr 2004, inzwischen ersetzt durch den GlüStV aus 2008), Begründung zu § 7 Abs. 2, S. 31: Durch das Verbot des interaktiven Spiels, insbesondere im Internet, solle vermieden werden, dass Spieler aufgrund der schnellen, wenn nicht sogar unmittelbaren Abfolge von Erfolg und Misserfolg gesteigerten Spielanreizen ausgesetzt werden. Bei solchen Spielformen (zum Beispiel Sofortlotterien) bestünde die Gefahr, dass keine ausreichende soziale oder staatliche Kontrolle stattfindet. So könne zum Beispiel der Internetspieler in der Anonymität der Spielsituation seine wirtschaftliche Existenz vernichten, ohne dass dies jemand bemerkt. Das Internet könne die Bereitschaft fördern, sich vor der Realität und sozialen Kontakten in die Spielsituation zu flüchten. Die größere Verfügbarkeit und Griffnähe von Glücksspielen in neuen Medien (Erreichbarkeit rund um die Uhr) könne zu einem erheblichen Anstieg problematischen Spielverhaltens führen.

⁵⁴² So im Ergebnis auch *Pfeifer/Fischer*, GewArch 2003, 154/156.

III. Die Bauartzulassung bzw. Unbedenklichkeitsbescheinigung

Die Aufstellungserlaubnis wird nach § 33c Abs. 1 S. 2 GewO nur für solche Spielgeräte erteilt, deren Bauart von der Physikalisch-Technischen-Bundesanstalt (PTB) zugelassen ist.

Die Veranstaltungserlaubnis wird nach § 33d Abs. 2 GewO nur für solche anderen Spiele erteilt, die eine Unbedenklichkeitsbescheinigung des Bundeskriminalamtes besitzen.

1. Gemeinsame Anforderung nach § 33e Abs. 1 S. 1 GewO: Keine unangemessen hohen Verluste in kurzer Zeit

Nach § 33e Abs. 1 S. 1 GewO ist die Bauartzulassung für Spielgeräte nach § 33c GewO bzw. die Unbedenklichkeitsbescheinigung für andere Spiele nach § 33d GewO zu versagen, wenn die Gefahr besteht, dass die Spieler unangemessen hohe Verluste in kurzer Zeit erleiden. Ob die Gefahr unangemessen hoher Verluste droht, hängt von der Art des Spielverlaufs, den Spielregeln und dem Gewinnplan als Auszahlungsergebnis ab⁵⁴³. Konkretisiert werden die unbestimmten Rechtsbegriffe durch die Rechtsprechung und im Hinblick auf Spielgeräte im Sinne von § 33c GewO auch durch die §§ 11 ff der Spielverordnung (SpielV)⁵⁴⁴.

Das BVerwG hat 2001 eine Verlustgefahr von 100 DM pro Stunde bei anderen Spielen als nicht in einem gänzlich unbedenklichen Bereich, aber gegenwärtig nicht unangemessen hoch, eingeordnet⁵⁴⁵. Mit diesem Urteil wurde auch die unterschiedliche Bewertung der Unangemessenheit der Verlustgefahren bei Spielgeräten einerseits und anderen Spielen andererseits ausdrücklich aufgehoben. Insofern gilt nun ein einheitlicher Maßstab.

Für Spielgeräte mit Geldgewinnen darf gemäß § 13 Nr. 1 der SpielV bei einer Mindestspieldauer von fünf Sekunden der Einsatz 0,2 Euro nicht übersteigen und der Gewinn höchstens 2,0 Euro betragen. Nach § 13 Nr. 3 SpielV hat die Summe der Verluste (Einsätze abzüglich Gewinne) im Verlauf einer Stunde maximal 80 Euro zu betragen, die Summe der Gewinne abzüglich der Einsätze darf im Verlauf einer Stunde keine 500 Euro übersteigen. In langfristiger Betrachtung darf das Spielgerät gemäß § 12 Abs. 2 lit.

⁵⁴³ Landmann/Rohmer/Marcks, § 33e GewO, Rn. 3.

⁵⁴⁴ In der Fassung vom 27.01.2006, BGBl I 2006, 280.

⁵⁴⁵ BVerwG, Urteil vom 24.10.2001, Az.: 6 C 1.01, GewArch 2002, 76/77 („Good Luck II [neu]“).

a SpielV pro Stunde nicht mehr als 33 Euro Gewinn erzielen. Dieser Betrag stellt den höchstzulässigen langfristigen Durchschnittsverlust dar⁵⁴⁶.

In aktuellen Erscheinungsformen Mehrwertgebührenpflichtiger Gewinnspiele im Rundfunk werden diese Grenzwerte ohne weiteres überschritten. Im Einzelanruf sind 0,5 Euro zu erbringen und Gewinne im drei- bis sechsstelligen Eurobereich möglich. Unangemessen hohe Verluste in kurzer Zeit können Spieler insbesondere durch Spielangebote im Rahmen einer Call-In-Show erleiden⁵⁴⁷. Aufgrund der kontinuierlichen Mitspielmöglichkeit, insbesondere in Verbindung mit einer Kandidatenzulassung erst nach Ablauf eines offenen Zeitfensters oder unter Stellung von Ratefragen mit unzähligen Lösungsmöglichkeiten, sind bereits nach 20 Minuten Spielzeit Verluste von 100 Euro möglich, nach einer Stunde können Verluste von 300 Euro entstehen⁵⁴⁸. Da auch der beständige Mitspieler und Daueranrufer keine sicheren Ausschüttungen erhält, sind die errechneten Verlustgefahren nicht durch sichere Gewinne zu bereinigen. Auch sind keine Abzüge für die rein technische Verbindungsherstellung vorzunehmen, da das Gewerbe die mit dem Spiel verbundenen Verlustgefahren insgesamt beurteilt, unabhängig davon, ob diese „Einsatzqualität“ im strafrechtlichen Sinne besitzen.

Im Ergebnis scheidet eine gewerberechtliche Erlaubnis für Mehrwertgebührenpflichtige Gewinnspielangebote, die das kontinuierliche Mitspielen ermöglichen, daran, dass nach den Spielbedingungen die Vermeidung unangemessen hoher Verluste des Spielers in kurzer Zeit nicht effektiv gewährleistet werden kann.

Allerdings wäre es möglich, die Verluste jedenfalls pro Telefonanschluss zu begrenzen, indem die Mehrwertnummer nicht mehr erreichbar wäre, wenn die höchstzulässige Verlustgrenze pro Stunde vertelefoniert worden wäre.

2. Weitere Anforderungen an die Unbedenklichkeitsbescheinigung

Das Bundeskriminalamt muss einem Veranstalter eine Unbedenklichkeitsbescheinigung für ein anderes Spiel zudem versagen, wenn das zur Genehmigung vorgelegte Spiel gemäß § 33h Nr. 3 GewO „Glücksspiel im Sinne des § 284 des Strafgesetzbuches“ ist

⁵⁴⁶ Landmann/Rohmer/Marcks, § 13 SpielV, Rn. 6.

⁵⁴⁷ Vgl. auch OVG LSA, GewArch 2006, 164 f: Ein Spieleinsatz von 0,2 EUR je Spiel bei einer Mindestspieldauer von 12 Sekunden ist kein als gering einzuschätzender Betrag im Sinne von § 284 StGB.

⁵⁴⁸ Ein Anruf, bei dem der Teilnehmer unmittelbar abgewiesen wird, dauert vom Verbindungsaufbau durch Drücken der Wahlwiederholung bis zur Trennung der Verbindung nach der negativen Bandansage durchschnittlich 6 Sekunden, sodass nach 20 Minuten bereits 200 Anrufe getätigt sein können und 600 Anrufe pro Stunde möglich sind. Wenn das einzelne Spiel bzw. der einzelne Anruf 0,5 EUR kostet, kommt man auf einen Betrag von 300 EUR in der Stunde bzw. 100 EUR nach 20 Minuten. Vgl. hierzu auch die Ausführungen in Kapitel 5, B, IV, 2, c, dd.

oder gemäß § 33e Abs. 1 S. 2 GewO „durch Veränderung der Spielbedingungen oder der Veränderung der Spieleinrichtung mit einfachen Mitteln als Glücksspiel im Sinne des § 284 des Strafgesetzbuches veranstaltet werden kann“⁵⁴⁹.

Aus § 33h Nr. 3 GewO schließt die vorherrschende Meinung, dass „andere Spiele“ nur als Geschicklichkeitsspiele genehmigungsfähig sind⁵⁵⁰, nach anderer Auffassung können auch Zufallsspiele genehmigt werden, die keinen strafrechtlich erheblichen Vermögenswert zum Spielgegenstand haben⁵⁵¹.

Zweck des § 33e Abs. 1 S. 2 GewO ist es, zu vermeiden, dass aus klassischen Glücksspielen entwickelte Geschicklichkeitsspiele zur Genehmigung vorgelegt werden, die in der Praxis dann wieder als Glücksspiel umfunktioniert werden⁵⁵². § 33e Abs. 1 S. 2 GewO ist verfassungsrechtlich gerechtfertigte Berufsausübungsregelung, die das illegale und manipulationsanfällige Glücksspiel präventiv verhindert⁵⁵³. Vor Einführung des § 33e Abs. 1 S. 2 GewO war die Umfunktionierung glücksspielnaher Spiele nach den Erfahrungen der Landeskriminalämter und des Bundeskriminalamtes gängige Praxis⁵⁵⁴. Nach der Rechtsprechung durfte eine Unbedenklichkeitsbescheinigung jedoch nicht versagt werden, wenn nach den konkreten Spielbedingungen, die zur Genehmigung vorgelegt wurden, keine Zufallsabhängigkeit bestand oder keine unangemessen hohen Verluste drohten, selbst wenn nachträglich mit Leichtigkeit um höhere Vermögenswerte gespielt werden konnte⁵⁵⁵.

Das Zusammenspiel von § 33h Nr. 3 GewO und § 33e Abs. 1 S. 2 GewO verdeutlicht, dass nach Gesetzeszweck und der Gesetzessystematik nur Geschicklichkeitsspiele erlaubnisfähig sind, nicht auch zufallsabhängige entgeltliche Spiele, mögen die auf dem Spiel stehenden Vermögenswerte im Einzelfall strafrechtlich erheblich sein oder nicht. Entgeltliche Zufallsspiele sind grundsätzlich durch minimale Modifikation der Spielbe-

⁵⁴⁹ Die Formulierung „kann“ in § 33e Abs. 1 S. 2 GewO drückt kein Ermessen aus, sondern eine Befugnis, vgl. BVerwG, GewArch 1997, 287/289 („Multiplay-Opta“).

⁵⁵⁰ Landmann/Rohmer/Marcks, § 33d GewO, Rn. 3; Ahlfs, GewArch 1979, 372/372 f; BVerwG, GewArch 1976, 87 („Kartenspiel ‚Sesetta‘“); BVerwG, GewArch 2002, 76/78 („Good Luck II [neu]“).

⁵⁵¹ Odenthal, GewArch 2003, 404/406; BVerwG, GewArch 1979, 371 („Brillianten-Bingo“): Ein genehmigungsfähiges Zufallsspiel liegt danach nicht vor, wenn ein Bingospiel veranstaltet wird, dessen Einsatz in der zu lösenden Eintrittskarte für 3-4 DM für eine Tanzveranstaltung enthalten ist. Als Gewinn war ein Preis im Wert von 80-120 DM ausgelobt. Der Sachverhalt ist aus gewerberechtlicher Sicht insofern untypisch, als hier keine wiederholte Einsatzleistung oder Spielteilnahme möglich war. Vgl. auch Schaeffer, GewArch 1980, 112/116.

⁵⁵² Vgl. die Amtliche Begründung, BT-Drucks, 12/4488, S. 5 f, zum ÄndG vom 20.12.1993 (BGBl. I, 2254).

⁵⁵³ BVerwG, GewArch 1997, 287/289 f („Multiplay-Opta“).

⁵⁵⁴ Vgl. Landmann/Rohmer/Marcks, § 33e GewO, Rn. 5.

⁵⁵⁵ Vgl. BVerwG, GewArch 1983, 60/63; VG Wiesbaden, GewArch 1977, 332.

dingungen in strafbare Glücksspiele umzuwandeln, sollte das zur Genehmigung vorgelegte entgeltliche Zufallsspiel nach den konkreten Spielbedingungen ausnahmsweise nicht als strafbares Glücksspiel einzuordnen sein. So etwa allein durch nachträgliche Erhöhung der spielgegenständlichen Vermögenswerte oder die nachträgliche Einräumung der Möglichkeit zur Mehrfachteilnahme unter sich wiederholender Einsatzleistung⁵⁵⁶.

Folglich betrachtet der Gesetzgeber aus gewerberechtlicher Sicht alle entgeltlichen Zufallsspiele als Glücksspiele im Sinne von § 284 StGB bzw. will solche Spielangebote jedenfalls unabhängig von der strafrechtlichen Bewertung keiner gewerberechtlichen Zulassung zugänglich machen, weil sie durch die Entgeltlichkeit und Zufallsabhängigkeit zumindest so glücksspielnah sind, dass sie nach erteilter Genehmigung mit einfachsten Mitteln als strafbare Glücksspiele durchgeführt werden könnten.

Für mehrwertgebührenpflichtige Gewinnspielangebote folgt hieraus: Eine Unbedenklichkeitsbescheinigung kann nicht erteilt werden, soweit die Spiele - wie üblicherweise - durch Spielelemente der Kandidatenvorauswahl und / oder Gewinnerauslosung zufallsabhängig sind⁵⁵⁷.

Zudem belegt die aktuelle Spielpraxis der mehrwertgebührenpflichtigen Gewinnspiele gerade, warum Zufallsspiele unabhängig davon, ob sie im jeweiligen Einzelfall die Schwelle zum strafbaren Glücksspiel überschreiten, oder nicht, nicht als gewerberechtlich unbedenkliche „andere Spiele“ genehmigt werden können: Flexibel handhabbare Spielelemente wie die Anruferdurchlassrate (mittels Vorzählfaktor oder Hot Button) oder die Auswahl der Quizfragen (Wissensfragen oder Ratefragen) haben allesamt Einfluss auf den Zufallscharakter des Spiels und das Einsatzverhalten der Teilnehmer. Darüber hinaus sind sie mangels Kontrollierbarkeit der telekommunikationstechnischen Abläufe – selbst bei Durchführung im Rundfunk und unter den Augen bzw. Ohren der Öffentlichkeit - nicht weniger manipulationsanfällig als das Spiel in der Spielhalle.

⁵⁵⁶ So ausdrücklich BVerwG, GewArch 1997, 287/290 („Multiplay-Opta“); Landmann/Rohmer/Marcks, § 33d, Rn. 4.

⁵⁵⁷ So im Ergebnis auch Pfeifer/Fischer, GewArch 2003, 154/156. Vgl. zur Zufallsabhängigkeit: Kapitel 5, B.

D. Resümee

Nach der Systematik der gesetzlichen Regelungen zum Spielrecht findet die Gewerbeordnung auf alle entgeltlichen Spielangebote Anwendung, die nicht ohnehin (auf Länderebene) als Glücksspiel zugelassen sind.

Das Angebot mehrwertgebührenpflichtiger Gewinnspiele stellt in der Regel gewerbsmäßiges, nach der Gewerbeordnung genehmigungspflichtiges Handeln dar. Bei Spielformen in der klassischen Anrufbeantwortervariante kann gegebenenfalls kein gewerbsmäßiges Spielangebot bzw. kein genehmigungspflichtiges Spiel vorliegen, wenn im Einzelanruf, der zur *erfolgreichen* Registrierung als potentieller Teilnehmer bzw. Gewinner führt, Mehrwertgebühren maximal in Höhe des üblichen Briefportos entstehen. Darüber hinaus sind Gewinnspiele über Mehrwertdiensternummern mangels fehlender örtlicher Begrenzbarkeit des Spielangebots generell nicht gewerberechtlich genehmigungsfähig. Hinzu kommt, dass aufgrund der regelmäßig vorliegenden Zufallsabhängigkeit des Spielausgangs keine Zulassungsmöglichkeit besteht.

Kapitel 7: RUNDFUNK- UND MEDIENRECHTLICHE FRAGEN

Im Folgenden wird untersucht, wie die Sendung mehrwertgebührenpflichtiger Gewinnspielangebote rundfunk- und medienrechtlich einzuordnen ist. Überprüft wird, ob der Aufruf zur entgeltlichen Teilnahme im Rahmen des Programms als Werbung bzw. Teleshopping zu beurteilen ist (A.) und ob die Ausstrahlung einer Call-In-Show zwangsläufig das Senden von Rundfunk beinhaltet (B.).

A. Das mehrwertgebührenpflichtige Gewinnspiel im Rundfunkprogramm als Teleshopping oder Werbung

Zunächst wird erörtert, unter welchen Voraussetzungen mehrwertgebührenpflichtige Gewinnspiele, die im Rahmen eines Rundfunkprogramms gesendet werden, als Teleshopping bzw. Werbung einzuordnen sind. Vorausgesetzt wird also, dass die Gewinnspiele von einem Sender, der Rundfunk veranstaltet, ausgestrahlt werden⁵⁵⁸.

I. Teleshopping und Werbung: Begriffsbestimmung und Abgrenzung

Der Begriff des Teleshoppings ist in § 2 Abs. 2 Nr. 8 des Rundfunkstaatsvertrages (RfStV)⁵⁵⁹ legaldefiniert und entstammt Art. 1 lit. f der EG-Fernsehrichtlinie (FRL)⁵⁶⁰. Teleshopping beinhaltet „die Sendung direkter Angebote an die Öffentlichkeit für den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen, gegen Entgelt“. Die Sendung von Teleshopping („Fernseh-Einkauf“) will eine unmittelbare Reaktion des Zuschauers erreichen⁵⁶¹. Der Rundfunkstaatsvertrag ordnet Teleshoppingangebote ohne Rücksicht auf den Darbietungscharakter und die Meinungsbildungsrelevanz nicht als elektronischen Informations- und Kommunikationsdienst (Telemedien) ein, sondern dem Rundfunk zu,

⁵⁵⁸ Siehe zum Rundfunkbegriff, der Abgrenzung zu den Telemedien und der Frage, ob mehrwertgebührenpflichtige Gewinnspiele auch als elektronischer Kommunikationsdienste (Telemedien) gesendet werden können, dieses Kapitel, B.

⁵⁵⁹ Um Wirksamkeit zu erlangen, bedarf ein Staatsvertrag der Umsetzung in Landesrecht. Vgl. zum Verhältnis der jeweiligen Landesmediengesetze zum Rundfunkstaatsvertrag *Braml*, Teleshopping, S. 190 ff.

⁵⁶⁰ Richtlinie 89/552/EWG des Rates vom 03.10.1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität in der Fassung der Richtlinie 97/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30.06.1997 zur Änderung der Richtlinie 89/552/EWG des Rates zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität „EG-Fernsehrichtlinie (FRL)“ (ABl. L 298 vom 17.10.1989, S. 23).

⁵⁶¹ *Hartstein/Ring/Kreile*, § 2, Rn. 34.

wenn sie von einem Rundfunkanbieter verantwortet werden und der Finanzierung der Rundfunkveranstaltung dienen⁵⁶².

Werbung ist nach § 2 Abs. 2 Nr. 5 RfStV - der im wesentlichen Art 1 lit. c der FRL entspricht⁵⁶³ - definiert, als „jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs, die im Rundfunk von einem öffentlich-rechtlichen oder privaten Veranstalter entweder gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung oder als Eigenwerbung gesendet wird mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen, gegen Entgelt zu fördern“.

Wesentliches Unterscheidungsmerkmal zwischen Werbung und Teleshopping ist somit das „direkte Angebot“. Während Werbesendungen dazu animieren sollen, von außerhalb des Rundfunks existierenden Angeboten Gebrauch zu machen, enthält das Teleshopping die unmittelbare Einleitung der Verkaufsaktion, die in direkter Kommunikation mit dem Sender per Telefon, E-Mail oder Fax erfolgt⁵⁶⁴. Die Möglichkeit der sofortigen Einleitung des Verkaufsvorgangs setzt - im Gegensatz zur Werbung - auch voraus, dass der Preis der angebotenen Ware oder Dienstleistung angegeben wird⁵⁶⁵. Unerheblich ist für die Unterscheidung zwischen Werbung und Teleshopping dagegen, ob das Angebot vom Programmanbieter oder vom Produkthanbieter produziert wird⁵⁶⁶.

Die Abgrenzung zwischen Werbung/Teleshopping und übrigen (redaktionellem) Programm erfolgt negativ: Alle Äußerungen und Ausstrahlungen im Rundfunkprogramm, die nicht gegen Entgelt erfolgen (Werbung) und keine entgeltlichen Angebote zum Absatz von Waren und Dienstleistungen beinhalten (Teleshopping), sind grundsätzlich dem übrigen (redaktionellen) Programm zuzuordnen.

II. Gewinnspiele im Rundfunkprogramm als Werbung

1. Das Gewinnspiel als Maßnahme zur Bewerbung der ausgelobten Preise

Gewinnspiele im Rundfunkprogramm sind insbesondere dann als Werbung („Product Placement“) einzuordnen, wenn die Spieldurchführung hinter der Präsentation der Prei-

⁵⁶² Vgl. *Direktorenkonferenz der Landesmedienanstalten*, Drittes Strukturpapier zur Unterscheidung von Rundfunk und Mediendiensten, Ziffer 3.3.1, S. 13.

⁵⁶³ Die EG-Fernsehrichtlinie spricht allerdings von „Fernsehwerbung und „Fernsehen“ nicht von „Werbung“ und „Rundfunk“, da sie nur die „Fernsehtätigkeit“ regelt. Eingehend zu den Unterschieden zwischen Rundfunkstaatsvertrag und Fernsehrichtlinie *Kroymann*, Teleshopping, S. 245 ff.

⁵⁶⁴ Vgl. *Hahn/Vesting/Schulz*, § 2, Rn. 136; *Köhler*, NJW 1998, 185.

⁵⁶⁵ *Schröder*, Tele-Shopping, S. 48.

⁵⁶⁶ Vgl. *Hahn/Vesting/Schulz*, § 2, Rn. 139.

se völlig in den Hintergrund tritt und letztendlich nur Mittel zum Zweck ist, die von Dritten zur Verfügung gestellten Preise aufwendig im Programm zu bewerben⁵⁶⁷.

Auch der *Europäische Gerichtshof* sieht ein TV-Gewinnspiel als Werbung im Sinne von Art. 1 lit. c der EU-Fernsehrichtlinie, wenn das Spiel „aufgrund seines Ziels und seines Inhalts sowie der Bedingungen, unter denen die Gewinne präsentiert werden, eine Äußerung enthält, die einen Anreiz für die Zuschauer schaffen soll, die als Gewinne präsentierten Waren und Dienstleistungen zu erwerben“⁵⁶⁸.

Für mehrwertgebührenpflichtige Gewinnspiele ergeben sich hier keine Besonderheiten. Wenn neben Geldgewinnen auch gesponserte Preise vergeben werden, dürfen diese zwar „genannt“ werden, aber nicht werbewirksam in den Mittelpunkt des redaktionellen Geschehens gerückt werden⁵⁶⁹.

2. Gewinnspiel als Werbung für das (übrige) Rundfunkprogramm

Der *Bundesgerichtshof* qualifiziert in der Entscheidung „Gewinnspiel im Radio“ ein unentgeltliches Rundfunk-Gewinnspiel ausdrücklich als „Bestandteil des Unterhaltungsprogramms“, der an der Rundfunkfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG teilnimmt⁵⁷⁰. Auch in der Literatur wird die Veranstaltung von Gewinnspielen im Rundfunk grundsätzlich nicht als Werbung für das übrige Programm betrachtet, sondern als Programmbestandteil, der die Zuschauer (redaktionell) unterhält⁵⁷¹.

Allerdings verdeutlicht die Formulierung des Leitsatzes der Entscheidung „Gewinnspiel im Radio“ - „Gehört ein Gewinnspiel zum Inhalt des Hörfunkprogramms und ist es Programmbestandteil...“ -, dass der *BGH* die Veranstaltung von Gewinnspielen im Rundfunk nicht *per se* als Inhalt des (redaktionellen) Programms betrachtet⁵⁷². Daneben wird

⁵⁶⁷ Petersen, Medienrecht, S. 257; Herrmann/Lausen, Rundfunkrecht, S. 581; Beucher/Leyendecker/von Rosenberg, § 7, Rn. 50; Gounalakis, WRP 2005, 1476/1481. Vgl. auch Hahn/Vesting/Ladeur, § 7, Rn. 61, der die „5-Millionen-SKL-Show“ (RTL) und die „Lotto-Show“ (ZDF) als Werbesendungen (Schleichwerbung) betrachtet, weil nur „formal“ Unterhaltung (Quiz mit Prominenten in der SKL-Show) bzw. Informationen (Ziehung der Lottozahlen in der Lotto-Show) geboten wird, tatsächlich aber die Lotterien im Rundfunk beworben werden.

⁵⁶⁸ EuGH, Urteil vom 18.10.2007, Rechtssache C-195/06 („KommAustria gegen ORF“), Rn. 47.

⁵⁶⁹ Nach Ziffer 18 der Gemeinsamen Richtlinien der Landesmedienanstalten für die Werbung, zur Durchführung der Trennung von Werbung und Programm und für das Sponsoring im Fernsehen und Hörfunk in der Fassung vom 10.02.2000 ist „bei der Auslobung von Geld- und Sachpreisen in Verbindung mit Gewinnspielen und Quizveranstaltungen, die redaktionell gestaltet sind, ist eine zweimalige Nennung der Firma bzw. zur Verdeutlichung des Produkts auch eine zweimalige kurze optische Darstellung des Preises in Form von Bewegtbildern zulässig“.

⁵⁷⁰ BGH, Urteil vom 11.04.2002, Az.: 1 ZR 225/99, WRP 2002, 1136/1138 = GRUR 2002, 1003 („Gewinnspiel im Radio“).

⁵⁷¹ Hesse, Rundfunkrecht, S. 109.

⁵⁷² Der vollständige Leitsatz lautet: „Gehört ein Gewinnspiel zum Inhalt des Hörfunkprogramms und ist es Programmbestandteil, so ist das Gewinnspiel grundsätzlich nicht geeignet, von einer sachlichen

die Entscheidung ausdrücklich damit begründet, dass keine „wirtschaftliche(n) Belange der Hörer“ berührt seien⁵⁷³. Mithin erteilt der BGH Gewinnspielen im Rundfunk keine generelle rundfunk- bzw. wettbewerbsrechtliche Immunität⁵⁷⁴.

Der *Europäische Gerichtshof* sieht ein TV-Gewinnspiel als Werbung im Sinne von Art. 1 lit. c der EU-Fernsehrichtlinie, wenn das Spiel „aufgrund seines Ziels und seines Inhalts sowie der Bedingungen, unter denen die Gewinne präsentiert werden, eine Äußerung enthält, (...) die die Vorzüge der Programme des betreffenden Veranstalters mittelbar in Form der Eigenwerbung bewerben soll“⁵⁷⁵. Dies sei insbesondere der Fall, wenn „die dem Kandidaten gestellten Fragen Kenntnisse bezüglich anderer Sendungen dieses Veranstalters verlangen und somit einen Anreiz für potenzielle Kandidaten schaffen, diese Sendungen zu verfolgen“⁵⁷⁶.

Der *EuGH* will einem Gewinnspiel im Programm also dann Werbecharakter zuschreiben, wenn es voraussetzt, dass der teilnahmewillige Zuschauer über die konkrete Sendung hinaus das weitere Programm des TV-Anbieters verfolgen muss, um erfolgreich teilnehmen zu können. Dies ist insofern bemerkenswert, als die Hörer in der „Gewinnspiel im Radio“ - Entscheidung des *BGH* gerade lange Zeit das Radioprogramm des Senders und Gewinnspielveranstalters verfolgen mussten. Der *BGH* sieht dies als hinnehmbar, weil es keine unmittelbaren wirtschaftlichen Folgen für den Verbraucher hat. Die Maßstäbe des *EuGH*, die in Auslegung der EU-Fernsehrichtlinie allerdings nur für die Fernsehwerbung gelten, erscheinen demnach strenger als die des *BGH*.

Hinsichtlich der Frage der Eignung eines Gewinnspiels als Werbung für das (übrige) Programm spielt die Mehrwertgebührenpflichtigkeit der Teilnahme jedenfalls keine Rolle⁵⁷⁷. Der Aufruf zur *entgeltlichen* Teilnahme ist jedoch „Werbung“ für das kostenpflichtige Spiel selbst und somit als direktes Angebot eine Frage des Teleshoppings.

Prüfung des Leistungsangebots des Senders abzulenken und einen Verstoß gegen die guten Sitten im Wettbewerb i.S.v. § 1 UWG wegen übertriebenen Anlockens der Hörer zu begründen.“

⁵⁷³ BGH, WRP 2002, 1136/1138 („Gewinnspiel im Radio“).

⁵⁷⁴ So zutreffend *Pohlmann*, EWiR 2003, 1055/1056.

⁵⁷⁵ EuGH, Urteil vom 18.10.2007, Rechtssache C-195/06 („KommAustria gegen ORF“), Rn. 47.

⁵⁷⁶ Vgl. EuGH, Urteil vom 18.10.2007, Rechtssache C-195/06 („KommAustria gegen ORF“), Rn. 45.

⁵⁷⁷ Vgl. EuGH, Urteil vom 18.10.2007, Rechtssache C-195/06 („KommAustria gegen ORF“), Rn. 41 in Verbindung mit den Schlussanträgen des Generalanwalts vom 24.05.2007, Rechtssache C-195/06 („KommAustria gegen ORF“), Rn. 87 ff.: „Die während einer Sendung auf dem Bildschirm eingeblendete Mitteilung einer Mehrwert-Telefonnummer, die die Fernsehzuschauer anwählen müssen, um an einem Gewinnspiel teilnehmen zu können, dient nicht Werbezwecken, sondern lediglich der Information, so dass sie nicht unter Art. 1 Buchst. b (gemeint ist Buchst. c) der Richtlinie 89/552 subsumiert werden kann.“

III. Mehrwertgebührenpflichtige Gewinnspiele im Rundfunkprogramm als Teleshopping

In der Entscheidung „Gewinnspiel im Radio“ begründet der *BGH* die Einordnung eines Gewinnspiels als Programmbestandteil ausdrücklich damit, dass keine wirtschaftlichen Entscheidungen der Hörer beeinflusst würden⁵⁷⁸.

Mehrwertgebührenpflichtige Gewinnspiele im Rundfunk erfordern dagegen einen finanziellen Aufwand der Teilnehmewilligen. In der Aufforderung des Rundfunkanbieters an die Zuschauer bzw. Hörer des Programms, einen mehrwertgebührenpflichtigen Anruf zu tätigen, um an einem Gewinnspiel teilzunehmen, liegt eine „Invitatio ad offerendum“ an den Zuschauer, das *Angebot* für den Abschluss eines *entgeltlichen* Vertrages über eine Mehrwert-*Dienstleistung* zu machen. Ein *direktes* Angebot im Sinne der Teleshopping-Definition wird *gesendet*, weil der Abschluss des Geschäfts - im Gegensatz zur indirekten Werbung - unmittelbares Ziel des Rundfunkveranstalters ist und der Erwerbsvorgang nicht auf einen späteren Zeitpunkt verschoben wird bzw. werden kann, sondern im Rahmen der Sendung erfolgen muss. Somit erfüllt die Aufforderung über Radio oder TV, an einem mehrwertgebührenpflichtigen Gewinnspiel des Senders teilzunehmen, per definitionem alle Voraussetzungen von Teleshopping im Sinne des § 2 Nr. 8 RfStV.

Entscheidende Frage ist, unter welchen Voraussetzungen die Durchführung eines mehrwertgebührenpflichtigen Gewinnspiels im Programm und damit die *Einbindung* einer entgeltlichen Dienstleistung in das redaktionelle Programm bzw. die laufende Sendung nach Sinn und Zweck der rundfunkrechtlichen Bestimmungen dazu führt, in der Gesamtbetrachtung kein Teleshopping, sondern programmatische (redaktionelle) Rundfunkunterhaltung anzunehmen.

Der Rundfunkstaatsvertrag (in § 44) und die Fernsehrichtlinie (in Art. 11) schweigen hierzu: Sie sehen nur die Einfügung von Teleshopping zwischen zwei Sendungen oder die Unterbrechung einer Sendung vor, wenn weder ihr Gesamtzusammenhang noch Charakter beeinträchtigt wird (vgl. § 44 Abs. 2 S. 3, Abs. 3 bis 5 RfStV = Art. 11 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 bis 4 FRL), regeln also nur die *Unterbrechung* des redaktionellen Programms durch Teleshopping-Elemente, nicht aber die *Einbindung* des Angebots und der Erbringung entgeltlicher Dienstleistungen in die laufende Sendung.

⁵⁷⁸ BGH, WRP 2002, 1136/1138 („Gewinnspiel im Radio“).

1. Die Rechtssache C-195/06 („KommAustria gegen ORF“)

Zur Frage, wie diese Regelungslücke nach der Fernsehrichtlinie zu schließen ist, äußert sich der *Europäische Gerichtshof (EuGH)* in der Rechtssache C-195/06 mit Urteil vom 18.10.2007. Der *Österreichische Bundeskommunikationssenat* hatte dem *EuGH* die Vorlagefrage gestellt, ob unter „Teleshopping“ auch Sendungen oder Sendungsteile zu verstehen (sind), in denen den Zusehern vom Fernsehveranstalter die Möglichkeit angeboten wird, sich durch die unmittelbare Anwahl von Mehrwert-Telefonnummern und damit entgeltlich an einem Gewinnspiel eben dieses Fernsehveranstalters zu beteiligen?⁵⁷⁹.

Ausgangspunkt der Vorlagefrage war eine am 1. April 2005 im *ORF* ausgestrahlte Sendung „Quiz Express“, in deren Verlauf der Moderator unter Einblendung einer Mehrwertnummer das Publikum aufforderte, sich an einem Gewinnspiel zu beteiligen. Der Rundfunkveranstalter partizipierte an den Telefongebühren von 0,70 Euro pro Anruf⁵⁸⁰. Bevor die Entscheidungsgründe des Urteils dargestellt werden, wird den Schlussanträgen⁵⁸¹ des Generalanwaltes Platz gewährt, da sich diese detaillierter mit der Vorlagefrage beschäftigen und das Gericht ihnen im Wesentlichen folgt:

a) Die Kriterien des Generalanwalts

Nach Auffassung des Generalanwalts ist bei der Erbringung entgeltlicher Dienstleistungen, die in das redaktionelle Programm eingegliedert sind, nach der Relevanz der Tätigkeit im Rahmen der Sendung und dem Zweck der TV-Ausstrahlung zu fragen. Ist die entgeltliche Dienstleistung rein akzessorisch und nur ein weiteres Element der Sendung im Dienst ihrer Zielsetzung, gehe sie im allgemeinen Inhalt der Sendung selbst auf; nehme sie größeren Rahmen ein und werde zu deren Leitmotiv, kontaminiere sie mit ihrer besonderen Natur den Rest der Sendung und wandle sie in Teleshopping um⁵⁸².

Der Generalanwalt nennt vier Kriterien, anhand derer festzustellen sei, ob ein TV-Veranstalter anstrebe, „einen Zeitvertreib zu organisieren, oder ob lediglich die Fernsehanstalt finanziert werden soll, indem eine Dienstleistung verkauft wird“⁵⁸³. Zum ers-

⁵⁷⁹ Rechtssache C-195/06, Ersuchen, ABl. C. 178 vom 29.07.2006, S. 16.

⁵⁸⁰ Nach den hier gefundenen Definitionen ist die Sendung „Quiz Express“ nicht als „Call-In-Show“ zu qualifizieren, weil die Gewinnspielveranstaltung nicht einziger Programminhalt ist, sondern programmbegleitend erfolgt.

⁵⁸¹ Schlussanträge des Generalanwalts vom 24.05.2007, Rechtssache C-195/06 („KommAustria gegen ORF“).

⁵⁸² Schlussanträge, Rechtssache C-195/06, Rn. 78.

⁵⁸³ Schlussanträge, Rechtssache C-195/06, Rn. 84.

ten sei bei einem mehrwertgebührenpflichtigen Gewinnspiel zu fragen, ob es von einem Magazin oder einer Spielshow mit allgemeinem Unterhaltungszweck umrahmt ist bzw. daran teilnimmt, oder in keiner Weise in die Sendung einbezogen ist, wie es etwa bei der Sendung von Nachrichten oder Gottesdiensten der Fall wäre⁵⁸⁴. Zum zweiten solle die wirtschaftliche Relevanz des Spiels im Rahmen der Sendung ermittelt werden, indem man die Einnahmen aus den Anrufen unter der Sondertelefonnummer mit den Gesamteinnahmen der Sendung einschließlich der Werbung, vergleiche⁵⁸⁵. Zum dritten seien alle Anstrengungen zu berücksichtigen, die entfaltet werden, um „das Produkt zu verkaufen“, insbesondere die Vorstellung des Spiels, die Aufforderung zur Anwahl der Nummer durch den Moderator oder Einblendungen, die tatsächliche Spieldurchführung und / oder die Gewinnerermittlung. Die Art. 18 und 18a der FRL, die die Sendedauer für Werbespots und Teleshopping-Fenster regeln, stellen hier eine brauchbare Richtschnur dar⁵⁸⁶. Schließlich helfe die Information über die Zahl der Fernsehzuschauer, die die Nummer wählen, um an dem Spiel teilzunehmen, um die tatsächliche Natur der Sendung zu erkennen. Hier sei auch die Natur der üblicherweise gestellten Fragen von Interesse. Je einfacher diese seien, desto größer sei die Zahl der möglichen Teilnehmer, so dass auf diesem Weg die Einnahmen gesteigert werden könnten⁵⁸⁷.

Im Ergebnis seien „Sendungen oder Sendungsteile, in denen die Zuschauer vom Fernsehveranstalter animiert werden, sich durch die unmittelbare Anwahl von Mehrwert-Telefonnummern und damit entgeltlich an einem Gewinnspiel zu beteiligen, als eine Art des ‚Teleshopping‘ zu verstehen (...), wenn der hauptsächliche Zweck darin besteht, die Teilnahme an einem Gewinnspiel zu verkaufen“⁵⁸⁸.

Dagegen will der Generalanwalt das Angebot mehrwertgebührenpflichtiger Abstimmungen im Zusammenhang mit „Reality-Shows“ vom Typ „Big Brother“, „Deutschland sucht den Superstar“ oder „Let’s dance“ generell nicht unter den Teleshopping-Begriff subsumieren, weil die Intervention der Zuschauer, selbst wenn sie entgeltlich erfolge, zum redaktionellen Inhalt der Sendung gehöre, um ihren Ablauf zu steuern⁵⁸⁹.

⁵⁸⁴ Vgl. Schlussanträge, Rechtssache C-195/06, Rn. 80.

⁵⁸⁵ Vgl. Schlussanträge, Rechtssache C-195/06, Rn. 81.

⁵⁸⁶ Vgl. Schlussanträge, Rechtssache C-195/06, Rn. 82.

⁵⁸⁷ Vgl. Schlussanträge, Rechtssache C-195/06, Rn. 83.

⁵⁸⁸ Schlussanträge, Rechtssache C-195/06, Rn. 86.

⁵⁸⁹ Vgl. Schlussanträge, Rechtssache C-195/06, Rn. 80.

b) Das Urteil des EuGH

Das Gericht stellt zunächst fest, dass der Fernsehveranstalter dem Zuschauer grundsätzlich eine Dienstleistung gegen Entgelt zur Verfügung stellt, indem er ihm die mehrwertgebührenpflichtige Teilnahme an einem Gewinnspiel ermöglicht⁵⁹⁰. Zur Qualifizierung des Spiels als Teleshopping müsse aber jeweils im Einzelnen geprüft werden, ob die Sendung bzw. der Sendungsteil ein „tatsächliches Dienstleistungsangebot“ darstelle⁵⁹¹. Dazu sei der Zweck der Sendung, in der das Spiel stattfindet, die Bedeutung des Spiels innerhalb der Sendung insgesamt - bezogen auf die Zeit und die erhofften wirtschaftlichen Ergebnisse im Verhältnis zu den von der Sendung erwarteten Ergebnissen - sowie die Ausrichtung der den Kandidaten gestellten Fragen zu berücksichtigen⁵⁹². Das Spiel sei nur dann als Teleshopping zu qualifizieren, wenn es sich als tatsächliche unabhängige wirtschaftliche Dienstleistungstätigkeit erweise und sich nicht auf ein einfaches Unterhaltungsangebot innerhalb der Sendung beschränke⁵⁹³. Ein bloß akzessorisches Angebot sei anzunehmen, wenn das Spiel inhaltlich und zeitlich nur einen sehr kleinen Teil der Unterhaltungssendung ausmache bzw. sich die erwartete wirtschaftliche Bedeutung des Spiels im Verhältnis zu derjenigen der Sendung insgesamt als ganz nebensächlich erweise⁵⁹⁴.

Im Ergebnis falle „eine Sendung bzw. ein Teil einer Sendung, in der oder dem den Zuschauern vom Fernsehveranstalter die Möglichkeit angeboten wird, sich durch die unmittelbare Anwahl von Mehrwert-Telefonnummern und damit entgeltlich an einem Gewinnspiel zu beteiligen, dann unter die Definition des Teleshoppings“ im Sinne von Art. 1 lit. f FRL, „wenn die Sendung bzw. dieser Teil der Sendung unter Berücksichtigung des Zwecks der Sendung, in der das Spiel stattfindet, der Bedeutung des Spiels innerhalb der Sendung - bezogen auf die Zeit, die erhofften wirtschaftlichen Ergebnisse im Verhältnis zu den von der Sendung insgesamt erwarteten Ergebnissen - sowie der

⁵⁹⁰ EuGH, Urteil vom 18.10.2007, Rechtssache C-195/06 („KommAustria gegen ORF“), Rn. 34.

⁵⁹¹ Vgl. EuGH, Rechtssache C-195/06, Rn. 35.

⁵⁹² Vgl. EuGH, Rechtssache C-195/06, Rn. 36.

⁵⁹³ Vgl. EuGH, Rechtssache C-195/06, Rn. 37. Der EuGH nimmt hier ausdrücklich Bezug auf sein Urteil vom 26.06.1997, C-368/95 („Familiapress“), Slg. 1997, I-3689, Rn. 23: Danach stellt ein Zeitschriftengewinnspiel mit „Verlosungen in kleinem Rahmen“ (...) keine unabhängige wirtschaftliche Betätigung dar, sondern „nur einen Gesichtspunkt des redaktionellen Inhalts einer Zeitschrift unter anderem“. Unter „Verlosungen im kleinen Rahmen“ waren ein Kreuzworträtsel und zwei weitere Gewinnspiele mit Quizfragen in einer Wochenzeitschrift zu verstehen, die zweimal 500 DM einmal 1 000 DM und einmal 5 000 DM boten, wobei die Geldpreise unter allen teilnehmenden Lesern verlost wurden, die die richtige Lösung einsendeten.

⁵⁹⁴ EuGH, Urteil vom 18.10.2007, Rechtssache C-195/06 („KommAustria gegen ORF“), Rn. 38.

Ausrichtung der den Kandidaten gestellten Fragen ein tatsächliches Dienstleistungsangebot“ beinhalte⁵⁹⁵.

2. Stellungnahme und eigener Ansatz

Richtigerweise ist die Einbindung von (Mehrwert-) Dienstleistungen in eine TV-Sendung nicht *per se* als Teleshopping zu behandeln. Dass die Erbringung von Mehrwertdienstleistungen durch private Rundfunkanbieter - zumindest im Programmumfeld - nach dem Rundfunkstaatsvertrag nicht generell unzulässig sein soll, ergibt sich im Umkehrschluss aus § 13 Abs. 1 RfStV, der nur dem öffentlichen Rundfunk die Erzielung von Einnahmen aus dem Angebot von Telefonmehrwertdiensten untersagt. Die Zulässigkeit folgt im übrigen direkt aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG, wenn das Angebot und die Erbringung einer entgeltlichen Dienstleistung im Programm dazu dient, den redaktionellen Teil der Sendung zu fördern und somit als Programmbestandteil unmittelbar an der Rundfunkfreiheit teilnimmt.

Eine solche Sondersituation ist jedoch nur gegeben, wenn der Hauptzweck der Sendung gerade nicht in der Erbringung entgeltlicher Dienstleistungen und der Unterhaltung durch diese Dienstleistungen liegt (Abgrenzung zur reinen Teleshopping-Sendungen) *und* der Hauptzweck der Einbindung der entgeltlichen Dienstleistung in der Förderung bzw. Erreichung des (redaktionellen) Zwecks der Sendung liegt, sich die Dienstleistung also als Hilfsgeschäft der Sendung darstellt (Abgrenzung zu selbständigen Teleshopping-Angeboten innerhalb einer Rundfunksendung). Unter diesen zwei Voraussetzungen erfolgt die Erbringung einer Dienstleistung zur Realisierung des Rundfunkprogramms und geht unselbständig in diesem auf⁵⁹⁶.

Ansonsten gewährt die Rundfunkfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG jedoch keinen Anspruch der Rundfunkveranstalter auf die Erbringung von entgeltlichen Dienstleistungen zur Rundfunkfinanzierung *im* redaktionellen Programm. Vielmehr ist es aufgrund des hohen Einflusses, den der Rundfunk wegen seiner Suggestivkraft und Meinungsbildungsrelevanz besitzt, geboten, klar zwischen redaktionellen und meinungsbildenden Programmabschnitten einerseits und werbenden und verkaufenden Programmabschnitten andererseits zu trennen⁵⁹⁷. Die Grenze im Sinne eines allgemeinen Gesetzes nach

⁵⁹⁵ EuGH, Rechtssache C-195/06, Rn. 47.

⁵⁹⁶ Diese Unselbständigkeit bezeichnet der Generalanwalt als „akzessorische Dienstleistung“, der *EuGH* als „einfache Unterhaltung innerhalb der Sendung“ im Gegensatz zur „tatsächlichen Dienstleistung“.

⁵⁹⁷ Vgl. BGH, Urteil vom 22.02.1990, Az.: I ZR 78/88, GRUR 1990, 611/615 = BGH, NJW 1990, 3199 („Werbung im Programm“ - „Wer erschoss Boro?“).

Art. 5 Abs. 2 GG gibt somit der Grundsatz der Trennung von Werbung/Teleshopping und übrigen (redaktionellen) Programm nach § 7 Abs. 3 RfStV vor. Diese Trennung von werbenden bzw. verkaufsfördernden Elementen einerseits und meinungsbildenden und unterhaltenden Veröffentlichungen andererseits ist für die Ausstrahlung von Rundfunk unerlässlich⁵⁹⁸. Der Zuschauer muss erkennen, ob er zur Meinungsbildung, oder zum Kauf eingeladen wird. Wenn ihm Rundfunk dargeboten wird, der weder als „Werbung“, noch als „Teleshopping“ bzw. „Fernseheinkauf“ kenntlich gemacht ist, muss und kann er davon ausgehen, redaktionelle Rundfunkunterhaltung *dargeboten*, nicht aber entgeltliche Dienstleistungen *angeboten* zu bekommen. Das Trennungsgebot hat gerade auch den Schutzzweck, den Zuschauer bzw. das Publikum vor einer Täuschung über den werbenden bzw. verkaufsfördernden Charakter einer Sendung zu bewahren⁵⁹⁹. Insbesondere wenn der Rundfunkveranstalter selbst als Warenanbieter auftritt, muss er dies zweifelsfrei kenntlich machen. Hier ist die Versuchung groß, die durch redaktionelle Programmunterhaltung gewonnene Zuschauerbindung zum Warenabsatz auszunutzen und die Gefahr hoch, dass Zuschauer den Programmanbieter nicht auch als Dienstleister identifizieren⁶⁰⁰.

Zur Abgrenzung zwischen Teleshopping und redaktionellem Programm ist somit nach dem Zweck der Sendung *und* dem Zweck der Einbindung des entgeltlichen Dienstleistungsangebots zu fragen. Die erste Frage lautet: Liegt der Zweck der Sendung in Fernsehunterhaltung durch ein redaktionelles Programm oder im Angebot entgeltlicher (selbständig unterhaltender) Dienstleistungen? Anders formuliert: Besteht ein redaktioneller („dienstleistungsferner“) Hauptzweck der Rundfunk-Ausstrahlung? Die Antwort ergibt sich durch Herausarbeitung des wirtschaftlichen und inhaltlichen Schwerpunkts der Rundfunksendung. Liegt dieser im Angebot und Verkauf von Dienstleistungen, ist insgesamt eine Teleshopping-Sendung anzunehmen.

Ist dies nicht der Fall, stellt sich die zweite Frage: Ist die Einbindung der entgeltlichen Dienstleistung in die Sendung Hilfgeschäft zur Förderung des programmatischen Zwecks der Sendung oder selbständige Dienstleistung zur unmittelbaren Gewinnerzielung? Hier ist die wirtschaftliche Bedeutung der Dienstleistung für den Rundfunkveranstalter

⁵⁹⁸ Hartstein/Ring/Kreile, § 7, Rn. 27.

⁵⁹⁹ Vgl. BGH, GRUR 1990, 611/615 („Werbung im Programm“ - „Wer erschoss Boro?“); v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 5 Abs. 1, 2, Rn. 161.

⁶⁰⁰ Nach dem inzwischen aufgehobenen Satz 2 des § 45 Abs. 3 RfStV durften Rundfunkveranstalter nicht als Vertragspartner oder Vertreter für die Bestellung von Waren oder Dienstleistungen tätig sein, um damit verbundene Interessenkollisionen zu vermeiden, vgl. dazu *Beucher/Leyendecker/von Rosenberg*, § 45, Rn. 14; *Gersdorf*, ZUM 1995, 841/847.

stalter ins Verhältnis zu setzen zu ihrer inhaltlichen Eignung zur Förderung des redaktionellen Inhalts und programmatischen Zwecks der Sendung. Je höher die wirtschaftliche Bedeutung und je geringer die inhaltliche, desto eher liegt Teleshopping vor. Wenn das entgeltliche Dienstleistungsangebot im Rahmen der Sendung nicht als programmzweckförderndes Hilfsgeschäft anzusehen ist, stellt seine Präsentation im redaktionellen Programm ein eigenständiges Teleshopping-Element dar, das von der übrigen Sendung zu trennen ist.

IV. Einzel-Bewertung mehrwertgebührenpflichtiger Gewinnspielformate im Rundfunk auf ihre Teleshopping-Qualität

1. Die Call-In-Show

In der Call-In-Show steht der Verkauf von Gewinnchancen im Vordergrund. Daneben ist kein redaktioneller Hauptzweck der Ausstrahlung zu erkennen. Die gebotene Unterhaltung resultiert im Wesentlichen in der unmittelbaren Einräumung von entgeltlichen Gewinnchancen für jedermann, nicht in der Darbietung von Programm.

Angesprochen wird der (aktive) Teilnehmer als Kunde der Dienstleistung „Gewährung entgeltlicher Gewinnchancen“, nicht der (passive) Zuschauer als Konsument der Dienstleistung „Rundfunk“. Das Format unterhält nicht Zuschauer und Zuhörer, sondern die Kandidaten selbst. Die Gewinnspieldurchführung, die Stellung der Quizfragen und die Moderation im TV sind nur Mittel zum Zweck des Verkaufs von Gewinnchancen, nicht aber selbständiger Hauptzweck der Ausstrahlung im Sinne einer eigenständigen Unterhaltung durch ein redaktionelles Programm.

Dies zeigt einerseits die inhaltliche Gestaltung: Über die gesamte Sendezeit werden ausschließlich entgeltliche Spiele mit mehrwertgebührenpflichtiger Vorauswahl durchgeführt, die Mehrwertnummer eingeblendet und zu ihrer Anwahl aufgerufen. Lange Phasen der Kandidatensuche unter Stellung banaler Wissensfragen werden kombiniert mit kontinuierlicher Zuschaltung von Kandidaten unter Stellung von Ratefragen. Zum Teil wiederholen sich die Spielaufgaben mit bis zu täglicher Regelmäßigkeit oder werden minimal modifiziert⁶⁰¹.

⁶⁰¹ So sind beispielsweise in der Sendung *DSF-Das Sportquiz* das ganze Jahr 2007 mit bis zu täglicher Regelmäßigkeit und jeweils über Stunden „Automarken mit A...“ zu erraten, zwischendurch wird nach „Automarken ohne A...“ oder „Automarken mit O...“ gesucht.

In solchen Formaten geht es nicht darum „Wissen zu vermitteln“⁶⁰², sondern Gewinnchancen zu verkaufen⁶⁰³. Die Stellung der Quizfrage im Programm dient dazu, das Produkt „Gewährung einer entgeltlichen Gewinnchance“ attraktiver zu machen und sich formal vom Glücksspiel zu distanzieren, indem suggeriert wird, der Dienstenutzer habe die Gewinnentscheidung mitentscheidend in der Hand. Auch die „unterhaltsame Moderation“ ist in der Call-In-Show nicht Selbstzweck, sondern zielt darauf ab, passive Zuschauer dazu zu animieren, zum aktiven Anrufer und Nutzer der Dienstleistung zu werden. Unterhaltung durch „Rede- bzw. Überredungskunst“ zur Verkaufsförderung gehört zum Repertoire jedes guten Marktschreiers und ist gerade auch dem Teleshopping immanent.

Praktisch wird der inhaltliche Schwerpunkt der Sendung als Verkaufsformat durch die geringen Einschaltquoten und die im Vergleich dazu hohe Response der Anrufer deutlich⁶⁰⁴. Zuschauer ist vorwiegend derjenige, der auch Nutzer der entgeltlichen Dienstleistung „Gewinnchance“ ist.

Der wirtschaftliche Schwerpunkt der Ausstrahlung besteht eindeutig in der Gewinnerzielung durch Mehrwertgebühren. Diese stellen die einzige Finanzierungsquelle der Sendung dar. Die Call-In-Show wird - im Gegensatz zu sämtlichen anderen TV-Formaten im privaten Rundfunk - nicht durch Werbepausen unterbrochen⁶⁰⁵. Schon dies zeigt die Evidenz der Sendung als Verkaufsshow. Schließlich macht es keinen Sinn, Verkaufsshow durch Werbung zu unterbrechen! Insbesondere die unmittelbare mehrwertgebührenpflichtige Anruferabweisung macht deutlich, dass den passiven Zuschauern kein bloßer Zeitvertreib durch Mitraten geboten werden soll, sondern sie zu möglichst aktiven, wiederholt anrufenden Teilnehmern gemacht werden sollen, die mehrfach entgeltliche Spielverträge abschließen. Die erheblichen Umsätze der Call-In-Shows

⁶⁰² So aber *Kreile*, in: zu Salm, S. 192.

⁶⁰³ Hieraus macht auch *Christiane zu Salm*, die ehemalige Geschäftsführerin und Gründerin von *9Live* keinen Hehl, wenn sie über das Programm von *9Live* und das Geschäftsmodell Call-In-Show spricht: „Es geht hier nicht darum eine Balance zwischen wirtschaftlichen und publizistischen Notwendigkeiten zu halten. Das hier ist ein elektronisches Spielkasino.“ (vgl. *Jacobs, Hans-Jürgen: Mut zur Zumutung*, in: *Süddeutsche Zeitung* vom 17.07.02, S. 21 (zitiert nach *Lueg*, Transaktionsfernsehen, S. 16).

⁶⁰⁴ So hat *9Live* einen Marktanteil von konstant 0,2 Prozent, (vgl.: <http://www.alm.de/programmveranstalter/programm.php?iType=3&sSearch=&iID=351> [Stand: 22.09.2007]), erhielt aber etwa im 4. Quartal 2002 57 Million Anrufe (Im Durchschnitt knapp 625.000 Anrufe pro Tag). Im Jahr 2003 stiegen die Anruferzahlen im Vergleich zum Vorjahr „im zweistelligen Prozentbereich“. Quelle: „*9Live-Pressmappe*“, Stand: 2007, S. 7; aktuellere Zahlen sind - soweit ersichtlich - nicht veröffentlicht.

⁶⁰⁵ *9Live* schaltet seit Juli 2002 zwischen 11.00 Uhr und 24.00 Uhr überhaupt keine Werbung mehr, vgl. „*9Live-Pressmappe*“, Stand: 2007, S. 6.

erklären sich nur durch die Massenrufe und belegen, dass hier keine Fernsehunterhaltung geboten wird, sondern Gewinnchancen verkauft werden⁶⁰⁶.

Auch die „Interaktion“ mit Zuschauern und der Umstand, dass „on air“ im Rahmen der Show eine Quizfrage zu beantworten ist, führt zu keiner anderen Bewertung. Zwar ist die Sendung nicht denkbar, ohne dass Teilnehmer anrufen und zugeschaltet werden. Doch macht dieser Umstand die mehrwertgebührenpflichtigen Anrufe nicht zu einer Hilfsdienstleistung im Sinne des dienstleistungsfernen Unterhaltungszweckes der Show. Nur ein Bruchteil der Anrufer hat Einfluss auf den Verlauf der Sendung. Die Masse der entgeltlichen Dienstleistungen wird jenseits der Sendung erbracht und fördert diese inhaltlich in keiner Weise. Der wirtschaftliche Schwerpunkt des Gesamtgeschehens spielt sich außerhalb der Sendung ab, ein typisches Merkmal des Teleshoppings.

Im Ergebnis ist die Call-In-Show, die im Rundfunkprogramm ausgestrahlt wird⁶⁰⁷, als Teleshopping-Sendung einzuordnen, da ihre Ausstrahlung dem unmittelbaren Absatz entgeltlicher Gewinnchancen dient.

2. Die programmbegleitende Abstimmung unter zusätzlicher Einräumung einer Gewinnchance (Formate wie „Let’s Dance“, „DSDS“, „Big Brother“)

Der Unterschied zwischen einer Gewinnspiel-Call-In-Show und Formaten wie „Deutschland sucht den Superstar“ („DSDS“), „Big Brother“ oder „Let’s dance“ liegt darin, dass letztere einen wesentlichen Unterhaltungszweck jenseits des Angebots entgeltlicher Dienstleistungen in Form von Abstimmungen („Televotings“) besitzen. Zwar sind auch in TV-Shows mit Televoting-Element die Einnahmen aus den Mehrwertgebühren ein wichtiges wirtschaftliches Motiv für die TV-Ausstrahlung. Dennoch sind solche Formate inhaltlich nicht hauptsächlich auf die Erbringung entgeltlicher Dienstleistungen ausgerichtet. Das relevante Unterhaltungsmoment liegt nicht in der entgeltlichen Abstimmung. Im Format „Big Brother“ ist es die Identifikation oder Auseinandersetzung mit den Teilnehmern oder der voyeuristische Einblick in deren Privatleben, bei „DSDS“ bzw. „Let’s dance“ sind es die (vermeintlichen) Sanges- bzw. Tanzkünste der Kandidaten und die kritischen Stimmen der Jury. Hinter diesen programmatischen Inhalten tritt das Dienstleistungs-Element der entgeltlichen Abstimmung zurück und

⁶⁰⁶ Vgl. zu den Umsätzen oben, Kapitel 2, E.

⁶⁰⁷ Zur medienrechtlichen Einordnung der Call-In-Show außerhalb des Rundfunkprogramms, dieses Kapitel, B.

macht die Sendung nicht zur Verkaufsshow. Daher sind solche Formate nicht als Teleshopping-Sendungen einzuordnen.

Auch die Einblendung der Televoting-Rufnummern und der Aufruf zur Teilnahme an der Abstimmung im Rahmen des Programms sind nicht als Teleshopping-Elemente zu beurteilen, weil die entgeltliche Dienstleistung des Televotings den dienstleistungsfernen Hauptzweck der Sendung fördert. Durch das Televoting werden die Leistungen und das Auftreten der Kandidaten bewertet und der Sieger der Show gekürt. Jeder einzelne Anruf hat - im Gegensatz zum Gewinnspiel mit mehrwertgebührenpflichtiger Vorselektion von Kandidaten - tatsächlichen Einfluss auf das Abstimmungsergebnis und damit auf den Verlauf der Sendung.

Wenn neben der entgeltlichen Abstimmung zusätzlich ein Gewinnspiel durchgeführt wird, indem unter allen Teilnehmern am „Voting“ ein Preis verlost wird, so ist dies rundfunkrechtlich unbeachtlich, da das Gewinnspiel akzessorisch zur entgeltlichen, aber programmfördernden Abstimmungs-Dienstleistung ist.

3. Programmbegleitende Gewinnspiele

Auch Sendungen mit programmbegleitenden Call-In-Gewinnspielen verfolgen einen redaktionellen Hauptzweck jenseits des Angebots entgeltlicher Gewinnspiele. Zum Tragen kommt hier die zweite Abgrenzungs-Frage: Fördert die Eingliederung der entgeltlichen Dienstleistung in die Sendung den programmatischen Zweck der Sendung als Hilfsgeschäft oder liegt in erster Linie eine selbständige und programmunabhängige Dienstleistung zur unmittelbaren Einnahmeerzielung vor? Die wirtschaftliche Bedeutung der Dienstleistung für den Rundfunkveranstalter ist ihrer inhaltlichen Eignung zur Förderung des redaktionellen Inhalts und programmatischen Zwecks der Sendung gegenüberzustellen. Je höher die wirtschaftliche Bedeutung und je geringer die inhaltliche, desto eher liegt Teleshopping vor.

a) Gewinnspiele ohne programmatischen Bezug zur Sendung

Wenn das mehrwertgebührenpflichtige Gewinnspiel überhaupt nicht zum übrigen Inhalt der Sendung „passt“, liegt ohne Rücksicht auf die Höhe der von den Teilnehmern zu erbringenden Mehrwertgebühren eine Dienstleistung vor, die keine Rundfunkunterhaltung darstellt. Dies ist erstens der Fall, wenn der redaktionelle Zweck der Sendung ü-

berhaupt nicht auf Unterhaltung, sondern auf sachliche Information ausgerichtet ist⁶⁰⁸. Dies trifft zweitens aber auch auf Sendungen mit dem redaktionellen Hauptzweck „Unterhaltung“ zu, bei denen das Gewinnspiel völlig unzusammenhängend in das programmatische Umfeld gleichsam „gezwängt“ wird. Dies gilt etwa, wenn ein mehrwertgebührenpflichtiges Gewinnspiel durch Einblendung einer Quizfrage vor Beginn und nach Ende der Werbepause einer Talkshow durchgeführt wird, wobei Gewinnspielfrage und Spieldurchführung in keinem inhaltlichen Zusammenhang mit der übrigen Sendung stehen⁶⁰⁹. Allein die Tatsache, dass die Sendung als „Talkshow“ ein Unterhaltungsformat zum Inhalt hat, kann folglich nicht zur Annahme führen, dass unterhaltende entgeltliche Gewinnspiele im Sendungsumfeld Programmbezug besitzen und als (unselbständiger) Bestandteil der Rundfunkunterhaltung einzuordnen sind⁶¹⁰. Vielmehr wird bei komplett fehlendem Programmbezug ganz offensichtlich, dass die durch die Rundfunkunterhaltung gewonnene Kundenbindung genutzt wird, um zusätzlich eine Mehrwertdienstleistung abzusetzen. Entscheidende Frage ist also nicht, ob sowohl das Gewinnspiel, als auch das übrige Programm in den weiten Bereich der „Unterhaltung“ fallen, sondern, ob das entgeltliche Gewinnspiel den (redaktionell) unterhaltenden Verlauf der Sendung fördert⁶¹¹.

b) Gewinnspiele mit programmatischem Bezug zur Sendung

Wenn Infotainment-Formate, Sportübertragungen oder TV-Quizsendungen mit einem Zuschauergewinnspiel kombiniert werden, „passt“ dieses regelmäßig zum übrigen Inhalt der Sendung, etwa, weil eine programmbezogene Quizfrage gestellt wird oder das Spiel innerhalb der Sendezeit durch Zuschaltung eines Kandidaten durchgeführt wird.

⁶⁰⁸ Dies gilt eigentlich nur für reine Nachrichtensendung wie etwa die „Tagesschau“ oder „RTL Aktuell“. Schon Formate wie „Punkt 9“ [RTL] oder das „Morgenmagazin“ [ARD/ZDF], dienen als Infotainment-Sendungen mit nachrichtenähnlichen und unterhaltenden Elementen auch der Unterhaltung.

⁶⁰⁹ So werden beispielsweise in der mittäglichen *Sat.1* - Talkshow „Britt“ in 2006-2007 vor und nach der Werbepause selbständige Trailer eingespielt, in denen die Moderatorin eine Quizfrage stellt, die mit der Talk-Show in keinem Zusammenhang steht (Beispiel vom 24.07.2007: Thema der Sendung „Mieser Lügner - Ich will, dass du dich bei mir entschuldigst!“ - Die „dazugehörige“ Quizfrage: „Mit wem ist Madonna verheiratet?“).

Gleiches gilt für die „Oliver Geißeln Show“ (RTL) in 2007. Hier ruft der Moderator vor der Werbepause der Talkshow zur Teilnahme am Gewinnspiel auf, daraufhin wird die aktuelle Gewinnfrage eingeblendet (Beispiel vom 01.11.2007: Thema der Sendung „Liebeskrank - Warum hast du mein Herz gebrochen?“ - Die „dazugehörige“ Quizfrage: „Wie lautet die Maßeinheit für Druck?“ - Antwortalternativen: „Bar“ oder „Kneipe“).

⁶¹⁰ Ansonsten würde auch die Einblendung von entgeltlichen Flirt-Hotlines in das programmatische Umfeld jedes romantischen Filmes passen.

⁶¹¹ Für Mehrwertdienstangebote auf Musiksendern folgt hieraus: Entgeltliche Abstimmungen über zu spielende Musiktitel sind programmfördernd. Das entgeltliche Angebot, einen gesendeten Musiktitel als Klingelton zu erwerben ist nicht programmfördernd und damit als Werbung einzuordnen.

Solche Gewinnspiele sind dennoch als Teleshopping-Elemente einzuordnen, wenn die Spieldurchführung zwar formal mit dem übrigen Teil der Sendung verbunden ist, sich das Gewinnspiel aufgrund der konkreten Teilnahmebedingungen und der wirtschaftlichen Bedeutung jedoch nicht als unselbständige Förderung des Unterhaltungsprogramms und der Dienstleistung „Ausstrahlung von Rundfunk“ darstellt, sondern als selbständige Dienstleistung.

So stellt sich in Unterhaltungsformaten, in deren Sendungsverlauf ein Gewinnspiel mit unmittelbarer mehrwertgebührenpflichtiger Anruferabweisung (modifizierte Anrufbeantwortervariante) durchgeführt wird, die gleiche Frage wie in der Call-In-Show: Ist die entgeltliche Vorselektion von Anrufern noch Hilfsdienstleistung für das redaktionelle Programm?

Bezüglich solcher Gewinnspiele, die programmbegleitend zur Ausstrahlung aufgezeichneter Sendungen laufen, etwa durch Einblendung einer sendungsbezogenen Quizfrage, muss die Frage ganz klar mit „nein“ beantwortet werden. Die unmittelbare mehrwertgebührenpflichtige Vorauswahl von Teilnehmern, die sich unter Nennung der richtigen Lösungsantwort registrieren lassen dürfen, dient der unmittelbaren Steigerung der aus dem Gewinnspiel zu erzielenden Einnahmen, aber in keiner Weise dem dienstleistungsfernen Hauptzweck der konkreten Sendung. Zur akzessorischen Unterhaltung und Bindung der Zuschauer ist es nicht angezeigt, die Registrierung der potentiellen Gewinner auf einem Anrufbeantworter mehrwertgebührenpflichtig zu vereiteln.

Auch bezogen auf Live-Unterhaltungsformate, in deren Sendungsverlauf ein Call-In-Gewinnspiel durchgeführt wird, ist die entgeltliche Vorselektion von Anrufern zur Ermittlung eines TV-Kandidaten keine bloße Hilfsdienstleistung für die Durchführung des Spiels im Rundfunkprogramm. Zur Ermittlung eines „interaktiven“ Studio-Kandidaten und der akzessorischen Unterhaltung und Bindung der Zuschauer ist es nicht angezeigt, die Registrierung der potentiellen Kandidaten auf einem Anrufbeantworter mehrwertgebührenpflichtig zu vereiteln, indem eine unmittelbare Anruferabweisung („Vorzählfaktor“) zwischengeschaltet wird. Alle mehrwertgebührenpflichtig abgewiesenen Anrufer nehmen in keiner Weise am Programm teil, sondern nur an dem entgeltlichen Gewinnspiel, das im Rahmen des Programms beworben wird, aber außerhalb des Programms im intelligenten Netz abgewickelt wird. Die massenhaft erbrachten Dienstleistungen der entgeltlichen Vorauswahl fördern in keiner Weise den programmatischen Zweck der Sendung. Der wirtschaftliche, vertragliche und inhaltliche Schwerpunkt solcher Call-In-

Gewinnspiele mit mehrwertgebührenpflichtiger Kandidatenvorselektion liegt nicht in der Unterstützung des redaktionellen Programms, sondern in der Erbringung nicht programmbezogener Mehrwertdienstleistungen außerhalb der Sendung. Wenn innerhalb der Sendung Hunderttausende von mehrwertgebührenpflichtigen Anrufen eingehen und Tausende von Euro als Gewinn ausgelobt werden, ist der Geschehensablauf, auch wenn er in ein redaktionelles Programm eingebettet wird, nicht mehr als programmakzessorisches Hilfsgeschäft zur Sendung, sondern als eigenständige entgeltliche Dienstleistung zu bewerten, die im Rahmen des redaktionellen Programms angeboten und erbracht wird.

Eine andere Betrachtungsweise ist angezeigt, wenn programmbezogene Gewinnspiele in der klassischen Anrufbeantwortervariante ohne mehrwertgebührenpflichtige Vorselektion durchgeführt werden und die Mehrwertgebühren sich als Registrierungsgebühren im Bereich des üblichen Briefportos bewegen. Wenn die Rundfunkveranstalter hier an den Mehrwertgebühren mitverdienen, weil sie anstelle der klassischen Postkartenteilnahme das Mitspielen über eine Mehrwertnummer anbieten, liegt darin ein „willkommener Nebenverdienst“, jedoch keine selbständige wirtschaftliche Betätigung. Das Gewinnspielangebot geht in dem Programm auf, in dessen Zusammenhang es präsentiert wird.

V. Ergebnis und Rechtsfolgen

Die Mehrwertgebührenpflichtigkeit der Teilnahme an einem Rundfunkgewinnspiel macht den Aufruf zum Mitspielen im Rundfunkprogramm nicht zur Werbung, kann aber zur Annahme von Teleshopping führen.

Gewinnspiel-Call-In-Shows im Rundfunkprogramm beinhalten Teleshopping im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 8 RfStV und sind als Verkaufssendungen zu qualifizieren.

Außerhalb der Call-In-Show stellt der Aufruf des Rundfunkveranstalters zur Teilnahme an einem mehrwertgebührenpflichtigen Gewinnspiel im Programm ebenfalls Teleshopping im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 8 RfStV dar, wenn das Spielangebot entweder überhaupt keinen inhaltlichen Bezug zur laufenden Sendung besitzt (kein Programmbezug) oder zwar in deren Rahmen durchgeführt wird, sich aufgrund der Spielbedingungen und der wirtschaftlichen Bedeutung aber nicht als programmakzessorische Hilfsdienstleistung, sondern als selbständige entgeltliche Dienstleistung darstellt (keine Programmakzessorietät). Dies gilt insbesondere für alle Gewinnspielmodelle, die mit dem Spielele-

ment einer unmittelbaren mehrwertgebührenpflichtigen Vorselektion der Teilnehmers willigen arbeiten.

Nach dem Trennungsgebot des § 7 Abs. 3 S. 2 RfStV (vgl. auch § 45a Abs. 2 S. 2 RfStV) muss die Sendung solcher Gewinnspielangebote im TV durch optische Mittel sowie im Hörfunk durch akustische Mittel vom übrigen Programm getrennt werden.

Die Call-In-Show ist als Teleshopping-Sendung im öffentlichen Rundfunk gemäß § 18 RfStV generell verboten, im privaten Rundfunk ist ihre Ausstrahlung, die typischerweise über 15 Minuten andauert, als Teleshopping-Fenster gemäß § 45a Abs. 1 RfStV einzuordnen und auf die Sendezeitenbeschränkungen von maximal drei Stunden pro Tag gemäß § 45a Abs. 2 S. 1 RfStV anzurechnen.

Die Präsentation und Durchführung nicht programmbezogener oder nicht programmakzessorischer mehrwertgebührenpflichtiger Gewinnspielangebote außerhalb der Call-In-Show unterfällt, da sie typischerweise unter 15 Minuten andauert und somit nicht als Teleshopping-Fenster gemäß § 45a Abs. 1 RfStV eingeordnet werden kann, im privaten Rundfunk den Werbezeitenbeschränkungen des § 45 Abs. 1 und 2 RfStV⁶¹². Im öffentlichen Rundfunk sind solche Gewinnspielangebote ausnahmslos unzulässig, da nach § 13 Abs. 1 S. 2 RfStV überhaupt keine Einnahmen aus dem Angebot von Telefonmehrwertdiensten erzielt werden dürfen.

B. Das Format der Call-In-Show zwischen Rundfunk und Telemedium

Im Folgenden wird untersucht, ob das Format der Gewinnspiel-Call-In-Show grundsätzlich dem Rundfunk zuzuordnen ist, also auch dann, wenn es nicht in das Programm eines Rundfunksenders eingebettet ist. Gefragt wird demnach, ob eine Call-In-Show aus medienrechtlicher Sicht selbständiges Teleshopping darstellen kann, das von einem Teleshopping-Kanal gesendet wird.

I. Rundfunk und Telemedien (als Teleshoppingkanal): Begriffsbestimmung und Abgrenzung

Rundfunk wird in § 2 Abs. 1 S. 1 des Rundfunkstaatsvertrages legaldefiniert als „die für die Allgemeinheit bestimmte Veranstaltung und Verbreitung von Darbietungen aller Art in Wort, in Ton und in Bild unter Benutzung elektromagnetischer Schwingungen ohne

⁶¹² Vgl. zur grundsätzlichen Zulässigkeit der Sendung von Teleshoppingangeboten mit einer Dauer unterhalb von 15 Minuten: *Castendyk*, MMR 2000, 82/84 ff; Hahn/Vesting/*Ladeur*, § 45, Rn. 8 f und § 45a Rn. 7.

Verbindungsleitung oder längs oder mittels eines Leiters“. Die „Allgemeinheit“ ist immer dann angesprochen, wenn sich die Darbietung an eine „beliebige“ Öffentlichkeit richtet, der Adressatenkreis also vor der Ausstrahlung nicht bestimmbar ist⁶¹³. Auf einfachgesetzlicher Ebene dient das Merkmal der Darbietung der Abgrenzung zu den Telemedien. Aus verfassungsrechtlicher Sicht unter Berücksichtigung der Rundfunkfreiheit knüpft der Rundfunkbegriff im Sinne von Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG weder ausschließlich an herkömmliche Übertragungstechniken an⁶¹⁴, noch erfolgt eine Abstufung hinsichtlich der Qualität der „Darbietung“ oder ihrer Relevanz für die Meinungsbildung im Sinne einer Hierarchie der Inhalte⁶¹⁵. Neben Informations- und Unterhaltungssendungen kann danach auch der Werbung eine meinungsbildende Funktion nicht generell abgesprochen werden⁶¹⁶.

Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG gewährleistet die Rundfunkfreiheit als Funktionsgrundrecht. Das „dienende“ Grundrecht garantiert nicht die Rundfunkunternehmerfreiheit, sondern sichert die Meinungsvielfalt⁶¹⁷. Die Einordnung als Funktionsgrundrecht rechtfertigt sich einerseits aus der (ursprünglichen) Frequenzknappheit, die gesetzliche Regelungen zur Sicherung der Meinungspluralität erfordert(e)⁶¹⁸. Andererseits gebietet der erhebliche Einfluss des Rundfunks auf die öffentliche Meinungsbildung, seine Veranstaltung nicht wie jede wirtschaftliche Betätigung zu qualifizieren, sondern besonderen gesetzlichen Maßnahmen zu unterwerfen, insbesondere einem Zulassungsverfahren und der Aufsicht durch die Länder⁶¹⁹.

Der Rundfunk ist somit als Instrument der öffentlichen und individuellen Meinungsbildung durch Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG besonders geschützt, besitzt durch die Meinungsbildungsrelevanz aber auch ein besonderes Gefährdungspotential, das seine strenge einfachgesetzliche Regulierung verfassungsrechtlich rechtfertigt.

⁶¹³ BVerfGE 74, 297/352 („5. Rundfunkentscheidung - „Baden-Württemberg-Beschluss“).

⁶¹⁴ Vgl. Maunz/Dürig/Herzog, Art. 5 I, II, Rn. 195; BVerfGE 83, 238/302 („6. Rundfunkentscheidung“ - „WDR-Urteil“); zur Dynamik des Rundfunkbegriffs auch schon BVerfGE 74, 297/350 („5. Rundfunkentscheidung“ - „Baden-Württemberg-Beschluss“).

⁶¹⁵ Vgl. Leibholz/Rinck/Burghart, Art. 5, Rn. 341; BVerfGE 35, 202/222 („Lebach“).

⁶¹⁶ BVerfGE 71, 162/175 („Frischzellentherapie“); v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 5 Abs. 1, 2, Rn. 106.

⁶¹⁷ Ständige Rechtsprechung des BVerfG, vgl. etwa BVerfGE 57, 295/319 ff („3. Rundfunkentscheidung“ - „FRAG-Urteil“) und BVerfGE 83, 238/295 ff („6. Rundfunkentscheidung“, - WDR-Urteil“); vgl. auch Leibholz/Rinck/Burghart, Art. 5, Rn. 351, sowie eingehend zur dienenden Funktion: Gersdorf, Rundfunkbegriff, S. 89 ff und Rundfunkfreiheit, S. 10 f.

⁶¹⁸ Vgl. dazu BVerfGE 12, 205/261 f („1. Rundfunkentscheidung“ - „Deutschlandfernsehen“).

⁶¹⁹ BVerfGE 73, 118/156 ff („4. Rundfunkentscheidung“ - „Niedersachsen-Urteil“).

Telemedien sind gemäß § 2 Abs. 1 S. 2, 3 RfStV, § 1 Abs. 1 Telemediengesetz (TMG)⁶²⁰ alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste, soweit sie nicht Telekommunikationsdienste nach § 3 Nr. 24 des Telekommunikationsgesetzes, die ganz in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen, telekommunikationsgestützte Dienste nach § 3 Nr. 25 des Telekommunikationsgesetzes oder Rundfunk nach § 2 des Rundfunkstaatsvertrages sind. Telemedien werden somit in negativer Abgrenzung zur Telekommunikation und dem Rundfunk definiert. Unter den Begriff der Telemedien fällt auch das selbständige Teleshopping in Form des Teleshoppingkanals, wie sich aus § 2 Abs. 1 S. 3 RfStV ergibt⁶²¹.

Im Gegensatz zur Veranstaltung von Rundfunk im Sinne des Rundfunkstaatsvertrages ist die Ausstrahlung elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste nach § 4 TMG zulassungs- und anmeldefrei.

Da auch Fernseheinkaufssendungen („Teleshopping“) an die Allgemeinheit gerichtet sind und technisch wie Rundfunk übertragen werden bzw. werden können, ist die Einordnung als meinungsbildender und meinungsbeeinflussender Rundfunk oder als nicht meinungsrelevantes, dem Verkauf dienendes Telemedium davon abhängig, ob eine „Darbietung“ im Sinne von § 2 Abs. 1 RfStV anzunehmen ist.

Eine Darbietung ist gegeben, wenn das Gezeigte die Meinungsbildung beeinflussen kann⁶²². Darbietungscharakter und damit Meinungsbildungsrelevanz haben aufgrund des weiten verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriffs, wenn auch mit unterschiedlicher Wirkungsintensität, so gut wie alle Inhalte, auch die Ausstrahlung von Teleshopping. Dennoch sind nicht alle ausgestrahlten Inhalte als Rundfunk im einfachgesetzlichen Sinne des Rundfunkstaatsvertrages zu definieren, wie sich aus dem Telemediengesetz ergibt. Grundlage und Rechtfertigung der Unterscheidung der einfachgesetzlichen Regelungen und staatlichen Kontrolle von Telemedien und Rundfunk ist die unterschiedliche Funktion für die Meinungsbildung und der abgestufte Einfluss auf die Meinungsbildung⁶²³. Nur wenn ein Dienst Auswirkungen auf die individuelle und öffentliche Meinungsbildung hat, also eine gewisse Meinungsmacht besitzt, beinhaltet er ein

⁶²⁰ Das Telemediengesetz vom 26.02. 2007 (BGBl 2007, Teil 1, Nr. 6, S. 179 ff) löste das Teledienstegesetz (TDG) und den Mediendienste-Staatsvertrag (MDStV) ab und dient - wie schon die vorherigen Regelungen - im Wesentlichen der Umsetzung der E-Commerce-Richtlinie 2000/31/EG (Abl EG Nr. L 178 S. 1).

⁶²¹ „Telemedien sind auch (...) Teleshoppingkanäle“. Vgl. auch Begr. TMG, BT-Drucks. 16/3078, S. 13, die das Teleshopping als einen Fall der Telemedien nennt.

⁶²² BVerfGE 31, 314/325 f („2. Rundfunkentscheidung“ - „Mehrwertsteuer“).

⁶²³ Vgl. Begr. TMG, BT-Drucks. 16/3078, S. 11.

rundfunktypisches Gefährdungspotential, das die Unterwerfung unter das strenge Regelungsregime des Rundfunkrechts rechtfertigt⁶²⁴.

Teleshopping-Sendungen können daher weder allein wegen ihres Verkaufscharakters als für die Meinungsbildung unerheblich abgetan werden, noch kann ihnen allein wegen einer unterhaltsamen Moderation ein rundfunkspezifischer Darbietungscharakter und eine relevante Meinungsbeeinflussung angeheftet werden. Ob ein Dienst über die maßgebliche Meinungsmacht verfügt oder nur in geringem Maße zur Meinungsbildung geeignet ist, muss im Wege einer wertenden Gesamtbetrachtung beurteilt werden. Zu fragen ist, ob die Darstellung für den „Waren- bzw. Dienstleistungsmarkt“ oder für den „Meinungsmarkt“ bestimmt ist⁶²⁵. Nach Auffassung der *Direktorenkonferenz der Landesmedienanstalten* soll ein Dienst Rundfunk sein, wenn das Gezeigte Informationsteile enthält, die keinen Produktbezug mehr aufweisen, die Produktpräsentation in Unterhaltungsshow integriert ist oder der Verkaufscharakter nicht eindeutig im Vordergrund steht. Wenn sich die Inhalte dagegen dem gewerblichen Zweck unterordnen, die Angebote nicht über den Bereich der persönlichen Lebensführung hinausgehen und sich nicht auf Themen beziehen, die den Menschen als Teil der Gesellschaft betreffen, soll das Rundfunkrecht keine Anwendung finden. Die dauerhafte Einblendung von Kaufpreis, Bestell- und Verkaufsbedingungen spreche für eine Verkaufssendung, die Möglichkeit, im Studio anzurufen, spreche nicht gegen eine Verkaufssendung⁶²⁶.

II. Konsequenzen für Call-In-Shows

Die Frage, ob eine Gewinnspiel-Call-In-Show als Telemedium „Teleshopping“ eingeordnet werden kann, das die Meinungsbildung nicht in einem rundfunkrelevanten Maße beeinflusst, soll durch Vergleich mit einer klassischen Verkaufssendung im Teleshoppingkanal erfolgen, bei der reine Produktinformationen durch Informations- und Unterhaltungselemente ausgeschmückt werden:

In der typischen Verkaufsshow ist die Produktpräsentation durch Schaffung eines attraktiven Umfelds geprägt. Die Einrichtung des Studios vermittelt eine Kaufentscheidung in persönlicher Wohnzimmeratmosphäre. Die Formate werden entweder live ausgestrahlt, oder dem Zuschauer zumindest der Eindruck einer Live-Sendung vermittelt. Ein Moderator führt durch die Sendung, spricht die Kunden direkt an und schildert die

⁶²⁴ Eingehend *Dafner*, Teledienste, S. 114 ff.

⁶²⁵ So *Schroeder*, ZUM 1994, 471/477; vgl. hierzu auch *Lent*, Rundfunk-, Medien-, Teledienste, S. 138.

⁶²⁶ *Direktorenkonferenz der Landesmedienanstalten*, Drittes Strukturpapier zur Unterscheidung von Rundfunk und Mediendiensten, Ziffer 3.3.1, S. 13 f.

Vorzüge der Waren und Dienstleistungen „in epischer Breite und blumigen Worten“⁶²⁷. Attraktive Menschen oder Prominente beschreiben die - in Eigenerfahrung gemachten - positiven Wirkungen der beworbenen Produkte auf Erfolg, Fitness, Gesundheit oder Aussehen.

In der Call-In-Show reduziert sich die Bildschirmdarstellung auf die Einblendung der Telefonnummer, der Gewinnsumme und der Gewinnfrage. Abgebildet wird die angebotene Dienstleistung. Allerdings übt die Call-In-Show eine gewisse - rundfunktypische - Suggestivkraft aus, weil sie notwendigerweise live ausgestrahlt und von einem Moderator begleitet wird, der die Kunden direkt anspricht. Soweit sich die Äußerungen und Handlungen des Moderators jedoch allein mit dem Angebot und Verkauf der Gewinnchancen beschäftigen, indem etwa ständig die anzuwählende Mehrwertnummer und die Gewinnsumme wiederholt oder mit Geldscheinen gewedelt wird, so besitzen diese keine rundfunkspezifische Meinungsbildungsrelevanz oder üben gar Meinungsmacht aus⁶²⁸. Der Einfluss des Gesamtgeschehens auf die Meinungsbildung ist vergleichbar gering wie in der herkömmlichen Verkaufshow mit unterhaltsamer Produktpräsentation unter Beteiligung von Studiogästen, die den Zuschauern die sofortige Bestellung der Produkte empfehlen.

Selbst wenn der Gewinn an die richtige Beantwortung einer Gewinnfrage geknüpft wird, bleibt der Verkaufs-Charakter des Gesamtgeschehens im Vordergrund, solange die Stellung der Gewinnfrage offensichtlich nicht der Meinungsäußerung, Meinungsbildung oder gar der Vermittlung von Wissen dient, sondern Bestandteil der abzusetzenden Dienstleistung ist. Jeder Verkaufssendung ist ein gewisses redaktionelles Tun immanent, indem entschieden wird, welche Waren angeboten werden, wie die Dienstleistungen zusammengestellt werden und auf welche Art und Weise die Produkte präsentiert werden. Entscheidend für die Abgrenzung zwischen Teleshopping als Rundfunk, das dem strengen rundfunkrechtlichen Regelungsregime unterworfen werden muss, und Teleshopping als Telemedium, das zulassungsfrei veranstaltet werden kann, ist nicht die Frage, wie unterhaltend das zu verkaufende Produkt insgesamt präsentiert wird, son-

⁶²⁷ *Dafner*, Teledienste, S. 163.

⁶²⁸ Beispiel für eine Call-In-Show ohne rundfunktypische Elemente ist das im Vormittags- oder Nachmittagsprogramm des *DSF* gesendete *Sportquiz*. Hier wird keine Studioatmosphäre geschaffen und die Äußerungen der Moderatoren reduzieren sich ausschließlich auf den Aufruf zur Spielteilnahme.

dern, ob die Verkaufsshow meinungsbeeinflussend wirkt, ihr also eine rundfunktypische Gefährlichkeit innewohnt⁶²⁹.

Wenn in der Call-In-Show allerdings mehr passiert, als die bloße Bewerbung des Gewinnspiels und die Herbeiführung der Gewinnentscheidung, ist regelmäßig ein meinungsbeeinflussender Darbietungscharakter oder gar die Ausübung rundfunktypischer Meinungsmacht anzunehmen. So ist von Rundfunk auszugehen, wenn die Moderatoren „auch auf dem Meinungsmarkt tätig werden“, indem sie persönliche Stellungnahmen zu aktuellen gesellschaftlichen Themen abgeben, mögen diese auch nur aus dem Bereich des „Klatsch und Tratsch“ stammen⁶³⁰.

III. Ergebnis

Die Sendung einer Gewinnspiel-Call-In-Show stellt nicht notwendigerweise Rundfunk im Sinne des Rundfunkstaatsvertrages dar. Wenn sich die Ausstrahlung auf das Angebot von Gewinnchancen und die Moderation auf die Anpreisung und Durchführung des Gewinnspiels beschränkt, ist das Gesamtgeschehen als elektronischer Informations- und Kommunikationsdienst in Form einer Verkaufssendung (Teleshopping) zu qualifizieren. Ein Sender, dessen ausgestrahlte Formate sich auf die Durchführung solcher Gewinnspielformate unter Verkauf von Gewinnchancen reduzieren, kann demnach als Teleshopping-Kanal eingeordnet werden.

⁶²⁹ Vgl. *Dafner*, Teledienste, S. 162 ff.

⁶³⁰ Die Moderatoren in *9Live* - Call-In-Shows geben mitunter Statements zu aktuellen Ereignissen, insbesondere „Prominenten“ und deren Tun ab.

Kapitel 8: DIE WETTBEWERBSRECHTLICHE EINORDNUNG

In Folgenden werden die wettbewerbsrechtlichen Anforderungen an die Veranstaltung mehrwertgebührenpflichtiger Gewinnspiele untersucht.

A. Einführung

I. Die Schutzrichtung des UWG

Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) regelt das Marktverhalten der Unternehmen im Interesse der Marktteilnehmer, insbesondere der Mitbewerber und der Verbraucher und damit zugleich das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb. § 1 UWG geht von einem Modell des gleichberechtigten Schutzes der Mitbewerber, der Verbraucher und der Allgemeinheit aus. Der Schutz sonstiger Allgemeininteressen ist nicht Aufgabe des Wettbewerbsrechts⁶³¹.

Geschützt wird gemäß § 3 UWG vor unlauteren Wettbewerbshandlungen, die geeignet sind, den Wettbewerb nicht unerheblich zu verfälschen. Das Tatbestandsmerkmal der Unlauterkeit wird im Gesetz nicht definiert. Der Gesetzesbegründung ist zu entnehmen, dass unlauter alle Handlungen sind, „die den anständigen Gepflogenheiten in Handel, Gewerbe, Handwerk oder selbständiger beruflicher Tätigkeit zuwiderlaufen“⁶³². Ansonsten wird das Merkmal der Unlauterkeit durch die nicht abschließenden Beispieltatbestände der § 4 UWG bis § 7 UWG präzisiert. Insofern kommt der Unlauterkeit nach § 3 UWG nur eine Auffangfunktion zu⁶³³.

II. Das Gewinnspiel im Wettbewerbsrecht

Für die Veranstaltung von Gewinnspielen enthält das UWG keine generellen Zulässigkeitsvorgaben. Es normiert allgemeine Wettbewerbsregeln und *verkaufsförderungsspezifische* Zulässigkeitsvoraussetzungen für Gewinnspiele. Die speziellen Regelungen zu Gewinnspielen betreffen die *Werbung mit Gewinnspielen*, die *Werbung für Gewinnspiele* und die Durchführung von Gewinnspielen *zu Werbezwecken*.

Aus wettbewerbsrechtlicher Perspektive ist das Gewinnspiel als Instrument der Aufmerksamkeitserzielung nach gefestigter Rechtsprechung grundsätzlich zulässig⁶³⁴. Bei

⁶³¹ Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 16.

⁶³² Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 16.

⁶³³ Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 3 Rn. 7, *Lettl*, UWG, Rn. 137.

⁶³⁴ BGH, GRUR 959, 138/140 („Italienische Note“); BGH, GRUR 1973, 418 („Das goldene A“); BGH, GRUR 1973, 474/475 („Preis Ausschreiben“); BGH, GRUR 1974, 345/346 („Geballtes Bunt“); BGH, GRUR 1989, 434/436 („Gewinnspiel I“); BGH, GRUR 1989, 757/758 („McBacon“); BGH, GRUR

der Neueinführung oder dem alltäglichen Absatz von Produkten oder Dienstleistungen ist es bewährtes Instrument der Werbung und des Wettbewerbs. Nur wenn besondere Umstände hinzutreten, können sich Gewinnspiele als wettbewerbswidrig darstellen. Solche besonderen Umstände wurden durch Rechtsprechung und Literatur herausgearbeitet und in mehr oder weniger einheitliche, sich gegenseitig überschneidende Fallgruppen mit Über- und Unterordnungen gegossen. Zu nennen sind das „übertriebene Anlocken“⁶³⁵, die „Koppelung“ der Gewinnspielteilnahme an den Absatz⁶³⁶ (auch als „rechtlicher Kaufzwang“ bezeichnet⁶³⁷), der „psychische“ Kaufzwang⁶³⁸ (auch als „psychologischer“ Kaufzwang bezeichnet⁶³⁹) sowie allgemeine „Irreführungstatbestände“ (etwa über Teilnahmebedingungen oder Gewinnchancen).

Die grundsätzliche Zulässigkeit von Gewinnspielen liest sich nach der UWG-Novelle aus dem Jahr 2004⁶⁴⁰ nunmehr auch aus dem Umkehrschluss aus § 4 Nr. 5 und Nr. 6 UWG. Der Fallbeispielkatalog für unlauteres Handeln gemäß § 4 UWG nennt für Gewinnspiele ausdrücklich das „Koppelungsverbot“ (§ 4 Nr. 6 UWG) und das „Transparenzgebot“ als besonderes Irreführungsverbot (§ 4 Nr. 5 UWG). Daneben sind aufgrund des „General-Regelbeispiels“ des § 4 Nr. 1 UWG und der Generalklausel des § 3 UWG sowie des allgemeinen Irreführungsverbots nach § 5 UWG - wie bisher - weitere besondere Umstände denkbar. Der Gesetzgeber wollte durch die Reform des UWG und die Einführung des Regelbeispielkatalogs für unlauteres Handeln gemäß § 4 UWG keine Änderung in der Beurteilung der Unlauterkeit bewirken, sondern nur größere Transparenz durch Nennung typischer Unlauterkeitshandlungen schaffen⁶⁴¹.

B. Die „Wettbewerbshandlung“ nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG als Anwendungsvoraussetzung

I. Allgemeines zur Wettbewerbshandlung

Die „Wettbewerbshandlung“ ist - neben der „Unlauterkeit“ - Zentralbegriff des UWG⁶⁴². Die Frage nach der Wettbewerbshandlung dient der Abgrenzung zum allge-

1998, 735/736 („Rubbelaktion“); BGH, GRUR 2000, 820/821 („Space Fidelity Peep Show“); BGH, GRUR 2002, 1003/1004 („Gewinnspiel im Radio“).

⁶³⁵ Vgl. etwa BGH, GRUR 1973, 418/419 („Das goldene A“).

⁶³⁶ Vgl. beispielsweise BGH, GRUR 1973, 474/475 f („Preisausschreiben“) und BGH, GRUR 1986, 434/436 („Gewinnspiel I“).

⁶³⁷ So etwa *Kunze*, MA 1972, 295/299.

⁶³⁸ Vgl. beispielsweise BGH, GRUR 1989, 757/758 („McBacon“).

⁶³⁹ So etwa *Ackermann*, Wettbewerbsrecht, S. 98 u. 114.

⁶⁴⁰ Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 03.07.2004 (BGBl. I S. 1414).

⁶⁴¹ Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 17.

⁶⁴² Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 16.

meinen Deliktsrecht. Wenn keine Wettbewerbshandlung ersichtlich ist, findet das Wettbewerbsrecht keine Anwendung.

Wettbewerbshandlung ist „jede Handlung einer Person mit dem Ziel, zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens den Absatz oder den Bezug von Waren oder den Bezug oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen zu fördern“.

Die Handlung einer Person ist wie im allgemeinen Deliktsrecht weit zu fassen und erstreckt sich auf alle menschlichen Verhaltensweisen, sei es aktives Tun, sei es ein Unterlassen trotz Erfolgsabwendungspflicht aus Gesetz, Vertrag oder vorangegangenen gefahrbe gründendem Handeln⁶⁴³.

Eine Handlung hat Unternehmensbezug, wenn sie im Rahmen einer auf Dauer angelegten, selbständigen wirtschaftlichen Betätigung darauf gerichtet ist, Waren oder Dienstleistungen gegen Entgelt zu vertreiben⁶⁴⁴.

Ein Tun besitzt Marktbezug, wenn es nicht nur einen privaten, hoheitlichen, betriebsinternen Zweck verfolgt. Auch die Durchführung, Beendigung oder Rückabwicklung eines Vertragsverhältnisses hat in der Regel keinen Marktbezug mehr, da das Ziel der Absatzförderung erreicht ist. Allerdings können vertragsbezogene Maßnahmen eine Wettbewerbshandlung darstellen, wenn sie verhindern sollen, dass Kunden zu Mitbewerbern abwandern. Der Wettbewerb beschränkt sich nicht nur auf die Gewinnung neuer Kunden, sondern auch auf die Erhaltung des bisherigen Kundenstammes⁶⁴⁵.

Die Wettbewerbshandlung muss objektiv geeignet sein, den Wettbewerb zu fördern und subjektiv zur Förderung des Wettbewerbs erfolgen. Die Wettbewerbshandlung setzt also ein Abzielen auf einen Vorteil für den Handelnden oder einen Dritten voraus, wobei damit kein Nachteil für andere Unternehmen einhergehen muss⁶⁴⁶.

II. Wettbewerbshandlungen im Zusammenhang mit mehrwertgebührenpflichtigen Gewinnspielen

Das Angebot von Gewinnspielen über Mehrwertnummern ist Wettbewerbshandlung im Sinne des UWG, unabhängig davon, ob das Gewinnspiel nur dem Absatz der entgeltlichen Mehrwertdienstleistung „Gewährung von Gewinnchancen“ dient, oder zugleich der Absatz gewinnspielfremder Waren oder Dienstleistungen gefördert werden soll.

⁶⁴³ Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 2, Rn. 5.

⁶⁴⁴ Vgl. BGH, GRUR 1995, 697/699 („Funny Paper“).

⁶⁴⁵ BGH, GRUR 1970, 465/467 („Prämixe“); BGH, GRUR 1992, 450/452 („Beitragsrechnung“)

⁶⁴⁶ So jetzt ausdrücklich Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 16.

Auch die Durchführung mehrwertgebührenpflichtiger Gewinnspiele in der Öffentlichkeit, etwa im Rundfunk, ist Wettbewerbshandlung. Im Zeitpunkt der Ausstrahlung des Gewinnspiels und der Herbeiführung der Gewinnentscheidung ist weder ein möglicher Wettbewerb um Zuschauer als Konsumenten der Dienstleistung „Rundfunk“, noch ein Wettbewerb um die Spielteilnehmer als Konsumenten der Dienstleistung „entgeltliche Gewinnchance“ beendet. Mit den bereits gewonnenen Mehrwertdienstvertragspartnern werden durch die fortgesetzte Veranstaltung wiederholte Vertragsabschlüsse angestrebt, wird auch Rundfunk geboten, sollen die Zuschauer über die öffentliche Spieldurchführung hinaus gebunden werden.

Die Veranstaltung von Gewinnspielen unter Schaltung von Mehrwertnummern zur Gewinnspielteilnahme kann auch der Förderung von Telekommunikationsdienstleistungen Dritter und damit fremdem Absatzes dienen. Eine objektive Eignung zur Wettbewerbsförderung in Verbindung mit einer Wettbewerbsförderungsabsicht des Gewinnspielveranstalters wird spätestens erkennbar, wenn sich dieser mit dem Nummernprovider auf die Schaltung von Mehrwertnummern in hochpreisigen Nummerngassen zur Gewinnspielabwicklung einigt, wodurch auch der TK-Dienstleister unmittelbar von der Gewinnspielveranstaltung profitiert, weil er für die Verbindungsherstellung zum Anrufziel regelmäßig einen höheren Betrag vom Telefonkunden beansprucht, als für eine übliche Gesprächsvermittlung. Gleiches gilt, wenn das Gewinnspiel mit dem Televoting-System verknüpft wird, das massenhaft technische Verbindungen herstellt, die nicht (nur) die Erklärung des Anrufers übertragen, mit der am Gewinnspiel teilgenommen wird, sondern dem Anrufer (auch) mitteilen, dass er bereits erfolglos teilgenommen hat. Durch eine solche Gewinnspielveranstaltung, die das aleatorische Element des Gewinnspiels auf den Übertragungsweg verlagert und objektiv auf eine Mehrfachteilnahme der erfolglosen Anrufer ausgerichtet ist, werden TK-Dienstleistungen des beteiligten TK-Anbieters in einem Maße gefördert, der nicht mehr nur Reflex der Kommunikation des Teilnahmewunsches über das Telefon ist⁶⁴⁷. Evident wird die gegenseitige Förderung, wenn die TK-Dienstleister konzeptionell an den Gewinnspielmodellen und an der Einbindung der Mehrwertdiensternummern in die (mediale) Gewinnspielabwicklung mitwirken.

⁶⁴⁷ So auch *Hecker*, in: FS Bartenbach, S. 500.

C. Das Koppelungsverbot nach §§ 3, 4 Nr. 6 UWG

I. Grundsätzliches zum wettbewerbsrechtlichen Koppelungsverbot

1. Sinn und Zweck eines Koppelungsverbot

Die Verknüpfung des Waren- und Dienstleistungsabsatzes mit der Teilnahme an einem Gewinnspiel wird in Rechtsprechung⁶⁴⁸ und Literatur⁶⁴⁹ seit jeher als grundsätzlich unlauter angesehen: Der Werbende nutze in diesem Fall die Spielleidenschaft des Publikums unmittelbar zum Warenabsatz aus. Der Käufer vernachlässige mit Blick auf die Gewinnchance und in Erwartung des Gewinns die Prüfung des Angebots auf seine Güte und Preiswürdigkeit. Der Veranstalter wolle den Kunden in diesem Fall nicht nur auf das Warenangebot hinlenken, sondern ihn durch die Verbindung der Gewinnspielteilnahme mit dem Warenangebot gleichsam zum Kauf zwingen. Die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers werde manipuliert. Dadurch werde der Bereich des Leistungswettbewerbs verlassen und der Kunde durch sachfremde Erwägungen zum Kauf einer Ware bzw. der Inanspruchnahme einer Dienstleistung bewegt.

Nach anderer Auffassung ist das Koppelungsverbot für Gewinnspiele insbesondere nach Wegfall von Rabattgesetz und Zugabeverordnung nicht mehr zeitgemäß⁶⁵⁰. Die Gewinnchance sei letztendlich eine Zugabe wie jede andere. Der Verbraucher könne eigenverantwortlich entscheiden, ob er eine Packung Salzstangen kauft, um an der Verlosung eines Mountainbikes teilnehmen zu können⁶⁵¹. Kunden, die einhundert Zeitschriften kauften, um einhundert mal das gleiche Kreuzworträtsel zu lösen, bedürften nicht des Verbraucherschutzes, sondern einer anderen Art von Hilfe⁶⁵².

Auch unter Verweis auf das letztgenannte Beispiel hielt die *EU-Kommission* in ihrem ersten „Vorschlag für eine Verordnung über Verkaufsförderung im Binnenmarkt“⁶⁵³ das Koppelungsverbot zwischen Warenabsatz und Gewinnspielteilnahme angesichts der realen Gewinnchancen für unhaltbar: Solange das Verhältnis des Einsatzes (in Form des Kaufpreises) zur Gewinnchance aufgrund geeigneter Transparenzvorschriften leicht zu

⁶⁴⁸ Vgl. etwa BGH, GRUR 1973, 474/476 („Preis Ausschreiben“); BGH, WRP 1976, 172/173 f („Ver sandhandels-Preis Ausschreiben“); BGH, GRUR 1998, 735/736 („Rubbelaktion“); sowie nach Aufhebung der ZugabeVO: BGH, GRUR 2002, 1003/1004 („Gewinnspiel im Radio“).

⁶⁴⁹ Vgl. etwa Ackermann, Wettbewerbsrecht, S. 114; Zweng, Gewinnspiele, S. 104 ff; Schaf, Gewinnspiele, S. 59; Schotthöfer, in: FS Nordemann, S. 213; Vieregge/Strothmann, in: FS Quack, S. 141; Schri cker/Henning-Bodewig, WRP 2001, 1367/1394.

⁶⁵⁰ Sosnitzka, GRUR 2003, 739/743; Bloß, Preis Ausschreiben, S. 104 ff.

⁶⁵¹ Sosnitzka, GRUR 2003, 739/743.

⁶⁵² So die Ausführungen des Generalanwalts Tesauo in den Schlussanträgen in der Rechtssache C-368/95 („Familiapress“).

⁶⁵³ KOM (2001) 546 endgültig/2 vom 15.01.2002.

ermitteln sei, könnten die Koppelungs-Beschränkungen als unverhältnismäßig angesehen werden und durch geeignetere und wirksamere Transparenzvorschriften ersetzt werden, die den Verbraucher in die Lage versetzten, ohne großen Aufwand zu entscheiden, ob er in genauer Kenntnis der Teilnahmebedingungen und des Verhältnisses Einsatz/Gewinnchance an einem Gewinnspiel teilnehmen wolle⁶⁵⁴.

Der Verordnungsentwurf scheiterte jedoch am Widerstand der Mitgliedsländer. So wurde dessen Definition des Gewinnspiels in Art. 2 lit. i. „die Teilnahme ist kostenlos, kann aber mit einer Verpflichtung zum vorherigen Kauf verbunden sein“⁶⁵⁵, im geänderten Vorschlag ersetzt durch die Definition in Art. 2 lit. i. „die Teilnahme ist kostenlos und ist nicht mit einer Verpflichtung zum vorherigen Kauf einer Ware oder zur vorherigen Inanspruchnahme einer Dienstleistung verbunden“⁶⁵⁶.

Den Stimmen, die einem Koppelungsverbot kritisch gegenüberstehen, ist zuzubilligen, dass es schwer fällt, sich den mündigen Verbraucher als Subjekt vorzustellen, der nicht gewollte Waren aufgrund der Gewinnaussichten gleichsam zwanghaft kauft. Wenn der Kunde die Kaufentscheidung rational und ohne Willens- und Wissensmängel treffen kann, weil er nicht über die Teilnahmebedingungen oder Gewinnchancen des verbundenen Gewinnspiels getäuscht wird, was grundsätzlich über § 4 Nr. 5 UWG abgesichert wird, ist das generelle Koppelungsverbot auf den ersten Blick zu weitgehend. Auf den zweiten Blick rechtfertigt es sich dennoch aus der Sonderrolle, die Gewinnspiele unter den Verkaufsförderungsinstrumenten einnehmen: Einerseits eignen sich kaufgekoppelte Gewinnspiele in besonderen Maße, Glücksspielverbote zu umgehen⁶⁵⁷. Auf der anderen Seite steht das „Spielen“ grundsätzlich nicht für rationales Tun, sondern für emotionales und spontanes menschliches Handeln. Die Einbindung von Gewinnspielen in den Kaufentscheidungsprozess spricht damit typischerweise das Irrationale an. Folglich sind

⁶⁵⁴ KOM (2001) 546 endgültig/2 vom 15.01.2002, S. 15.

⁶⁵⁵ KOM (2001) 546 endgültig/2 vom 15.01.2002, S. 37.

⁶⁵⁶ KOM (2002) 585 endgültig vom 25.10.2002, S. 12.

Vgl. aber Artikel 2 lit. h. zur abweichenden Definition des „Preisausschreibens“ als „zeitlich befristete Aufforderung zur Teilnahme an einem Wettbewerb, die an die Verpflichtung zum vorherigen Kauf einer Ware oder Dienstleistung gebunden sein kann; bei einem Preisausschreiben wird der Gewinner vor allem aufgrund seiner Kenntnisse oder Fertigkeiten ermittelt“.

Harte/Henning/*Bruhn*, § 4, Vor Nr. 5, Rn. 4, Fn. 885, nimmt hinsichtlich der Zulässigkeit der Koppelung eines Preisausschreibens ein Redaktionsversehen an, da eine Ungleichbehandlung von Gewinnspiel und Preisausschreiben nicht zu rechtfertigen wäre. *Fezer/Hecker*; § 4-6, Rn. 19 geht dagegen von einer intendierten Differenzierung aus, weil der Ordnungsgeber bei Preisausschreiben im Gegensatz zu Gewinnspielen offenbar keine Umgehungsgefahr des Glücksspielverbotes sehe. Nach dieser Interpretation könnte § 4 Nr. 6 UWG bei Umsetzung des Ordnungsvorschlages teilweise europarechtswidrig sein.

⁶⁵⁷ Dies ist auf Europäischer Ebene wesentliches Motiv für ein Koppelungsverbot, vgl. Bericht über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Verkaufsförderung im Binnenmarkt KOM (2001), 546 vom 10.07.2001, S. 66 u. 72.

Gewinnspiele in höherem Umfang als andere Verkaufsförderungsinstrumente geeignet, sachfremde Überlegungen in den Mittelpunkt der Kaufentscheidung zu stellen⁶⁵⁸.

2. Die Voraussetzungen des Koppelungstatbestandes

Nach § 4 Nr. 6 UWG handelt unlauter, „wer die Teilnahme von Verbrauchern an einem Preisausschreiben oder Gewinnspiel von dem Erwerb einer Ware oder der Inanspruchnahme einer Dienstleistung abhängig macht, es sei denn, das Preisausschreiben oder Gewinnspiel ist naturgemäß mit der Ware oder Dienstleistung verbunden“.

Nach der Gesetzesbegründung soll eine „naturgemäße Verbindung“ vorliegen, wenn „man ein Gewinnspiel oder ein Preisausschreiben gar nicht veranstalten kann, ohne dass der Kauf der Ware oder die Inanspruchnahme einer Dienstleistung erforderlich ist“⁶⁵⁹. Gemeint sind damit die Sachverhalte, in denen das Gewinnspiel Inhalt der erbrachten Leistung ist⁶⁶⁰. Zum Inhalt des Produkts gehört ein Gewinnspiel, wenn es nicht nur dessen Absatz fördert, etwa durch Veröffentlichung eines auszuschneidenden und einzusendenden Gewinncodes in der Zeitschrift, sondern integrierter Bestandteil der redaktionellen Leistung ist⁶⁶¹. Die „naturgemäße Verbindung“ zielt also auf das grundgesetzliche Presseprivileg nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG ab und betrifft Zeitschriften-Gewinnspiele zu Unterhaltungszwecken, an die der Verbraucher gewöhnt ist, wenn er sie nicht sogar erwartet⁶⁶².

Bei Fehlen einer naturgemäßen Verbindung umfasst § 4 Nr. 6 UWG in jedem Fall die unmittelbare Koppelung in Form des „Abhängigmachens“ durch rechtlichen Kaufzwang. Ein rechtlicher Kaufzwang ist gegeben, wenn denknotwendig nur durch den Kauf einer Ware oder die Inanspruchnahme einer Dienstleistung an dem Gewinnspiel teilgenommen werden kann, etwa weil das Etikett einer Flasche oder der Kassenzettel des Einkaufs den Teilnahmechein oder ein Los darstellt⁶⁶³. Ein „Abhängigmachen“ in Form des faktischen (tatsächlichen) Kaufzwangs ist anzunehmen, wenn zwar formal jeder an dem Gewinnspiel teilnehmen darf, die Gewinnmöglichkeit aber durch einen Waren-Kauf oder die Inanspruchnahme einer Dienstleistung erst begründet oder zumin-

⁶⁵⁸ Fezer/Hecker, § 4-6, Rn. 35.

⁶⁵⁹ Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 18.

⁶⁶⁰ Hecker, in: FS Bartenbach, S. 492; Fezer/Hecker, § 4-6, Rn. 116; Nordemann, Wettbewerbsrecht, Rn. 794; Ullmann, GRUR 2003, 817/818.

⁶⁶¹ Der BGH, WRP 1996, 1153/1155 („Preisrätselgewinnauslobung IV“), spricht vom „redaktionellen Bereich“.

⁶⁶² Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4, Rn. 6.16.

⁶⁶³ OLG Düsseldorf, GRUR 1951, 461; Berlit, Wettbewerbsrecht, Rn. 54; Lettl, UWG, Rn. 291.

dest deutlich erhöht wird, etwa, weil wichtige Informationen zur Lösung der Gewinnfrage damit zusammenhängen⁶⁶⁴.

Eine mittelbare Koppelung durch psychischen Kaufzwang fällt dagegen nicht unter § 4 Nr. 6 UWG⁶⁶⁵. Das Vorliegen einer Koppelung wird nach dem tatsächlichen Verhalten des Veranstalters des Gewinnspiels beurteilt, nicht aus der Sicht des Kunden („abhängig macht“). Wenn der Verbraucher „anstandshalber nicht umhin kann“⁶⁶⁶ oder sich aus Motiven wie „Dankbarkeit“ oder „Peinlichkeit“⁶⁶⁷ verpflichtet „fühlt“, eine Ware zu kaufen, oder eine Dienstleistung in Anspruch zu nehmen, um an dem Gewinnspiel teilzunehmen, liegt keine Koppelung im Sinne von § 4 Nr. 6 UWG vor. Ein Rückgriff auf § 4 Nr. 1 UWG ist grundsätzlich möglich⁶⁶⁸.

Ebenfalls keine Koppelung im Sinne von § 4 Nr. 6 UWG ist anzunehmen, wenn der Veranstalter bewusst oder unbewusst beim Verbraucher den Eindruck einer Koppelung erweckt. Ein solcher irreführender Anschein der Koppelung wird üblicherweise durch die (unklare) Gestaltung der Teilnahmebedingungen hervorgerufen und stellt sich demnach als Verstoß gegen das Transparenzgebot nach § 4 Nr. 5 UWG dar⁶⁶⁹.

II. Mögliche Koppelungstatbestände im Zusammenhang mit Gewinnspielen über Mehrwertnummern

1. Die mehrwertgebührenpflichtige Abstimmung unter zusätzlicher Gewährung einer Gewinnchance: Koppelung eines Gewinnspiels an die entgeltliche Abstimmungs-Dienstleistung?

Die Durchführung entgeltlicher Abstimmungen über das Televoting-System (0137x-Mehrwertnummern) wird insbesondere in Rundfunksendungen regelmäßig mit einem Gewinnspiel kombiniert. Unter allen Teilnehmern an der mehrwertgebührenpflichtigen Abstimmung wird (zusätzlich) ein Preis verlost. Hier wird neben der Gewährung der Gewinnchance durch Anwahl der Mehrwertnummer eine gewinnspielfremde Mehrwertleistung in Form der Teilnahme an der Abstimmung erbracht. Der Mehrwert für den Anrufer besteht in der Leistung des Anbieters, den Anruf „als Stimme“ zu erfassen und die damit verbundene Meinungsäußerung in das Abstimmungsergebnis einfließen zu

⁶⁶⁴ BGH, GRUR 1990, 611/616 („Werbung im Programm“ - „Wer erschoss Boro?“); BGH, WRP 2005, 876/877 („Traumcabrio“).

⁶⁶⁵ Fezer/Hecker, § 4-6, Rn. 45; MünchKommUWG/Leible, § 4 Nr. 6, Rn. 52. In diese Richtung auch Harte/Henning/Bruhn, § 4 Nr. 6, Rn. 9. A.A.: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4, Rn. 6.12.

⁶⁶⁶ BGH, NJW 2003, 3066/3067 („Rubbel-Gewinnspiel“); BGH, WRP 2000, 725/726 („Space Fidelity Peep Show“).

⁶⁶⁷ BGH, GRUR 1998, 475/476 („Erstcoloration“).

⁶⁶⁸ Vgl. hierzu: dieses Kapitel, E. II.

⁶⁶⁹ Vgl. Harte/Henning/Bruhn, § 4 Nr. 6, Rn. 9; Fezer/Hecker, § 4-6 UWG, Rn. 43.

lassen. Das Gewinnspiel ist daneben klassische verkoppelte Absatzförderungsmaßnahme für die Mehrwert-Dienstleistung „Abstimmung“. Wer am Gewinnspiel teilnehmen und seine Gewinnchance realisieren will, muss entgeltlich abstimmen. Somit liegt ein typischer Koppelungsfall vor, dem die Unlauterkeit nur bei mangelnder wettbewerbsrechtlicher Erheblichkeit fehlt⁶⁷⁰.

2. Das mehrwertgebührenpflichtige Gewinnspiel: Koppelung bzw. koppelungsähnlicher Fall wegen der Mehrwertgebührenpflichtigkeit der Gewinnspielteilnahme?

Im Zusammenhang mit der Veranstaltung mehrwertgebührenpflichtiger Gewinnspiele stellt sich die Frage, ob durch die Teilnahmevoraussetzung der Anwahl einer Mehrwertdienstnummer ein Koppelungsfall vorliegt.

a) Der Meinungsstand

aa) Die Begründung im Regierungsentwurf zum neuen UWG

Nach Auffassung der Bundesregierung in der Gesetzesbegründung ist „die Übermittlung der Erklärung, mit der am Gewinnspiel oder Preisausschreiben teilgenommen wird“, keine Dienstleistung im Sinne von § 4 Nr. 6 UWG. Allerdings „liegt eine Verkoppelung mit der Inanspruchnahme einer Dienstleistung grundsätzlich auch dann vor, wenn der Verbraucher, will er am Preisausschreiben oder Gewinnspiel teilnehmen, eine Mehrwertdienstnummer anrufen muss, da in diesem Falle eine über den Basistarif für die Übermittlung hinausgehende Zahlung erforderlich wird“⁶⁷¹.

Ob hier ein koppelungsähnlicher Fall angenommen werden soll, wenn der Spielveranstalter an dem Gewinnspiel verdient, also an den Mehrwertgebühren beteiligt ist, oder ob nur solche Situationen berücksichtigt werden sollen, in denen die Telekommunikationsdienstleistung des Telekommunikationsdienstleisters teurer wird, weil er eine gegenüber der üblichen Gesprächsvermittlung höhertarifizierte Servicenummer für den Gewinnspielveranstalter schaltet, ist nicht ersichtlich.

bb) Die Auffassungen in der Rechtsprechung

Das *LG Memmingen* nimmt in einem Urteil aus dem Jahr 2000 eine dem üblichen Koppelungsfall jedenfalls vergleichbare Situation an, wenn ein Gewinnspiel über eine Mehrwertnummer abgewickelt wird. Zwar führe die Anwahl einer „0190er“-Rufnummer durch einen Spielteilnehmer nicht zu einem „unmittelbaren Warenabsatz“

⁶⁷⁰ Vgl. dazu Ziffer 3.

⁶⁷¹ Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 18.

beim Spielveranstalter. Die Einnahmeeffekte, die durch die Mehrwertgebühren entstünden, bedeuteten jedoch einen „einem erhöhten Warenabsatz vergleichbaren wirtschaftlichen Vorteil“. Dies solle auch dann gelten, wenn der nach außen auftretende Veranstalter zwar keine Anteile an den Mehrwertgebühren erhalte, aber jedenfalls andere wirtschaftliche Vorteile⁶⁷².

In einem Beschluss aus dem Jahr 2002 geht das *LG Hamburg* von der Wettbewerbswidrigkeit der Veranstaltung eines Gewinnspiels unter Verwendung von kostenpflichtigen 0190-Telefonnummern aus, wenn keine realistische Teilnahmemöglichkeit mittels Postkarte besteht. Ob sich die Wettbewerbswidrigkeit aus der Parallelität zu üblichen Koppelungsfällen oder dem verbotenen Glücksspiel ergeben soll, wird nicht deutlich⁶⁷³. Das *OLG Düsseldorf* verneint in einem Urteil aus dem Jahr 2003 einen Koppelungsfall bei einem mehrwertgebührenpflichtigen Gewinnspiel über eine 0190-Rufnummer. Die Einnahmen aus den Mehrwertgebühren hingen „unmittelbar mit dem Spiel zusammen“ und stellten keine Gegenleistung für andere Waren oder Dienste dar⁶⁷⁴.

Auch nach einem Beschluss des *LG München I* aus dem Jahr 2005, bestätigt durch das *OLG München*, ist in der Gewinnspielabwicklung über 0137x-Mehrwertnummern keine Koppelung zwischen einem Gewinnspiel und einer andern Dienstleistung zu sehen. Die Mehrwertgebühren beinhalteten „eine Art Einsatz für die Teilnahme am Gewinnspiel“⁶⁷⁵.

cc) Der Meinungsstand in der Literatur

Böhm lehnt einen Koppelungsfall bei Gewinnspielen über Mehrwertnummern grundsätzlich ab. Entweder würden über die Mehrwertnummer überhaupt keine Waren/Dienstleistungen abgesetzt, sondern nur Informationen übermittelt, insbesondere der Teilnahmewunsch. Oder das mehrwertgebührenpflichtige Spiel selbst sei die Ware, wenn es nach Herstellung der Verbindung unmittelbar durchgeführt werde⁶⁷⁶.

⁶⁷² LG Memmingen, Urteil vom 10.05.2000, Az.: 1 H O 2217/99, GRUR-RR 2001, 135/136. Ein Milchproduktehersteller hatte einem Rundfunksender umfangreiche entgeltliche Werbeaufträge erteilt und von diesem ein Gewinnspiel im Internet und einer Zeitschrift ausrichten lassen. Das Gericht sah den wirtschaftlichen Vorteil des werbenden Spielveranstalters darin, dass er dem Sender für die Spielausrichtung kein Entgelt zu zahlen hatte, weil dieser Einnahmen aus den Mehrwertgebühren generierte.

⁶⁷³ LG Hamburg, Beschluss vom 08.01.2002, Az.: 406 O 7/02, abrufbar unter <http://www.gluecksspiel-und-recht.de/urteile/Landgericht-Hamburg-20020108.html> (Stand: 22.09.2007).

⁶⁷⁴ OLG Düsseldorf, Urteil vom 23.09.2003, Az.: I - 20 U 39/03, Magazindienst 2005, 919 ff, II, 3.

⁶⁷⁵ LG München I, Beschluss vom 28.07.2005, Az.: 17 HK O 13392/05, abrufbar unter <http://www.mehrwertdiensteundrecht.de/lg-muenchen-9-live-wettbewerbsgemaess-17-HK-O-13392-05.html> (Stand: 22.09.2007), bestätigt durch OLG München, Beschluss vom 22.12.2005, Az.: 6 W 2181/05, MMR 2006, 225.

⁶⁷⁶ *Böhm*, MMR 1998, 585/586 f und Sprachmehrwertdienste, S. 279 f.

Bloß charakterisiert die Mehrwertgebühren als „versteckten Einsatz“. Ein erhöhter Warenabsatz wie im typischen Koppelungsfall sei wirtschaftlich nicht vergleichbar mit der Generierung von Telefongebühren über Mehrwertnummern. Dies zeige sich schon daran, dass beide Einnahmequellen auch kombiniert werden könnten, wenn Voraussetzung für die Gewinnspielteilnahme der Erwerb einer Ware und die Anwahl einer Mehrwertnummer wäre⁶⁷⁷.

Schaf nennt die Einordnung von Gewinnspielen über Mehrwertnummern als Koppelungsfall ein „Hilfskonstrukt“. Wirtschaftlich besehen sei nicht der „Übermittlungsdienst“ das abzusetzende Produkt, sondern das Gewinnspiel selbst⁶⁷⁸.

Auch *Wimmer* stellt fest, dass es keine vom Spiel unterscheidbare Dienstleistung gebe und „damit auch nichts, womit das Spiel ‚gekoppelt‘ werden könnte“⁶⁷⁹.

Hecker spricht den Mehrwertgebühren Einsatzqualität hinsichtlich der Gewinnspielteilnahme zu, will aber zusätzlich einen Koppelungsfall annehmen, wenn nicht die Kompensation der üblichen Übermittlungskosten im Vordergrund stehe, sondern eine möglichst umfängliche Generierung von kostenpflichtigen Anrufen⁶⁸⁰.

Gabriel/Barth sehen die „kostenpflichtige Telefonvermittlung“ als zusätzliche verkoppelte Dienstleistung, wenn durch die unmittelbare Anruferabweisung nicht jeder Anrufer durchgestellt werde⁶⁸¹.

b) Die eigene Einordnung

Bei Gewinnspielen über Mehrwertnummern werden gegenüber dem Anrufer - wie im zivilrechtlichen Teil dargestellt - aus zwei Vertragsverhältnissen zwei unterschiedliche Dienstleistungen für die Mehrwertgebühren erbracht: Auf der inhaltlichen Seite wird aus dem Contentvertrag eine Gewinnchance geboten, auf der technischen Seite wird aus dem Telefondienstvertrag die Verbindung hergestellt. Für die Beurteilung eines Koppelungsfalles ist nach diesen zwei Dienstleistungen zu differenzieren:

aa) Kein Koppelungs- oder koppelungsähnlicher Fall bei Erbringung der entgeltlichen Dienstleistung „Gewährung einer Gewinnchance“

Soweit die Mehrwertgebühr dem Spielveranstalter aus dem Contentvertrag zusteht, fällt sie wirtschaftlich und rechtlich für die Dienstleistung „Gewährung einer Gewinnchance“ an. Es besteht keine Koppelung eines Gewinnspiels an eine „gewinnspielfremde“

⁶⁷⁷ *Bloß*, Preisausschreiben, S. 55.

⁶⁷⁸ *Schaf*, Gewinnspiele, S. 142.

⁶⁷⁹ *Wimmer*, MMR 2007, 417/420.

⁶⁸⁰ *Hecker*, in: FS Bartenbach, 489/500.

⁶⁸¹ *Gabriel/Barth*, VuR 2006, 301/303.

Mehrwertdienstleistung, sondern die entgeltliche Mehrwertdienstleistung besteht gerade in der Einräumung der Teilnahmemöglichkeit am Gewinnspiel und der damit verbundenen entgeltlichen Gewährung einer Gewinnchance.

Ein koppelungsähnlicher Fall ist hier ebenfalls nicht anzunehmen. Weder rechtlich, noch wirtschaftlich ist die Einnahmegerenerierung aus Mehrwertgebühren, die für die Gewinnspielteilnahme anfallen, mit einer Koppelungssituation vergleichbar. Rechtlich ist die Einräumung der Gewinnchance nicht Absatzförderungsmaßnahme, sondern Gegenleistung für das über die Mehrwertgebühr zu leistende Entgelt und damit abzusetzendes Produkt selbst. Wirtschaftlich wird der Unterschied auch dadurch deutlich, dass die Ausrichtung eines solchen entgeltlichen Gewinnspiels *zusätzlich* mit dem Absatz von gewinnspielfremden Produkten verkoppelt werden kann. So beispielsweise, wenn an dem Gewinnspiel nur teilnehmen kann, wer eine Ware kauft, in dessen Verpackung sich die Lösungsantwort verbirgt, die über eine Mehrwertnummer einzureichen ist. Die Kaufkoppelung (Lösungsantwort nur in der Produktverpackung) dient dann der Absatzförderung, die Entgeltlichkeit (Teilnahme nur über eine Mehrwertnummer) bietet dem Veranstalter eine zusätzliche Einnahmequelle.

Ob ein Gewinnspiel allein wegen seiner Entgeltlichkeit wettbewerbswidrig ist, richtet sich nach verwaltungs- und strafrechtlichen Normen. Wettbewerbsrechtlich hat die Entgeltlichkeit nur über §§ 3, 4 Nr. 11 UWG Bedeutung⁶⁸².

Die Teilnahme an einem Gewinnspiel wird insoweit nicht von der Inanspruchnahme einer Dienstleistung im Sinne von § 4 Nr. 6 UWG abhängig gemacht, als die Dienstleistung gerade in der entgeltlichen Einräumung der Gewinnchance besteht, für die die Mehrwertgebühren als Gegenleistung anfallen.

bb) Verkoppelung der entgeltlichen Spielteilnahme mit einer über dem Basistarif liegenden Telekommunikationsdienstleistung

Ein echter Koppelungsfall kann durch Verbindung des Gewinnspiels mit Telekommunikationsdienstleistungen angenommen werden, die über den Basistarif hinausgehen.

Die Annahme einer Koppelung setzt voraus, dass „über dem Basistarif“ liegende Mehrwertgebührenanteile vertraglich nicht (nur) dem Content-Provider als Gegenleistung für die Spielteilnahme zugeordnet werden, sondern (auch) dem Teilnehmernetzbetreiber aus dem Telefondienstvertrag. Der Spielveranstalter fördert dann eine „unüblich teure“ fremde Dienstleistung „Kommunikation des Teilnahmewunsches“. Im zivilrechtlichen Teil wurde herausgearbeitet, dass zur Bestimmung des Basistarifs als übli-

⁶⁸² Vgl. hierzu: dieses Kapitel, F.

cher Vergütung hier auf die Gebühren für ein Ferngespräch abzustellen ist⁶⁸³. Ein Koppelungsfall ist folglich immer dann anzunehmen, wenn man dem Zugangsprovider aus dem Telefondienstvertrag einen vertraglichen Anspruch für seine technische Verbindungsherstellung im Zusammenhang mit der Gewinnspielteilnahme zubilligt, der über diesen Basistarif hinausgeht⁶⁸⁴. Hier besteht eine Koppelung des Gewinnspiels an eine hochpreisige Telekommunikationsdienstleistung. Der Netzbetreiber beansprucht von seinen Endkunden eine höhere Telekommunikationsgebühr, als er für die Herstellung der Verbindung zu üblichen „gewinnspielfremden“ Zielen in Rechnung stellen würde. Aufgrund der Attraktivität des Anruf-Ziels wird die Gesprächsvermittlung kostspieliger, ohne dass sich der Umfang der Leistung gegenüber dem Endkunden erhöht. Diese über-
teuerte Dienstleistung des Teilnehmernetzbetreibers fördert der Gewinnspielveranstalter, wenn er sein Gewinnspiel mit einer hochtarifierten Nummern-gasse des Telekommunikationsdienstleisters verbindet⁶⁸⁵.

cc) Verkoppelung der entgeltlichen Spielteilnahme mit einer Telekommunikationsdienstleistung, die den Teilnahmewunsch nicht übermittelt bzw. nur die Erfolglosigkeit der Teilnahme mitteilt

Ein echter Koppelungsfall ist auch durch Verbindung des Gewinnspiels mit Telekommunikationsdienstleistungen des Televoting-Systems anzunehmen, die für den Anrufer nutzlos sind, weil sie die Erklärung, mit der am Gewinnspiel teilgenommen wird, nicht zielführend übermitteln. Wenn zwar eine technische Verbindung hergestellt wird, diese aber nicht zur Registrierung auf einem Anrufbeantworter oder zur Durchstellung in eine Live-Sendung führt, sondern nur über die Erfolglosigkeit des Teilnahmewunsches informiert, so wird dem teilnahmewilligen Verbraucher durch die Gewinnspielveranstaltung die Inanspruchnahme nutzloser entgeltlicher Telekommunikationsdienstleistungen aufgedrängt. Die Unlauterkeit begründet sich daraus, dass ein aleatorisches Moment des Gewinnspiels auf den technischen Übertragungsweg vorverlagert wird, der Verbraucher dadurch (auch) nutzlose entgeltliche Verbindungsherstellungen des Televoting-Systems in Anspruch nehmen muss und somit eine Verkoppelung zwischen Telekommunikationsdienstleistungen und Gewinnspielteilnahme besteht, die nicht mehr nur Reflex der

⁶⁸³ Dieser Betrag würde für eine vergleichbare Vermittlungsdienstleistung des Service-Providers anfallen, wenn kein Content-Provider beteiligt wäre. Vgl. hierzu oben, Kapitel 4, D, II, 3.

⁶⁸⁴ Nach der Rechtsprechung des BGH hat der Teilnehmernetzbetreiber sogar einen eigenen vertraglichen Anspruch auf die Mehrwertgebühr in voller Höhe, vgl. etwa BGH, NJW 2002, 361 („Telefonsexentscheidung“); BGH, MMR 2007, 179 ff („Gesamtgläubigerschaft“). S.o. Kapitel 4, D, II, 1.

⁶⁸⁵ Allerdings muss dieser Koppelungsfall noch keine wettbewerbsrechtliche Erheblichkeit begründen, dazu sogleich unter Ziffer 3.

Kommunikation des Teilnahmewunsches ist, sondern Grundlage eines gemeinsamen Konzepts von Gewinnspielveranstalter und TK-Dienstleister.

c) Zwischenergebnis

Die Abwicklung von Gewinnspielen über Mehrwertnummern ist insoweit kein Kopplungsfall, als der Mehrwertgebührenanspruch auf den Contentvertrag „Spiel“ zwischen Gewinnspielveranstalter und Anrufer gestützt wird. Die Mehrwertgebühren sind Gegenleistung für die Einräumung einer Gewinnchance.

Die Abwicklung von Gewinnspielen über Mehrwertnummern ist insoweit ein Kopplungsfall, als man dem Teilnehmernetzbetreiber aus dem Telefondienstvertrag einen Anspruch auf Zahlung von Mehrwertgebührenanteilen zubilligt, die über den Basistarif für die technische Verbindungsleistung hinausgehen. In diesem Fall ist die „Übermittlung des Teilnahmewunsches zu unüblichen Übermittlungskosten“ eine verkoppelte „aufgedrängte“ Dienstleistung.

Die Abwicklung von Gewinnspielen über Mehrwertnummern unter unmittelbarer entgeltlicher Anruferabweisung ist insoweit ein Koppelungsfall, als damit Telekommunikationsdienstleistungen in Anspruch genommen werden müssen, die für den Verbraucher nutzlos sind, weil sie zwar kostenpflichtige technische Verbindungen herstellen, aber den Teilnahmewunsch nicht zielführend übermitteln.

3. Die wettbewerbsrechtliche Erheblichkeit der Koppelungsfälle (§ 3 UWG)

Nach § 3 UWG muss der Grad der Wettbewerbsverfälschung eine gewisse Erheblichkeitsgrenze überschreiten. Nach der Gesetzesbegründung ist die Schwere des Verstoßes, aber auch sein Einfluss auf den zukünftigen Wettbewerb zu berücksichtigen. So kann eine nicht nur unerhebliche Verfälschung des Wettbewerbs auch bei Verstößen mit nur geringen Auswirkungen für den einzelnen Marktteilnehmer vorliegen, wenn durch das Verhalten eine Vielzahl von Marktteilnehmern betroffen ist, oder eine nicht unerhebliche Nachahmungsgefahr besteht⁶⁸⁶. Eine nachteilige Beeinträchtigung des Wettbewerbs ist bereits dann gegeben, wenn der Nachteil nicht so geringfügig ist, dass ein durchschnittlich informierter, aufmerksamer und verständiger Marktteilnehmer ihm überhaupt keine Bedeutung beimisst⁶⁸⁷.

⁶⁸⁶ Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 17.

⁶⁸⁷ Köhler, GRUR 2005, 1/4.

a) Keine Erheblichkeit bei Mehrwertgebühren in Höhe von „üblichen Übermittlungskosten“ im Sinne der Gesetzesbegründung

Die für die Teilnahme an einem Gewinnspiel aufzubringende „verkoppelte“ Leistung des Verbrauchers (bzw. nach der hier vertretenen Auffassung: „der Spieleinsatz“) unterliegt wettbewerbsrechtlich grundsätzlich keiner wertmäßigen Bagatellgrenze⁶⁸⁸. Allerdings will der Gesetzgeber im Einzelfall eine wettbewerbsrechtliche Erheblichkeit verneinen. Nach der Gesetzesbegründung ist „eine andere Beurteilung (...) nach Sinn und Zweck der Vorschrift dann denkbar, wenn die Kosten für die Mehrwertdiensternummer die üblichen Übermittlungskosten nicht übersteigen“⁶⁸⁹.

Zunächst ist festzustellen, dass die „üblichen Übermittlungskosten“ hier nicht mit üblichen Telefongebühren für ein Standardgespräch gleichgesetzt werden können, weil in diesem Fall schon keine Koppelung im Sinne der Gesetzesbegründung (bzw. kein einsatzabhängiges Spiel nach der hier vertretenen Auffassung) vorläge⁶⁹⁰. Die „üblichen Übermittlungskosten“ müssen sich mithin auf die gewöhnlichen Kosten für herkömmliche Übermittlungswege und damit den Postweg beziehen⁶⁹¹.

Die üblichen Übermittlungskosten richten sich somit nach dem jeweils gültigen Porto für Postkarten bzw. Briefe zuzüglich der Kosten für den Erwerb des Übermittlungsträgers. Damit liegt die Obergrenze der üblichen Übermittlungskosten derzeit bei 0,65 Euro (0,55 Euro für das Briefporto zuzüglich der Kosten für eine Postkarte bzw. einen Briefumschlag)⁶⁹².

Die Ablehnung einer wettbewerbsrechtlichen Erheblichkeit ist in den Fällen sachgerecht, in denen als Alternative zur Teilnahme per Postkarte die Teilnahme über das Telefon durch Anwahl einer Mehrwertnummer angeboten wird, deren Gebühren die Kosten für eine Teilnahme über den Postweg nicht überschreiten. Aus Sicht des Verbrauchers ist es dann unerheblich, ob er zur Gewinnspielteilnahme die Kosten für die Absendung eines Briefes aufbringen muss, oder Telefon-Mehrwertgebühren in gleicher Höhe, die (teilweise) dem Veranstalter zufließen. Vielmehr ist die Telefonteilnahme die bequemere Methode⁶⁹³. Konsequenterweise muss die Ablehnung einer wettbewerbs-

⁶⁸⁸ Vgl. Fezer/Hecker, § 4-6 Rn. 90, der zutreffend darauf hinweist, dass eine Bagatellgrenze nicht über eine Analogie zu den §§ 284 ff StGB und den dort geltenden Anforderungen an die Erheblichkeit des Einsatzes für die Teilnahme an einem Glücksspiel abgeleitet werden kann.

⁶⁸⁹ Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 18.

⁶⁹⁰ Vgl. Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 18: „Keine Dienstleistung im Sinne dieser Vorschrift ist die Übermittlung der Erklärung, mit der am Gewinnspiel oder am Preisausschreiben teilgenommen wird.“

⁶⁹¹ Vgl. Kleinschmidt, MMR 2004, 654/657; Hecker/Ruttig, GRUR 2005, 393/395; Fezer/Hecker, § 4-6, Rn. 101 f.

⁶⁹² Fezer/Hecker, § 4-6, Rn. 103.

⁶⁹³ So auch Schmits, NJW 2003, 3034/3035.

rechtlich relevanten Koppelung (bzw. eines einsatzabhängigen, nicht genehmigungsfähigen und damit wettbewerbswidrigen Spiels) dann aber auch in dem Fall gelten, in dem die Postkartenteilnahme wegfällt und die Übermittlung des Teilnahmewunsches in Form der Registrierung als Teilnehmer nur noch über die Anwahl einer Mehrwertnummer möglich ist, deren Kosten das übliche Briefporto nicht überschreiten.

Ein wettbewerbsrechtlich unerheblicher Koppelungsfall (bzw. ein nicht genehmigungspflichtiges Spiel) ist erst recht anzunehmen, wenn an die Mehrwertdienstleistung „Teilnahme an einer Abstimmung“ eine Gewinnchance geknüpft wird, aber die Kosten für die entgeltliche Abstimmung und die Teilnahme am Gewinnspiel zusammen die üblichen Übermittlungskosten nicht übersteigen.

b) Situation bei Gewinnspielmodellen mit unmittelbarer gebührenpflichtiger Anruferabweisung

Als nächste Frage stellt sich, ob der Gesetzgeber die wettbewerbsrechtliche Erheblichkeit auch dann ablehnen will, wenn die Anwahl der Mehrwertdienstnummer, für die Mehrwertgebühren in Höhe der üblichen Übermittlungskosten anfallen, nicht notwendig zur Zulassung auf einer Registrierungsplattform führt. Die Gesetzesbegründung schweigt hierzu. Die Bezugnahme des Gesetzgebers auf die üblichen Übermittlungskosten bei Gewinnspielen über den Postweg legt aber nahe, dass er von einer erfolgreichen Teilnahme in Form der Registrierung durch einen einmaligen Anruf ausgeht, da die Postkarte üblicherweise zugeht und am Gewinnspiel teilnimmt. Die Parallele zwischen Postkartengewinnspiel und Telefongewinnspiel ist in dem Moment nicht mehr gegeben, in welchem das Telefongewinnspiel objektiv auf eine Mehrfachteilnahme ausgerichtet ist, weil teilnahmewillige Anrufer unmittelbar gebührenpflichtig abgewiesen werden: Durch die Zwischenschaltung eines Vorzählfaktors scheitert die telefonische „Übermittlung“ des Teilnahmewunsches zu den „üblichen Übermittlungskosten“, die der Gesetzgeber voraussetzt und die bei einer Teilnahme per Postkarte gewährleistet wird. Im Gegensatz zu Postkartengewinnspielen fällt die Spielentscheidung vor Zugang der Willenserklärung bereits auf dem Übertragungsweg⁶⁹⁴. Der Zugang des Teilnahmewunsches zu „üblichen Übermittlungskosten“ ist nicht gewährleistet, wenn der Anrufer ein „tarifpflichtiges Besetzzeichen“ hört bzw. die Spielentscheidung auf den Übertragungsweg verlagert wird. Wenn der Gesetzgeber von „üblichen Übermittlungskosten“ spricht, nimmt er Bezug auf die Aufwendungen für die erfolgreiche Registrierung als potentieller Kandidat oder potentieller Gewinner, gegebenenfalls mit einer sich an-

⁶⁹⁴ Vgl. Hecker/Ruttig, GRUR 2005, 393/395.

schließenden Kandidaten- oder Gewinner-Auslosung. Der Fall einer gebührenpflichtigen Vorselektion (potentieller) Teilnehmer über eine Mehrwertnummer ohne „Übermittlung“ des Teilnahmewunsches und ohne Registrierungsmöglichkeit für *jeden* Anrufer, rechtfertigt dagegen keine ausnahmsweise „andere Betrachtungsweise nach Sinn und Zweck der Vorschrift“: Die Erzeugung möglichst vieler gebührenpflichtiger Anrufe, nicht die bequeme und verbraucherfreundliche Übermittlung des Teilnahmewunsches per Telefon steht im Vordergrund. Folglich sind Gewinnspielmodelle, die mit einer entgeltlichen Teilnehmervorselektion arbeiten und somit nutzlose Telekommunikationsdienstleistungen in Form von tarifpflichtigen Besetztsymbolen hervorrufen, unabhängig von der Höhe des Verbindungsentgelts im Einzelanruf und unabhängig von einer Beteiligung der Spielveranstalter an den Telefongebühren *generell* nicht als wettbewerbsrechtlich unerhebliche Bagatelldfälle im Sinne des § 3 UWG zu beurteilen.

4. Möglichkeiten der Entkoppelung?

Koppelungsfälle können ihr Unlauterkeitsmoment verlieren, wenn dem Verbraucher eine zusätzliche, nicht verkoppelte Möglichkeit der Teilnahme an dem Gewinnspiel geboten wird: Der Gesetzgeber will eine Verkoppelung im Regelfall dann nicht annehmen, „wenn es alternativ die Möglichkeit der Teilnahme gibt, ohne dass eine Ware gekauft oder eine Dienstleistung in Anspruch genommen werden muss“⁶⁹⁵. Dies entspricht der ständigen Rechtsprechung, die strenge Anforderungen an die alternative Teilnahmemöglichkeit stellt, die objektiv und subjektiv gleichwertig sein muss⁶⁹⁶. Das heißt: Sie muss vom Veranstalter ernst gemeint sein, sie muss vom Verbraucher ernst genommen werden, sie darf nicht schlechter kommuniziert werden, als die gekoppelte Teilnahmemöglichkeit und sie darf in der Durchführung nicht aufwendiger sein, als die gekoppelte Teilnahmemöglichkeit.

Die Schaltung von Mehrwertdienste-Rufnummern, bei denen zu üblichen Übermittlungskosten (maximal 0,65 Euro, s.o.) eine erfolgreiche Übermittlung des Teilnahmewunsches realisiert wird, stellt einen alternativen Teilnahmeweg zu Gewinnspielteilnahme durch Kauf der beworbenen Ware oder Inanspruchnahme der abzusetzenden Dienstleistung dar⁶⁹⁷.

Fraglich ist, wie die Situation zu beurteilen ist, wenn die abzusetzende Dienstleistung gerade in der entgeltlichen Spielteilnahme liegt. Sieht man mit dem Gesetzgeber auch

⁶⁹⁵ Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 18.

⁶⁹⁶ BGH, WRP 1976, 100/101 („Mars“); OLG Hamburg, WRP 1985, 167/168; OLG Köln, WRP 1989, 411/413; OLG Hamburg, OLG 2001, 416/417; LG München I, NJW 2003, 3066/3068.

⁶⁹⁷ Erst-Recht-Schluss aus Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 18, vgl. Hecker/Ruttig, GRUR 2005, 393/395.

hier einen Koppelungsfall, und zwar auch hinsichtlich der Mehrwertgebührenanteile, die dem Veranstalter als Gegenleistung für die entgeltliche Spielteilnahme zufließen, so stellt sich die Frage, ob in dieser Situation eine Entkoppelung möglich ist, wenn die Mehrwertgebühren die üblichen Übermittlungskosten überschreiten. Lehnt man nach der hier vertretenen Auffassung die Annahme eines Koppelungsfalles ab und bejaht stattdessen ein einsatzabhängiges Spiel, so ist die Frage der „Entkoppelung“ insofern relevant, als sie das Spiel zu einem aus wettbewerbsrechtlicher Sicht nicht mehr einsatzabhängigen machen könnte.

Mehrwertgebührenpflichtige Gewinnspiele, bei denen bis zur erfolgreichen Registrierung oder Teilnahme durchschnittlich⁶⁹⁸ oder generell⁶⁹⁹ höhere Gebühren anfallen, als die „üblichen Übermittlungskosten“, werden allein zur Generierung von Einnahmen aus Telefongebühren zugunsten des Spielveranstalters und des beteiligten TK-Dienstleisters durchgeführt. Das Geschäftsmodell besteht gerade im Absatz der entgeltlichen Mehrwertdienstleistung „Gewährung von Gewinnchancen“. Jede Einräumung einer daneben existierenden „unentgeltlichen“ bzw. „entkoppelten“ Teilnahmemöglichkeit beeinträchtigt somit unmittelbar das Geschäftsmodell und kann grundsätzlich weder ernst gemeint sein, noch vom Verbraucher ernst genommen werden⁷⁰⁰. Wenn sich der Veranstalter nicht mit Einnahmen in Höhe von „üblichen Übermittlungskosten“ durch Zulassung zur Registrierung mit einem mehrwertgebührenpflichtigen Anruf in Höhe des üblichen Briefportos zufrieden gibt, wodurch nach Maßgabe des Gesetzgebers kein Koppelungsfall (und nach der hier vertretenen Auffassung kein genehmigungspflichtiges Spiel) vorläge, wie soll er dann ernsthaft eine gleichwertige unentgeltliche Teilnahmealternative einräumen? Soll der Veranstalter neben der mehrwertgebührenpflichtigen Rufnummer noch die Teilnahme per E-Mail- oder Postkarten-Bewerbung zulassen oder gar eine Rufnummer zum Standardtarif schalten?⁷⁰¹

Die Postkartenteilnahme macht bei kurzlebigen mehrwertgebührenpflichtigen Gewinnspielen im Rundfunk schon aus praktischen Gründen wenig Sinn und kann keine Alter-

⁶⁹⁸ Durch Multiplikation des Vorzählfaktors (notwendige durchschnittliche Anzahl der Registrierungsversuche) mit den Kosten im Einzelanruf.

⁶⁹⁹ Durch Telefongebühren, die im - zur Registrierung führenden - Einzelanruf über 0,65 EUR liegen.

⁷⁰⁰ Vgl. auch *Berberich*, Internet-Glücksspiel, S. 44, der zutreffend darauf hinweist, dass „Spielmöglichkeiten mit und ohne Einsatz im juristischen Sinne in aller Regel nicht gleichwertig“ sind, weil sich nur so erklären lasse, dass „zahlreiche Teilnehmer bereit sind, einen Einsatz zu leisten“.

⁷⁰¹ Die Bundesländer halten eine kostenlose Alternativteilnahme offensichtlich nicht generell für unpraktikabel, wie sich aus den Erläuterungen (Stand: 14.12.2006) zu § 3 (Begriffsbestimmungen) des Entwurfs eines GlüStV ergibt. Danach könne das „Problem“ der „sog. Telefongewinnspiele in seiner Gesamtheit - unbeeinträchtigt von den Grenzen einer glücksspielrechtlichen Betrachtung - im Verbraucherschutz gelöst werden“, indem neben „einer entgeltlichen Teilnahmemöglichkeit eine gleichwertige, praktikable und unentgeltliche Alternative - z.B. durch Postkarte, E-Mail oder via Internet - zur Teilnahme an demselben Spiel angeboten“ werde.

native sein, wenn die Bekanntgabe der Quizfrage, die Spieldurchführung und die Spielentscheidung zeitnah erfolgen, d.h. innerhalb einer Rundfunksendung. Dennoch räumen einige Rundfunkveranstalter eine Art von Teilnahmemöglichkeit per Postkarte ein: Neben den mehrwertgebührenpflichtigen Live-Spielen über das (Mobil-) Telefon werden zusätzlich alternative Gewinnspiele für Postkartenteilnehmer durchgeführt, deren Gewinner zusätzlich die Spielberechtigung an einem der Live-Spiele über Mehrwertnummern erwerben können. So heißt es unter Ziffer 2 a) der *9Live* - Mitmachregeln (Stand 12.07.2007)⁷⁰²: „Gelegentlich wird der aus dem jeweiligen Korb der Einsendungen zufällig herausgezogene Postkarten-Einsender zusätzlich aus der Sendung heraus angerufen und zur Beantwortung der jeweiligen aktuellen Studiofrage aufgefordert“⁷⁰³. Darin liegt zwar eine alternative Teilnahmemöglichkeit, jedoch keine, die gleichwertig zur Anwahl der Mehrwertnummer oder Absendung einer Premium-SMS ist: Erstens wird die Teilnahmemöglichkeit per Postkarte - im Gegensatz zur Einblendung der Mehrwertnummer und der SMS-Kurzwahlnummer nicht gleichwertig - auf dem Bildschirm kommuniziert. Zweitens ist die Formulierung „gelegentlich“ völlig vage und unverbindlich. Drittens ist der Zeitpunkt der Teilnahme per Postkarte überhaupt nicht bestimmbar, wenn der Sender zu einem beliebigen Zeitpunkt zurückruft. Die Teilnahmealternative per Postkarte ist hier nicht annähernd gleichwertig zur Teilnahme mithilfe eines mehrwertgebührenpflichtigen Anrufs. Selbst bei Einräumung eines Bewerbungszeitraums von wenigen Tagen im Vorfeld einer *konkreten* Sendung ist die Postkartenteilnahme generell keine gleichwertige Teilnahme-Alternative, weil der Postkartenteilnehmer überhaupt nicht absehen kann, mit welcher Spielaufgabe er konfrontiert werden wird. Die Postkartenteilnahme schließt jede Spontanteilnahme aus, auf die das „interaktive TV-Quiz“ gerade abzielt⁷⁰⁴.

⁷⁰² Abrufbar unter <http://www.neunlive.de/service/mitmachregeln/> (Stand: 30.10.2007).

⁷⁰³ Vgl. die entsprechende Regelung in Ziffer 1 c) der Teilnahmebedingungen für die Sendung „DSF-Das Sportquiz“ (DSF): „Gelegentlich wird der so ermittelte Gewinner aus der laufenden Sendung heraus angerufen und zur Beantwortung der jeweils aktuellen Studio-Frage aufgefordert - und erhält so neben seinem Postkarten-Gewinn eine zusätzliche Chance.“ (abrufbar unter <http://www.dsf.de/de/programm/pr-programm/prpr-sportquiz/prprsp-sportquiz/dsf-sportquiz.html> [Stand: 30.10.2007]).

⁷⁰⁴ Vgl. hierzu auch die Ausführungen des Schweizer Bundesgerichts im Urteil vom 13.04.2006, Az.: 2A.11/2006 /sza, zum Widerruf einer Mehrwertnummer, über die Gewinnspiele im TV veranstaltet wurden, Ziffer 3.2.1: „Nur der Zuschauer, welcher auf eine der eingeblendeten Mehrwertdienstnummern der Beschwerdeführerin anruft, hat die Aussicht, auf die in der jeweiligen Sendung unmittelbar gestellte Frage zu antworten bzw. das gerade gezeigte Rätsel lösen zu können. Wer per Postkarte mitspielt, weiß nicht mit Bestimmtheit, an welchem Tag, bei welchem Rätsel oder Spiel und bei welcher Gewinnsumme er allenfalls zurückgerufen wird, sollte seine Telefonnummer ausgelost werden. Eine Spontanteilnahme - etwa unter Berücksichtigung der bereits ausgestrahlten falschen Antworten - bleibt ihm verwehrt; er hat zudem das Risiko, sich mit einer Frage konfrontiert zu sehen, deren Antwort er nicht kennt, während der Telefonspieler sich nur meldet, wenn er die richtige Antwort zumindest zu wissen glaubt. Der Zuschauer, der sich am Wettbewerb mit einer Postkarte beteiligt, hat damit

Die Teilnahme per E-Mail oder Internet ist heute und in Zukunft⁷⁰⁵ zwar grundsätzlich als eine vergleichbar schnelle Mitmachmöglichkeit wie die Teilnahme über das Telefon denkbar. Dies gilt jedoch nicht für Spielmodelle, bei denen zwischen dem Aufruf zur Teilnahme im Rundfunk und der Spielentscheidung Minuten oder gar Sekunden liegen (können), wie es bei interaktiven Gewinnspielangeboten im Rundfunk typischerweise der Fall ist. Voraussetzung für eine Gleichwertigkeit wäre hier, dass in den Haushalten neben dem benutzungsbereiten Telefon ein hochgefahrterer und bereits mit dem Internet verbundener PC steht. Dies kann heute noch nicht vorausgesetzt werden.

Damit schließt sich der Kreis: Als gleichwertige Alternative zur Telefonteilnahme über eine mehrwertgebührenpflichtige Rufnummer/SMS, die eine Teilnahme zu üblichen Übermittlungskosten nicht gewährleistet, verbleibt das Angebot der Telefonteilnahme über eine nicht mehrwertgebührenpflichtige Rufnummer/SMS bzw. eine mehrwertgebührenpflichtige Rufnummer/SMS, die ein Mitspielen zu üblichen Übermittlungskosten garantiert.

Folglich sind mehrwertgebührenpflichtige Gewinnspiele, bei denen nur zu unüblichen Übermittlungskosten mitgespielt werden kann nur theoretisch entkoppelbar, praktisch scheidet die Einräumung alternativer Teilnahmemöglichkeiten aber aus, weil sie bei effektiver Umsetzung als echte und gleichwertige Mitspielmöglichkeit das Geschäftsmodell insgesamt hinfällig machen würde. Kein verständiger Verbraucher wird eine Mehrwertnummer anwählen und dadurch eine verkoppelte Dienstleistung (mit dem Gesetzgeber) bzw. eine eigenständige entgeltliche Dienstleistung (nach der hier vertretenen Auffassung) in Anspruch nehmen, wenn er parallel dazu auf eine in der Durchführung nicht aufwendigere und unentgeltliche Teilnahmemöglichkeit zurückgreifen kann⁷⁰⁶.

nicht die gleichen Spielbedingungen wie der telefonierende, einen Einsatz leistende Spieler und deshalb auch nicht die gleichen Gewinnaussichten wie dieser, selbst wenn die Auswahl der Personen, die zugeschaltet bzw. zurückgerufen werden, unabhängig vom Kommunikationsmittel über den Zufalls-generator nach der Anzahl der gesamten Teilnehmer am jeweiligen Spiel gleich zufällig erfolgt“. Quelle: http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=13.04.2006_2A.11/2006 (Stand: 30.10.2007).

Nach Schweizer Recht (Art. 1 Abs. 1 Lotteriegesezt und Art. 43 Lotterieverordnung) sind Lotterien und lotterieähnliche Veranstaltungen unter Vorbehalt bestimmter Ausnahmen verboten, wenn „nur nach Leistung eines Einsatzes oder nach Abschluss eines Rechtsgeschäftes“ teilgenommen werden kann.

⁷⁰⁵ Das LG Stuttgart, WRP 2001, 1254 und das OLG Hamburg, OLG R 2001, 416 lehnten die Teilnahme per E-Mail als gleichwertige Teilnahme-Alternative noch ab, da die Mehrheit der Bürger zum Zeitpunkt der Entscheidungen noch keinen Internetanschluss besaß. Heute haben 67 Prozent der Bundesbürger die Möglichkeit, von zu Hause aus auf das Internet zuzugreifen, vgl. Umfrage der *Forschungsgruppe Wahlen Online* im April 2007, zitiert nach *dstarife.net*, <http://www.dstarife.net/news/2986.html> (Stand: 30.10.2007).

⁷⁰⁶ So im Ergebnis auch *Bloß*, Preisausschreiben, S. 56; *Schaf*, Gewinnspiele, S. 140; *Bahr*, Glücks- und Gewinnspielrecht, Rn. 631 ff. Vgl. auch *Berberich*, Internet-Glücksspiel, S. 44, der zutreffend darauf hinweist, dass „Spielmöglichkeiten mit und ohne Einsatz im juristischen Sinne in aller Regel nicht gleichwertig“ sind, weil sich nur so erklären lasse, dass „zahlreiche Teilnehmer bereit sind, einen Einsatz zu leisten“.

Die Möglichkeit der Entkoppelung durch die Einräumung einer in allen Belangen gleichwertigen Teilnahmealternative, die bei kaufgekoppelten und damit mittelbar entgeltlichen Gewinnspielen noch praktikabel und unternehmerisch vertretbar erscheint, weil das Gewinnspiel nur Absatzförderungsmaßnahme für Drittprodukte ist und damit auch unentgeltlich angeboten werden kann, ist bei unmittelbar entgeltlichen Gewinnspielen, bei denen das Gewinnspiel selbst das abzusetzende Produkt ist, nicht ernsthaft praktikierbar, da sie den Produktabsatz insgesamt in Frage stellt.

III. Ergebnis

Bei mehrwertgebührenpflichtigen Abstimmungen unter zusätzlicher Gewährung einer Gewinnchance ist die Gewinnspielteilnahme an die Mehrwertdienstleistung „Abstimmung“ gekoppelt, aber ausnahmsweise nicht wettbewerbsrechtlich erheblich, solange die Mehrwertgebühren insgesamt nicht höher liegen, als Aufwendungen im Zusammenhang mit einem kostenlosen Postkartengewinnspiel.

Gewinnspiele über Mehrwertnummern stellen insoweit keinen Koppelungsfall dar, als die Mehrwertdienstleistung in der Gewinnspielteilnahme liegt und die Mehrwertgebühren, die über den Basistarif hinausgehen, für die Gewährung der Gewinnchance anfallen. Die Mehrwertdienstleistung ist hier nicht mit einem Gewinnspiel verkoppelt, sondern beinhaltet gerade die Teilnahme an dem kostenpflichtigen Gewinnspiel.

Gewinnspiele über Mehrwertnummern stellen insoweit einen Koppelungsfall dar, als auch der Teilnehmernetzbetreiber aus dem Telefondienstvertrag einen vertraglichen Anspruch auf Mehrwertgebühren besitzt, die über den Basistarif hinausgehen. In diesem Fall ist die „Übermittlung des Teilnahmewunsches zu unüblich hohen Übermittlungskosten“ konsequenterweise als verkoppelte Dienstleistung zu betrachten. Der Koppelungsfall ist jedoch nicht erheblich, solange für die Registrierung als potentieller Teilnehmer oder Gewinner insgesamt keine höheren Kosten entstehen, als für die Absendung eines Briefes zur Teilnahme an einem kostenlosen Postkartengewinnspiel.

Ein wettbewerbsrechtlich erheblicher Koppelungsfall liegt vor, wenn durch die Zwischenschaltung einer unmittelbaren Anruferabweisung nutzlose Telekommunikationsdienstleistungen in Form von entgeltlichen Verbindungsherstellungen in Anspruch genommen werden müssen, die keine Teilnahme in Form einer Registrierung oder Kommunikation der Lösungsantwort bieten, sondern nur darüber informieren, dass nicht teilgenommen werden kann bzw. bereits erfolglos teilgenommen wurde.

Nimmt man mit dem Gesetzgeber auch hinsichtlich der Mehrwertgebührenanteile, die dem Veranstalter als Gegenleistung für die entgeltliche Spielteilnahme zufließen, einen Koppelungsfall an, so scheidet eine Entkoppelung durch Einräumung einer alternativen

kostenlosen Teilnahmemöglichkeit typischerweise aus, weil diese dem Geschäftsmodell zuwiderläuft bzw. dieses bei Gleichwertigkeit hinfällig macht und somit nicht gleichwertig angeboten werden kann. Damit ist zugleich die Frage zu verneinen, ob ein genehmigungspflichtiges einsatzabhängiges Spiel durch Einräumung einer kostenlosen Teilnahmevariante insgesamt als unentgeltlich und damit wettbewerbsrechtlich unbedenklich qualifiziert werden kann.

D. Das Transparenzgebot nach §§ 3, 4 Nr. 5 UWG bzw. das Irreführungsverbot nach §§ 3, 5 Abs. 1 UWG

I. Grundsätzliches zum Verbot der irreführenden (untransparenten) Werbung mit Gewinnspielen

Gewinnspiele sind unlauter, wenn sie gemäß §§ 3, 5 Abs. 1 UWG geeignet sind, die Teilnehmer in die Irre zu führen oder die Teilnahmebedingungen gemäß §§ 3, 4 Nr. 5 UWG nicht klar und eindeutig angegeben werden.

Das „Transparenzgebot“ des § 4 Nr. 5 UWG beinhaltet besondere Informationspflichten und stellt ein spezielles Irreführungsverbot in Form von Verhaltensgeboten im Zusammenhang mit Gewinnspielen dar⁷⁰⁷. Das Transparenzgebot bewirkt eine Vorverlagerung des Unlauterkeitsvorwurfs aus dem Bereich der Irreführung nach § 5 UWG in den Bereich von Handlungs- bzw. Unterlassungspflichten⁷⁰⁸. Der Bejahung eines Verstoßes gegen das Transparenzgebot muss die Erheblichkeitsprüfung gemäß § 3 UWG nachfolgen.

Der Begriff der „Teilnahmebedingungen“ ist weit zu verstehen und umfasst alle Modalitäten des Mitspielens. Der Verbraucher muss wissen, *was er wann* tun muss, um an der Gewinnchance teilhaben zu können. Die Teilnahmebedingungen beziehen sich nicht nur auf Fragen der Teilnahmeberechtigung und den Zeitpunkt der Spielanmeldung, sondern auch auf alle relevanten Sachverhalte während der gesamten Dauer der Spielabwicklung und der Beteiligung des Verbrauchers am Spiel⁷⁰⁹.

Die Teilnahmebedingungen müssen „klar“ und „eindeutig“ angegeben werden. Die Klarheit bezieht sich auf die äußere Gestaltung und Darstellung der Teilnahmebedin-

⁷⁰⁷ Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4, Rn. 5.2 ff; Harte/Henning/Bruhn, § 4 Nr. 5, Rn. 1 ff; Fezer/Hecker, § 4-5, Rn. 28 f; Steingass/Teworte, WRP 2005, 676/678. Vgl. auch Gloy/Loschelder/Jaeger-Lenz, Wettbewerbsrecht, § 69, Rn. 2, der das gesetzgeberische Bedürfnis der Sonderregelung des § 4 Nr. 5 UWG vor dem Hintergrund des § 5 UWG generell anzweifelt.

⁷⁰⁸ Hecker/Ruttig, GRUR 2005, 393/396; Fezer/Hecker, § 4-5, Rn. 29; Steingass/Teworte, WRP 2005, 676/679.

⁷⁰⁹ Vgl. BGH, GRUR 2005, 1061/1064 („Telefonische Gewinnauskunft“); Fezer/Hecker, § 4-5, Rn. 80 ff; Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4 UWG, Rn. 5.9 ff.

gungen, die Eindeutigkeit auf die inhaltliche Verständlichkeit und Bestimmtheit der Teilnahmebedingungen⁷¹⁰.

Nicht teilnahmespezifische Irreführungen (insbesondere über die Gewinnchancen oder den Wert der ausgelobten Preise) sind nach dem allgemeinen Irreführungsverbot gemäß § 5 Abs. 1 UWG zu beurteilen⁷¹¹. Die Erheblichkeitsprüfung ist hier tatbestandimmanent.

„Irreführend“ sind alle Angaben geschäftlicher Art, die geeignet sind, bei einem nicht unerheblichen Teil der betroffenen Verkehrskreise Fehlvorstellungen von maßgeblicher Bedeutung für den Kaufentschluss hervorzurufen⁷¹². Für die Frage nach der Eignung zur Irreführung kommt es nicht auf den objektiven Wortsinn und nicht darauf an, wie der Werbende seine Aussage verstanden haben will, sondern auf die Auffassung der Verkehrskreise, an die sich die Werbung richtet⁷¹³.

Die Reichweite des Irreführungsverbot nach § 5 Abs. 1 UWG, aber auch des Transparenzgebotes nach § 4 Nr. 5 UWG⁷¹⁴, hängt dabei in erster Linie von dem zugrundegelegten Verbraucherleitbild ab. In früheren Entscheidungen ging der *BGH* vom Leitbild eines flüchtigen, unaufmerksamen Durchschnittsverbrauchers aus, der Werbebehauptungen unkritisch aufnimmt⁷¹⁵. Inzwischen legt der *BGH* seinen Entscheidungen in Anlehnung an die Rechtsprechung des *EuGH* das Leitbild des durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers zugrunde, der das Werbeverhalten mit einer der Situation angemessenen Aufmerksamkeit verfolgt⁷¹⁶. Anstelle des Adverbs „durchschnittlich“ wird auch das Adverb „normal“ bzw. „angemessen“ verwendet. Es bezieht sich jeweils auf alle folgenden Adjektive, also auf „informiert, aufmerksam und verständig“⁷¹⁷. Die Anforderungen an die „normale“ Informiertheit, Aufmerksamkeit und Verständigkeit des Durchschnittsverbrauchers hängen ent-

⁷¹⁰ Fezer/Hecker, § 4-5, Rn. 138 f; Hehlfermehl/Köhler/Bornkamm, § 4 UWG, Rn. 5.13.

⁷¹¹ Vgl. Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4 UWG, Rn. 5.12; A.A.: Fezer/Hecker, § 4-5, Rn. 29, der auch hier § 4 Nr. 5 UWG anwenden will.

⁷¹² Vgl. Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 19.

⁷¹³ BGH GRUR 1996, 910/912 („Der Meistverkaufte Europas“); BGH GRUR 2004, 244/245 („Marktführerschaft“).

⁷¹⁴ Vgl. Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4 UWG, Rn. 5.13.

⁷¹⁵ vgl. etwa BGH, GRUR 1959, 365/366 („English Lavendel“); BGH, GRUR 1982, 564/566 („Elsässer Nudeln“).

⁷¹⁶ Dieses Verbraucherleitbild ist seit der Grundsatzentscheidung des EuGH, Slg 1998, I – 457, Rn. 37, WRP 1998, 848/850 („Gut Springheide“), europäischer und nationaler Maßstab und wird vom BGH in ständiger Rechtsprechung angewendet. Vgl. BGH, GRUR 2000, 619/621 = WRP 2000, 517 („Orient-Teppichmuster“); BGH, GRUR 2000, 820/821 („Space Fidelity Peep Show“); BGH GRUR 2004, 249/251 („Umgekehrte Versteigerung“). Vgl. auch: Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 19: Die Gesetzesbegründung nimmt ausdrücklich Bezug auf das Verbraucherleitbild des EuGH und des BGH.

⁷¹⁷ Vgl. EuGH, GRUR Int. 2005, 44 ff, Rn. 24 („Sat.1“); EuGH, GRUR 2004, 322 ff, Rn. 30 („El Castillo“); Sack, WRP 2005, 462.

scheidend von der konkreten Situation ab, in welcher dem Angesprochenen das zu beurteilende wettbewerbsrelevante Verhalten gegenübertritt⁷¹⁸. Relevant ist insbesondere die Art des angebotenen Produkts. Je weniger es sich dabei um eine geringwertige Alltagsanschaffung handelt, umso mehr wird der Beworbene vom flüchtigen zum aufmerksamen Verbraucher⁷¹⁹.

Insgesamt wird dem Verbraucher nach dem neuen Leitbild mehr Selbstbewusstsein zugesprochen, er ist kritischer als früher und stärker mit der Wahrung seiner eigenen Interessen beschäftigt⁷²⁰. Als „mündiger Verbraucher“⁷²¹ gerät er in der Regel nicht mehr so leicht in die Gefahr, überrumpelt zu werden⁷²².

Der Begriff der „Werbung“ wird in § 4 Nr. 5 UWG („Gewinnspiele mit Werbecharakter“) und in § 5 UWG („irreführend wirbt“) vorausgesetzt. Nach Art. 2 Nr. 1 der Irreführungsrichtlinie (84/450/EWG) ist „Werbung“ „jede Äußerung bei Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen (...) zu fördern“. Der Begriff der „Werbung“ ist enger als der Begriff der „Wettbewerbshandlung“. Die Werbung setzt im Gegensatz zur Wettbewerbs-„Handlung“ eine „Äußerung“ voraus. Zudem erfolgt die Werbung nur im Vertikalverhältnis, beim Absatz von oder der Nachfrage nach Waren und Dienstleistungen. Eine Wettbewerbshandlung kann dagegen auch im Horizontalverhältnis unter Wettbewerbern vorliegen.

Ein Gewinnspiel besitzt Werbecharakter, wenn es unmittelbar oder mittelbar dem Ziel dient, dem Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen des eigenen oder eines fremden Unternehmens zu fördern. Der Werbecharakter liegt in der Regel bereits in der positiven Selbstdarstellung des auslobenden Unternehmens⁷²³.

Insofern besitzen mehrwertgebührenpflichtige Gewinnspiele Werbecharakter, weil der Aufruf zur Teilnahme der Bewerbung der entgeltlichen Mehrwert-Dienstleistung „Gewährung einer Gewinnchance“ dient und die Auslobung von Preisen auf die Erregung von Aufmerksamkeit zugunsten des Veranstalters sowie seines Waren- oder Dienstleistungsangebot abzielt.

⁷¹⁸ Lettl, WRP 2004, 1079/1093.

⁷¹⁹ Vgl. etwa BGH, WRP 2000, 517/520 = GRUR 2000, 619 („Orient-Teppichmuster“).

⁷²⁰ Fezer/Hecker, § 4-5, Rn. 34.

⁷²¹ BGH, NJW 2004, 2593/2594 („Ansprechen in der Öffentlichkeit“).

⁷²² Eingehend zum Wandel des Verbraucherleitbildes: Eppe, WRP 2004, 153/156 ff; Sack, WRP 2004, 521/522 ff. Lettl, WRP 2004, 1079/1091 ff.

⁷²³ BGH, GRUR 2005, 1061/1064 („Telefonische Gewinnauskunft“); Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4 UWG, Rn. 5.7.

II. Transparenzgebote und mögliche Irreführungen im Zusammenhang mit mehrwertgebührenpflichtigen Gewinnspielen

1. *Transparenzpflichten bzgl. der Entgeltlichkeit bzw. Mehrwertgebührenpflichtigkeit des Gewinnspiels*

Alle Fragen im Zusammenhang mit der Entgeltlichkeit der Gewinnspielteilnahme bzw. der Mehrwertgebührenpflichtigkeit des Anrufs sind grundsätzlich relevante Teilnahmebedingungen im Sinne von § 4 Nr. 5 UWG.

a) Höhe des Verbindungsentgelts

Der Verbraucher muss nach § 4 Nr. 5 UWG über alle Kosten der Gewinnspielteilnahme, inklusive etwaiger Folgekosten, informiert werden⁷²⁴. Ein Verstoß gegen das Transparenzgebot liegt somit vor, wenn die Anwahl der (mehrwertgebührenpflichtigen) Telefonnummer zur Gewinnspielteilnahme beworben wird, ohne dass die konkret anfallenden Telefongebühren angegeben werden.

In Rundfunkgewinnspielen sind die Kosten auf dem Bildschirm einzublenden⁷²⁵ und in jedem Werbejingle zu erwähnen. In der aktuellen Spiel-Praxis bestehen diesbezüglich keine Probleme⁷²⁶.

b) Beteiligung des Veranstalters an den Telefongebühren

Das *LG Memmingen* differenziert in einem Urteil aus dem Jahr 2000 zwischen der Information des Verbrauchers über die Entgeltlichkeit *des Anrufs* einerseits und der fehlenden Kenntnis über die Entgeltlichkeit *der Spielteilnahme* andererseits. Die Wettbewerbswidrigkeit eines Telefon-Gewinnspiels über eine 0190-Rufnummer wird unter anderem damit begründet, dass dem aufgeklärten Durchschnittskunden nicht bewusst sei, dass er als Gegenleistung für die Gewinnspiel-Teilnahme ein Entgelt an den Veranstalter bezahle. Der Verbraucher erwarte die Möglichkeit eines Gewinns „auf Kosten des Veranstalters“⁷²⁷.

Meines Erachtens ist das fehlende Wissen über die Verteilung der Mehrwertgebühren keine wettbewerbsrelevante Teilnahmebedingung, weil der Verbraucher sein Mitspielen

⁷²⁴ Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4 UWG, Rn. 5.11.

⁷²⁵ Vgl. auch Ziffer 2.1 der GewinnspielReg der LMA, die eine „deutliche permanente Bildschirmdarstellung der Kosten“ verlangt.

⁷²⁶ Vgl. LG München I, Beschluss vom 28.07.2005, Az.: 17 HK O 13392/05, abrufbar unter <http://www.mehrwertdiensteundrecht.de/lg-muenchen-9-live-wettbewerbsgemaess-17-HK-O-13392-05.html> (Stand: 22.09.2007): „Unstreitig erfährt der Zuschauer durch Einblendungen während des Gewinnspiels, dass jeder Anruf 49 Cent kostet.“

⁷²⁷ LG Memmingen, Urteil vom 10.05.2000, Az.: 1 H O 2217/99, GRUR-RR 2001, 135/136.

davon typischerweise nicht abhängig macht. Im übrigen ist es dem durchschnittlich informierten und verständigen Verbraucher aufgrund der inzwischen weiten Verbreitung von Servicenummern heute bewusst, dass er *grundsätzlich* nicht nur für eine telekommunikationstechnische Verbindungsherstellung bezahlt, wenn er höhertarifizierte Mehrwertnummern anwählt⁷²⁸.

Eine Täuschung hinsichtlich der Entgeltlichkeit der Gewinnspielteilnahme bzw. eine Pflicht zur Aufklärung über die Beteiligung des Spielveranstalters an den Telefongebühren aus dem Transparenzgebot scheidet im Zusammenhang mit der Veranstaltung mehrwertgebührenpflichtiger Gewinnspiele somit aus.

c) Die notwendige Dauer der Verbindungshaltung

Im Gegensatz zu den Televoting-Nummern („0137x“) sind die Kosten eines Anrufs bei Premium-Rate-Nummern („0900“) von der Dauer der Verbindungshaltung abhängig. Ein wettbewerbsrelevanter Verstoß gegen das Transparenzgebot liegt daher im Zusammenhang mit der Bewerbung von 0900-Rufnummern zur Gewinnspielteilnahme auch vor, wenn nur die Kosten pro Minute angegeben werden, aber verschwiegen wird, dass die Verbindung länger als eine Minute aufrecht erhalten werden muss, um sich erfolgreich zu registrieren bzw. erfolgreich teilzunehmen. In einem solchen Fall müssen die Gesamtkosten kommuniziert werden.

d) Die Entgeltlichkeit des Teilnahmeversuchs bzw. die Zwischenschaltung einer mehrwertgebührenpflichtigen Vorselektion

Bei Gewinnspielen mit unmittelbarer mehrwertgebührenpflichtiger Anruferabweisung, insbesondere über das Televoting-System („0137x“), kann der Veranstalter eine Pflicht zur Information über die Entgeltlichkeit des *Teilnahmeversuchs* besitzen.

aa) *Das grundsätzliche Bestehen einer Informationspflicht*

Das *LG München I* nimmt in einem Beschluss vom 28.07.2005 an, dass der Teilnehmer an einem Gewinnspiel über eine Mehrwertnummer wisse, „dass die 49 Cent auf jeden Fall verloren sind, egal ob er durchkommt oder nicht durchkommt“. Der Anrufer mache sich „keine Vorstellung davon, ob er die 49 Cent für die Bandansage zahlt oder für ein bloßes Besetztzeichen“⁷²⁹.

⁷²⁸ So auch der OGH Wien, Beschluss vom 18.02.2003, K&R 2003, 621/623.

⁷²⁹ *LG München I*, Beschluss vom 28.07.2005, Az.: 17 HK O 13392/05, abrufbar unter <http://www.mehrwertdiensteundrecht.de/lg-muenchen-9-live-wettbewerbsgemaess-17-HK-O-13392-05.html> (Stand: 22.09.2007), bestätigt durch Beschluss des OLG München vom 22.12.2005, Az.: 6 W 2181/05, MMR 2006, 225.

Dies ist insofern bemerkenswert, weil ein „bloßes Besetzzeichen“ typischerweise keine Gebührenpflicht auslöst. Dem Gewinnspielteilnehmer ist es entgegen der Auffassung des *LG München I* weder gleichgültig, *ob* ein tarifpflichtiges Besetzzeichen zugeschaltet ist, noch muss er ohne klare und eindeutige Hinweise damit rechnen, *dass* Mehrwertgebühren auch für erfolglose Teilnahmeversuche anfallen. Einerseits nicht, weil herkömmliche Gewinnspiele mit Registrierungsmöglichkeit ohne unmittelbare kostenpflichtige Anruferabweisung auf eine jahrzehntelange Tradition zurückblicken und nach wie vor in Zeitschriftengewinnspielen sowie im öffentlichen Rundfunk üblich sind. Andererseits nicht, weil es im Telekommunikationsrecht generell unüblich ist, dass Anrufe, die das angewählte und angestrebte Ziel endgültig nicht erreichen, eine Gebührenpflicht auslösen. Dass Mehrwertgebühren auch für „tarifpflichtige Besetzzeichen“ bzw. entgeltliche Auslosungen und Vorselektionen anfallen, war zumindest bis zum Aufkommen der Rundfunkgewinnspiele über das Televoting-System undenkbar. Bis heute fallen Mehrwertgebühren üblicherweise nur gegen sichere und identifizierbare „mehrwerthaltige“ Gegenleistungen wie die Erteilung von Auskünften und Informationen oder die Entgegennahme von Meinungsäußerungen (Abstimmung) oder Willenserklärungen (Registrierung als entgeltlicher Teilnehmer am Gewinnspiel), nicht aber für „Besetzzeichen“, „nutzlose Bandansagen“ bzw. entgeltliche Vorselektionen an⁷³⁰. Es kann folglich nicht als „verkehrsüblich“ oder als dem geläuterten Durchschnittsverbraucher bekannt vorausgesetzt werden, dass für Nicht-Leistungen wie ein „Besetzzeichen“ Gebühren anfallen, sofern hierauf nicht ausdrücklich hingewiesen wird⁷³¹.

bb) Konkrete Anforderungen an die Art und Weise der Information

Über die mehrwertgebührenpflichtige Vorselektion durch ein „tarifpflichtiges Besetzzeichen“ hat der Veranstalter folglich durch klare und eindeutige Angaben aufzuklären. Spielmodelle mit einer unmittelbaren gebührenpflichtigen Anruferabweisung müssen als solche zweifelsfrei erkennbar sein. Eine Täuschung über die Entgeltlichkeit des Teilnahmeversuchs bzw. die zu erwartende Gegenleistung kann hier nur durch einen nicht interpretationsbedürftigen Hinweis ausgeschlossen werden⁷³². Der Verbraucher

⁷³⁰ Vgl. zur Frage der Betrugsstrafbarkeit bei Schaltung von Mehrwertnummern mit nutzlosen Informationen: BGH, NJW 2002, 3415/3417 („Kaffeeahrt“).

⁷³¹ So richtigerweise auch das Schweizer Bundesgericht im Urteil vom 13.04.2006, Az.: 2A.11/2006 /sza, zum Widerruf einer Mehrwertnummer, über die Gewinnspiele mit unmittelbarer mehrwertgebührenpflichtiger Anruferabweisung im TV veranstaltet wurden, Ziffer 4.3.3: „Bei Spielen der vorliegenden Art ist die vom Konsumenten für den Mehrwertdienstanteil erwartete Leistung die Entgegennahme seiner Lösung oder zumindest seiner Personalien für den Rückruf, nicht die bloße Herstellung der Verbindung der Telefonleitung.“

Quelle: http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=13.04.2006_2A.11/2006 (Stand: 30.10.2007).

⁷³² So auch Hecker/Ruttig, GRUR 2005, 393/396.

muss vor dem ersten Anruf darüber informiert werden, dass auch die Anwahl der Mehrwertnummer, die in ihrem Mehrwert nicht über ein Besetzzeichen hinausgeht, eine Mehrwertgebührenpflicht auslöst⁷³³.

Im Rundfunkgewinnspiel erfüllen Text-Einblendungen (im TV) oder Sprach-Einspielungen (im Radio), die die „Kosten pro Anruf“ nennen, die Transparenzanforderungen hier nicht. Zwar wird der Preis „klar“ kommuniziert, aber nicht „eindeutig“ angegeben, dass unter einem „Anruf“ auch die unmittelbare - und hinsichtlich der angestrebten Spielteilnahme nutzlose - Anrufabweisung gemeint ist. Auch der Verweis auf die Abrufbarkeit der Teilnahmebedingungen im Internet oder Videotext und eine dort zu findende Erläuterung, was unter den „Kosten pro Anruf“ zu verstehen ist, ist unzureichend, weil der Zuschauer direkt beworben und unmittelbar zum Anruf aufgefordert wird⁷³⁴. Mithin können eindeutige Angaben nur gewährleistet werden, indem die „Kosten pro Anruf und Teilnahmeversuch“ genannt werden oder auf die „gebührenpflichtige Kandidatenvorauswahl“ durch Einblendung bzw. Ansage hingewiesen wird⁷³⁵.

Nicht ausreichend ist die im TV übliche Darstellung eines „Hot Button - Symbols“, auch wenn sich die Landesmedienanstalten, die in Ziffer 3.1 der GewinnSpielReg (Stand: 19.06.2007) eine „permanente Einblendung eines eindeutigen Symbols am Bildschirm“ verlangen, damit wohl begnügen wollen. Aus der Einblendung eines „Knopfsymbols“ schließt der durchschnittliche Zuschauer allenfalls, dass Anrufer „per Knopfdruck“ in die Sendung gestellt werden, erkennt aber nicht „eindeutig“ im Sinne von § 4 Nr. 5 UWG, dass auch ohne Durchstellung in jedem Fall eine entgeltliche Verbindung hergestellt wird.

cc) Wettbewerbsrechtliche Relevanz von fehlenden oder zweideutigen Angaben

Unlauter ist es, den Verbraucher über die Tatsache der Zwischenschaltung einer unmittelbaren mehrwertgebührenpflichtigen Anruferabweisung im unklaren zu lassen bzw. ihm diese Teilnahmebedingung der entgeltlichen Vorselektion erst nach der Teilnahme

⁷³³ Vgl. hierzu auch das Schweizer Bundesgericht im Urteil vom 13.04.2006, Az.: 2A.11/2006 /sza, zum Widerruf einer Mehrwertnummer, über die Gewinnspiele mit unmittelbarer mehrwertgebührenpflichtiger Anruferabweisung im TV veranstaltet wurden, Ziffer 4.3.4: „Ziel der Beschwerdeführerin ist es, möglichst viele Anrufe mit den entsprechenden Mehrwertdienstgebühren auf die umstrittenen Nummern zu erhalten; es darf deshalb von ihr - aus lauterkeitsrechtlichen Gründen - erwartet werden, dass sie hinsichtlich ihrer Preise fair informiert und nicht in etlichen Fällen über eine zweideutige Preisangabe einen Irrtum des Konsumenten auszunutzen versucht; es sind deshalb strenge Anforderungen an die Eindeutigkeit ihrer Preisanschriften zu stellen.“ Quelle: http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=13.04.2006_2A.11/2006 (Stand: 30.10.2007).

⁷³⁴ Vgl. Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, § 4, Rn. 5.14.

⁷³⁵ Anstelle von unklaren üblichen Einblendungen wie beispielsweise „0,5 EUR/Anruf“ wären Formulierungen wie „0,5 EUR/Anruf und Teilnahmeversuch“ bzw. „0,5 EUR/Anruf zur Teilnahme an der Kandidatenvorauswahl“ eindeutig.

mitzuteilen. Auch wenn der Wettbewerbsverstoß für den einzelnen Verbraucher als Marktteilnehmer nur unerhebliche (finanzielle) Auswirkungen hat, weil er im ersten Anruf über die Entgeltlichkeit des Teilnahmeversuchs informiert wird, ist die wettbewerbsrechtliche Erheblichkeit nach § 3 UWG zu bejahen, weil die Verbraucher massenhaft angesprochen werden und damit eine Vielzahl von Marktteilnehmern betroffen ist.

e) Die konkrete Durchlassrate (Vorzählfaktor) bei Gewinnspielen in der Anrufbeantworter-Variante

Bei Spielen in der Anrufbeantwortervariante kann nicht nur die fehlende Information über das „Ob“ der Zwischenschaltung einer entgeltlichen Vorselektion, sondern auch die fehlende Information über das „Wie“ der Einstellung des Vorzählfaktors einen Verstoß gegen Transparenzgebot bedeuten⁷³⁶.

Zwar soll die Angabe der tatsächlichen Gewinnchancen nach dem Willen des Gesetzgebers ausdrücklich nicht vom Transparenzgebot erfasst sein, weil die Ungewissheit hierüber zum Charakter eines Gewinnspiels gehören könne. Zudem sei es dem Veranstalter häufig nicht möglich, die Gewinnchancen anzugeben, da diese regelmäßig von der im Vorfeld ungewissen Anzahl der Mitspieler abhängen⁷³⁷.

Jedoch informiert die Einstellung des Vorzählfaktors in der Anrufbeantwortervariante nicht über die tatsächlichen Gewinnchancen, sondern nur über die Registrierungschance⁷³⁸. Im Wesentlichen gibt der Vorzählfaktor Auskunft über die Kosten, die bis zu einer erfolgreichen Registrierung *durchschnittlich* anfallen. Zu den Spielbedingungen gehört hier nicht nur die Frage nach den Kosten für einen (erfolglosen) Anruf, sondern auch die Frage nach den durchschnittlich aufzubringenden Kosten bis zu einer tatsächlichen Registrierung, die erst die Teilnahme an einer anschließenden Verlosung garantiert. Nur bei Kenntnis des Vorzählfaktors kann der Teilnehmewillige errechnen, wie viele Anrufe er durchschnittlich tätigen und Mehrwertgebühren in welcher Höhe er durchschnittlich aufwenden muss, bis er tatsächlich registriert ist. Erst in dem Moment, in dem die Lösungsantwort oder die Adressdaten auf dem Anrufbeantworter hinterlegt sind, ist der erste und durch das Anrufverhalten beeinflussbare Schritt zur Realisierung der Gewinnchance gemacht. Wenn sich der Verbraucher zur Teilnahme an einem Ge-

⁷³⁶ In Rundfunkgewinnspielen in der Anrufbeantwortervariante mit unmittelbarer Anruferabweisung werden die Teilnehmer bis heute nicht über die Einstellung des Vorzählfaktors informiert, obwohl die Landesmedienanstalten bereits in ihrem „Leitfaden für TV-Gewinnspiele“ vom August 2004 unter Punkt 1 die „Kommunikation der Kosten und der Einwahlchance (Vorzählfaktor)“ voraussetzen.

⁷³⁷ Begr. RegE UWG, BT-Drucks- 15/1487, S. 18. So auch die hM, vgl. etwa Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4 UWG, Rn. 1.130 und schon BGH, GRUR 1959, 138/140 („Italienische Note“).

⁷³⁸ Nach der Registrierung folgt die zufällige Auswahl eines Kandidaten oder Gewinners aus allen erfolgreich registrierten Teilnehmern, zudem ist eine Quizfrage zu beantworten.

winnspiel in der Anrufbeantwortervariante mit Vorzählfaktor entschließt, will er im Zweifel auch die Registrierungsplattform erreichen. Entweder nimmt er überhaupt nicht teil, weil ihm die Registrierung durchschnittlich „zu teuer“ ist, oder er ruft an, bis ein zielführender Anruf gelingt. Um die Entscheidung über das „Ob“ der Spielteilnahme zu treffen, muss er sich darüber informieren können, wie und zu welchen durchschnittlichen Gebühren die *erfolgreiche* Registrierung realisiert werden kann. Folglich ist die Einstellung des Vorzählfaktors eine wichtige und wettbewerbsrechtlich relevante Spielbedingung, die vom Spielveranstalter kommuniziert werden muss. Der Veranstalter hat über die Vorzählfaktoreinstellung Auskunft zu geben, will er den Anforderungen an klare und eindeutige Spielbedingungen gemäß § 4 Nr. 5 UWG genügen.

Das Transparenzangebot ist erfüllt, wenn die Durchlassrate zum Anrufbeantworter auf dem TV-Bildschirm vermerkt ist bzw. in jedem Radio-Werbejingle erwähnt wird⁷³⁹.

2. Transparenzpflichten bzw. Irreführungsverbote bzgl. des tatsächlichen und technischen Ablaufs des Gewinnspiels in der Hot Button - Variante

Der Verbraucher darf nicht über die Art und Weise der Abwicklung eines Gewinnspiels in die Irre geführt werden⁷⁴⁰. Die konkrete Herbeiführung der Gewinnspielentscheidung gehört zu den Spielmodalitäten, sodass das Transparenzgebot nach § 4 Nr. 5 UWG Anwendung findet.

Bei Rundfunkgewinnspielen in der Hot Button - Variante wird der Verbraucher in der aktuellen Spielpraxis nicht klar und eindeutig über den tatsächlichen und technischen Ablauf der Auswahlentscheidung von Studiokandidaten informiert. In den offiziellen Teilnahmebedingungen wird regelmäßig nicht nachvollziehbar erläutert, wie das Hot Button - Auswahlverfahren abläuft. Vor allem wird der Verbraucher nicht eindeutig darauf hingewiesen, dass der Veranstalter grundsätzlich Einfluss auf die technische Auswahlentscheidung nehmen kann, indem er zumindest für den Zeitpunkt der Aktivierung des zufälligen Auswahlmechanismus verantwortlich ist.

Hinzu kommt, dass während der gesamten Spieldurchführung, insbesondere durch den Moderator, typischerweise der Eindruck vermittelt wird, dass seitens des Veranstalters kein Einfluss auf die Kandidaten-Auswahl bestehe, die allein durch den Hot Button als

⁷³⁹ Beispielsweise: „Jeder 25. Anrufer wird registriert“ oder „Registrierungschance: 1 : 25“.

⁷⁴⁰ BGH, GRUR 1967, 202/203 („Gratisverlosung“): Als „technischer Ablauf“ wird hier allerdings kein technisches Verfahren bezeichnet, sondern die Art und Weise der Spieldurchführung: Die Verbraucher konnten ein Los auf der Straße ziehen, aber nicht selbst feststellen ob dieses einen Gewinn enthielt. Zur Bestimmung der Wertigkeit mussten sie einen Ausstellungswagen des Werbenden aufsuchen.

einem zufälligen technischen Auswahlmechanismus erfolge. Dadurch wird eine tatsächlich nicht vorhandene Manipulationssicherheit suggeriert.

Somit liegt regelmäßig ein wettbewerbsrechtlich erheblicher Transparenzverstoß bzgl. der Modalitäten des Gewinnspielablaufs in der Hot Button - Variante vor. Der Verbraucher weiß nicht, wie das Auswahlverfahren abläuft und kann sich vor allem auch nicht darüber informieren, weil die Teilnahmebedingungen völlig unklar und zweideutig sind. Erwähnt sei nur der laut Mitmachregeln „sog. ‚offene Hot Button‘“, der „zu einem beliebigen Zeitpunkt (...) ohne zeitliche Begrenzung“ einen Kandidaten zur Durchstellung in die Sendung auswählt.

3. Mögliche Irreführungen über die Gewinnchancen

Eine wettbewerbswidrige Irreführung im Sinne von § 5 Abs. 1 UWG liegt vor, wenn das Publikum im Zusammenhang mit Gewinnspielen über die tatsächlichen Gewinnchancen getäuscht wird⁷⁴¹.

a) Irreführungen im Zusammenhang mit dem Zeitpunkt der „zufälligen Kandidatenauswahl“ im Hot Button-Auswahlverfahren

Wenn man die Nutzung des Hot Button - Verfahrens als einen „vom Gewinnspielveranstalter beeinflussbaren Zufallsmechanismus“ im Zusammenhang mit einem entgeltlichen Spielangebot nicht richtigerweise ohnehin als wettbewerbswidrig erachtet⁷⁴², kann der Spielteilnehmer vom Veranstalter über den Zeitpunkt der Durchstellung eines Kandidaten in die Sendung getäuscht werden.

aa) Irreführung über die Aktivierung der Hot Button - Auswahlentscheidung

Eine wettbewerbswidrige Irreführung liegt vor, wenn die Zuschauer zur Teilnahme aufgerufen werden, obwohl der zuständige Redakteur den technischen Auswahlmechanismus zur Kandidatensuche tatsächlich noch nicht aktiviert hat.

Wenn der Spielveranstalter im Rundfunk zur Teilnahme über die Mehrwertnummer aufruft und Anrufe mehrwertgebührenpflichtig annimmt, so gehen die Teilnehmer selbstverständlich davon aus, dass die Chance auf Durchstellung in die Sendung bereits gewährt wird. Besteht tatsächlich (noch) keine Auswahlchance, weil die Hot Button - Auswahl (noch) nicht aktiviert ist, so liegt eine weitreichende Irreführung über die Gewinnchancen vor. Trotz Aufruf zur unmittelbaren Teilnahme besteht mit dem nächsten

⁷⁴¹ Vgl. BGH, GRUR 1962, 461/465 („Werbeveranstaltung mit Filmvorführung“).

⁷⁴² Dies folgt bereits aus der fehlenden Genehmigungsfähigkeit eines solchen entgeltlichen Spielangebots in Verbindung mit § 4 Nr. 11 UWG, vgl. Kapitel 5 und 6, sowie dieses Kapitel, F.

entgeltlichen Anruf des Teilnahmewilligen überhaupt (noch) keine Chance auf eine direkte Durchstellung in die Sendung. Eine solche Verfahrensweise ist wettbewerbswidrig, weil sie die Gewährung der Chance auf eine sofortige Durchstellung und der damit verbundenen unmittelbaren Realisierung der Gewinnchance nur vortäuscht, aber nicht erbringt⁷⁴³.

bb) Irreführende Aussagen über den Zeitpunkt des Endes des Spiels / der Sendung

Darüber hinaus bestehen weitere Möglichkeiten der Irreführung der Teilnehmer, die in aktuellen Erscheinungsformen schon praktiziert wurden und im unmittelbaren Zusammenhang mit der soeben beschriebenen Täuschung über den Zeitpunkt der Aktivierung des Hot Button - Auswahlverfahrens stehen:

- Der Veranstalter nennt die genaue Uhrzeit für das Ende des Spiels, bis zu der zwangsläufig ein Kandidat (zufällig oder nicht) ausgewählt werden muss, um den Zeitpunkt im Anschluss wieder zu verschieben⁷⁴⁴.
- Der Moderator teilt mit, die Sendung sei „jede Sekunde vorbei“, obwohl sie - wie auch aus dem offiziellen Programm ersichtlich - noch einige Minuten weiterläuft⁷⁴⁵.
- Die offizielle Sendezeit der Call-In-Show wird einfach verlängert⁷⁴⁶ bzw. die Gewinnfrage wird am offiziellen Ende der Sendung nicht aufgelöst, sondern in die nächste Sendung „mitgenommen“⁷⁴⁷.

Alle beschriebenen Sachverhalte zielen darauf ab, den Spieler über den letztmöglichen, spätesten Zeitpunkt einer (zufälligen oder beeinflussten) Kandidatenauswahl zu täuschen. Der Anrufer soll zu einem sofortigen Anruf bewegt werden, weil die Kandida-

⁷⁴³ Werden Anrufe vor Aktivierung des Hot Button - Auswahlverfahrens mehrwertgebührenpflichtig angenommen, ohne Chance auf Durchstellung in die Sendung zu besitzen, wird regelmäßig auch der Straftatbestand des Betruges erfüllt sein. Vgl. zum Vorliegen von § 263 StGB durch Aufforderung zur Anwahl von Mehrwertnummern ohne Mehrwert BGH, NJW 2002, 3415/3417 („Kaffeefahrt“).

⁷⁴⁴ So beispielsweise in der Sendung „DSF-Das Sportquiz“ am 02.09.2005. Um 16:40 Uhr informierte die Moderatorin die Zuschauer, dass ihr die Regie soeben mitgeteilt habe, dass das „offizielle Ende der Sendung“ „heute um 16:45 Uhr“ sei. Laut Programmankündigung sollte die Sendung bis 17:00 Uhr gehen. Um 16:50 Uhr war immer noch kein Kandidat ausgewählt, stattdessen dann ein einminütiger Countdown gestartet.

⁷⁴⁵ Vgl. zum Ganzen auch *Pavlovic*, SZ vom 27.06.2005: Danach habe die Moderatorin einer „DSF-Das Sportquiz“ - Sendung im Juni 2005 um 13:50 Uhr mitgeteilt, „um 14 Uhr könnte es mit der Berichterstattung in Wimbledon losgehen“, obwohl laut Programmplan klar war, dass die Übertragung nicht vor 15:00 Uhr beginnt.

⁷⁴⁶ So geschehen beispielsweise am 18.08.2005 bei *9Live*, als um 18:00 Uhr programmgemäß die „Quiz-Show“ - eine Sendung ohne interaktive Beteiligung der Zuschauer - hätte beginnen sollen, stattdessen aber der „*9Live* - Rätselklassiker“ „*Monikas* Vater hat fünf Töchter: Lele, Lala, Lulu, Lolo und ... - Wie heißt die 5. Tochter?“ bis 18:42 Uhr weitergespielt wurde.

⁷⁴⁷ Dies kann bei *9Live* passieren, wo Call-In-Shows unter verschiedenen Titeln aneinandergereiht laufen. So ändern sich der Titel der Sendung und ggf. die Person des Moderators, die Spielaufgabe bleibt jedoch die gleiche.

tenvorauswahl (zufällig oder nicht) offensichtlich unmittelbar bevorstehen muss, da zu erwarten ist, dass innerhalb der Spiel- oder Sendezeit wenigstens ein Kandidat ausgewählt wird.

Mithin werden die Teilnehmer über ihre Gewinnchancen getäuscht, weil sie aufgrund des vermeintlich nahen Endes der Sendung bzw. des Spiels, davon ausgehen, mit einem sofortigen Anruf eine - tatsächlich (noch) nicht bestehende - Chance auf eine direkte Durchstellung in die Sendung zur unmittelbaren Realisierung der Gewinnchance zu besitzen⁷⁴⁸.

b) Irreführung über die Zahl der Teilnehmer durch Suggestion ausbleibender Anrufe

Auch irreführende Angaben zur Zahl der Teilnehmer an einem Gewinnspiel stellen eine grundsätzlich wettbewerbswidrige Täuschung über die Gewinnchancen dar⁷⁴⁹.

Im Call-In-Gewinnspiel mit mehrwertgebührenpflichtiger Vorselektion von Teilnehmern ist insbesondere die Suggestion fehlender Teilnehmer und ausbleibender Anrufe irreführend („Warum ruft keiner an?“ / „Ich verstehe nicht, warum wir dieses Spiel immer noch spielen - Die Aufgabe ist doch gar nicht so schwer!“ / „Ich wusste, dass die Aufgabe zu schwer für Sie ist!“). Dem Verbraucher wird der Eindruck vermittelt, es gebe momentan keine Spielkonkurrenten und ein sofortiger Anruf in Kenntnis der Lösungsantwort würde zum Gewinn führen. So wird über das konkrete Spielmodell und die Zahl der Teilnehmer getäuscht, was zu einer wettbewerbsrechtlich relevanten Fehleinschätzung der tatsächlichen Gewinnchancen führt.

c) Irreführende Aufgabenstellungen und nicht nachvollziehbare Lösungen

Desgleichen sind irreführende Tipps zur Lösung von Gewinnspielen, unklar gefasste Aufgabenstellungen sowie nicht nachvollziehbare Lösungswege prinzipiell wettbewerbswidrig⁷⁵⁰.

Hinsichtlich der Rundfunkgewinnspiele sind hier insbesondere die oben beschriebenen Zählspiele zu nennen, bei denen unter Stellung vermeintlich einfacher Rechenaufgaben, von der Redaktion entwickelte, tatsächlich nicht nachvollziehbare Lösungswege ver-

⁷⁴⁸ Die Täuschung über die *noch* nicht bestehende Chance auf Durchstellung stellt, wenn tatsächlich jeder einzelne Anruf die gleiche Gewinnchance besitzt, da auch alle unmittelbar abgewiesenen Anrufe gleichwertig in die später zu treffende Auswahlentscheidung einfließen, ein übertriebenes Anlocken dar, weil die Anrufer zum unmittelbaren Anruf bewegt werden sollen, um nach nicht erfolgter Auswahlentscheidung erneut teilzunehmen, vgl. zum übertrieben Anlocken, dieses Kapitel, E, III.

⁷⁴⁹ BGH, GRUR 1959, 138/140 („Italienische Note“).

⁷⁵⁰ OLG Düsseldorf, GRUR 1951, 461/463; OLG Saarbrücken, GRUR 1955, 101/103.

Vgl. auch Ziffer 3.3.1 der GewinnSpielReg der LMA (Stand. 19.06.2007): „Die Lösung des Spiels muss nachvollziehbar sein.“

langt werden⁷⁵¹. Gleiches gilt, wenn sich die Mitspieler auf die Suche nach vermeintlich gebräuchlichen Begriffen machen sollen, die sich dann als Eigenkreationen der Redaktion darstellen⁷⁵². In solchen Fällen wird über die tatsächlichen Gewinnchancen getäuscht, weil der durchschnittliche Anrufer davon ausgeht, er müsse „nur noch“ eine zufällige Auswahlentscheidung überwinden, um zu gewinnen, obwohl er den „geforderten“ Lösungsweg mangels Erkennbarkeit faktisch nicht eingeschlagen hat und daher überhaupt keine Aussicht auf die Erlangung des ausgelobten Preises besitzt. Verweise darauf, der verständige Durchschnittsverbraucher könne nicht erwarten, für eine einfache oder lösbare Aufgabe mehrere tausend Euro zu gewinnen, sind hier schon deshalb fehl am Platz, weil solche Gewinnsummen selbst in unentgeltlichen (Werbe-) Gewinnspielen mit anspruchslosen Fragen üblich sind.

d) Irreführende Angaben zu „möglichen“ Gewinnsummen

Des Weiteren ist es wettbewerbswidrig, den Teilnehmern an einem Gewinnspiel einen sicheren Gewinn vorzuspiegeln, wenn tatsächlich nur eine Gewinnchance garantiert wird⁷⁵³.

In TV-Gewinnspielen sind insbesondere blickfangmäßige und großformatige Einblendungen von blinkenden Geldsummen auf dem TV-Bildschirm irreführend, wenn diese nicht durch Beantwortung der parallel gestellten Quizfrage gewonnen werden, sondern von weiteren, nicht erkennbaren Bedingungen abhängen. Auch Einblendungen wie „möglicher Gesamtgewinn“ oder „Jackpotgewinnchance“ vermeiden hier regelmäßig keine Täuschung, wenn sie nicht ausdrücklich erläutert werden. Der durchschnittliche Anrufer geht davon aus, dass er „nur“ die Quizfrage beantworten muss, um den eingeblendeten Betrag zu gewinnen und wird somit über die tatsächlichen Gewinnchancen getäuscht.

⁷⁵¹ Erwähnt seien hier zweideutige Call-In-Spielaufgaben wie „Zählen sie alle *möglichen* Augen“. Siehe zu weiteren Beispielen Kapitel 2, C, I.

⁷⁵² Erwähnt seien hier zu findende Call-In-Lösungs-Begriffe wie die „Box-Geburtstagstorte“ oder der „Fußball-Mensch“.

Vgl. auch die inzwischen erfolgte Reaktion der LMA in Ziffer 3.3.3. der GewinnSpielReg (Stand. 19.06.2007): „Im Rahmen von Wortfindungsspielen dürfen nur Begriffe verwendet werden, die enthalten sind als Print- oder CD-ROM - Ausgabe in allgemein zugänglichen, mehrbändigen Nachschlagewerken (z. B. Duden, Brockhaus) und/oder allgemein zugänglicher, einschlägiger Fachliteratur.“

⁷⁵³ BGH, GRUR 1974, 729/731 („Sweepstake“); BGH, GRUR 2001, 1178 („Gewinnzertifikat“). Vgl. auch Ziffer 3.4, Abs. 1, S. 4-6 der GewinnSpielReg der LMA (Stand. 19.06.2007): „Falls eine sichere Gewinnsumme nicht garantiert wird, ist dies durch Moderation und Einblendung deutlich zu machen. Das bloße Einblenden des Begriffs ‚Gewinnchance‘ ist hierfür unzureichend. Eine irreführende Vermischung von garantierter Gewinnsumme und Gewinnchance ist unzulässig.“

E. Unlauterkeit wegen unangemessener unsachlicher Beeinflussung **gemäß §§ 3, § 4 Nr. 1 UWG**

I. Allgemeines

§ 4 Nr. 1 UWG ist an die Stelle der früheren Fallgruppe des „Kundenfangs“ getreten⁷⁵⁴. Unlauter sind Wettbewerbshandlungen, die geeignet sind, die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher oder sonstiger Marktteilnehmer durch Ausübung von Druck, in menschenverachtender Weise oder durch sonstigen unangemessen unsachlichen Einfluss zu beeinträchtigen.

In § 4 Nr. 1 UWG sind auch die Fallgruppen des übertriebenen Anlockens und des psychischen Kaufzwangs durch Gewinnspiele anzusiedeln. Allerdings haben diese - anders als das Koppelungsverbot und gegen den ausdrücklichen Vorschlag des Bundesrates im Gesetzgebungsverfahren⁷⁵⁵ - keine ausdrückliche und eigenständige Berücksichtigung im Beispielkatalog des § 4 UWG gefunden. Diese gesetzgeberische Wertung steht im Einklang mit dem gewandelten Verbraucherleitbild hin zu einem mündigeren, selbstbewussteren Verbraucher sowie der damit verbundenen, erkennbaren Zurückhaltung des *BGH* bei der Bejahung dieser Fallgruppen, gerade auch im Zusammenhang mit Gewinnspielveranstaltungen⁷⁵⁶. Folglich ist hier nur noch in besonders krassen Fällen von einer unangemessenen unsachlichen Beeinflussung auszugehen.

II. Psychischer Kaufzwang

Das Hervorrufen eines psychischen Kaufzwangs setzt voraus, dass der Werbende mit außerhalb der Sache liegenden Mitteln der Einflussnahme derart auf die Willensentscheidung des Verbrauchers einwirkt, dass dieser „zumindest anstandshalber nicht umhin kann“, auf das Angebot einzugehen⁷⁵⁷. Der Verbraucher muss sich aus Befangenheit, Peinlichkeit oder Dankbarkeit für die Gewinnchance oder einen Gewinn verpflichtet fühlen, beim Veranstalter etwas zu kaufen.

⁷⁵⁴ Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken enthält keine dem § 4 Nr. 1 UWG unmittelbar entsprechende Regelung, behandelt in Art. 8 und 9 sowie im Anhang (Nrn. 24-31) allerdings „aggressive Geschäftspraktiken“. Vgl. zu Fragen der Auslegung der RL und ihrer Umsetzung in das UWG *Henning-Bodewig*, WRP 2006, 621 ff; *Hecker*, WRP 2006, 640 ff.

⁷⁵⁵ Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 30.

⁷⁵⁶ Vgl. insbesondere *BGH*, GRUR 2000, 724 („Space Fidelity Peep-Show“).

⁷⁵⁷ *BGH*, GRUR 1998, 745/736 = WRP 1998, 724/725 („Rubbelaktion“); *BGH*, GRUR 1989, 757 („McBacon“); *BGH*, GRUR 1971, 322 („Lichdi-Center“).

Zwingende Voraussetzung ist somit ein unmittelbarer Kontakt zwischen Werbendem und Kunden, typischerweise dadurch hervorgerufen, dass zur Gewinnspielteilnahme ein kleines Ladenlokal mit individueller Bedienung aufzusuchen ist⁷⁵⁸.

Im Hinblick auf mehrwertgebührenpflichtige Gewinnspiele kommt ein psychischer Kaufzwang somit nicht in Frage, weil der Verbraucher einerseits nicht im persönlichen Kontakt zum Veranstalter steht, andererseits gerade für die Gewinnchance bezahlt.

III. Übertriebenes Anlocken

Ein übertriebenes Anlocken wird angenommen, wenn die Rationalität der Nachfrageentscheidung des Verbrauchers durch das Werbeverhalten ausgeschaltet wird⁷⁵⁹. Dies ist der Fall, wenn auch der verständige Verbraucher durch die Werbemaßnahme davon abgehalten wird, Preis und Qualität des Angebotes sachlich zu überprüfen⁷⁶⁰.

Bezüglich mehrwertgebührenpflichtiger Gewinnspiele im TV kommt ein selbständiger Unlauterkeitstatbestand des übertriebenen Anlockens durch die Art und Weise der Präsentation im Rahmen einer Call-In-Show in Frage. Wenn auf dem Bildschirm Euro-Geldgewinne im vier- oder fünfstelligen Bereich blinken, der Moderator unablässig mitteilt, das Spiel könne „jede Sekunde vorbei“ sein und man müsse „jetzt schnell in die Leitung“, dazu Hintergrundgeräusche wie das Heulen einer Sirene oder das Ticken einer Uhr eingespielt werden, wird ein Zeitdruck erzeugt, der auch einen verständigen Verbraucher, der von einem anderen Kanal in die Sendung „zappt“, dazu bewegen kann, sofort die eingeblendete Nummer anzuwählen, ohne das Leistungsangebot und die Gewinnspielbedingungen zu kennen oder gar sachlich zu prüfen⁷⁶¹. Die Dramaturgie der Gewinnspielveranstaltung zielt hier gerade darauf ab, den Verbraucher mit allen Mitteln von einer sachlichen Prüfung abzuhalten, um ihn unmittelbar als Kunden zu gewinnen.

⁷⁵⁸ Vgl. BGH, GRUR 2000, 724/726 („Space Fidelity Peep-Show“).

⁷⁵⁹ BGH, GRUR 2002, 1000/1002 („Testbestellung“); BGH, WRP 2003, 1428/1429 („Einkaufsgutschein“).

⁷⁶⁰ BGH, GRUR 2000, 724/726 („Space Fidelity Peep-Show“).

⁷⁶¹ Vgl. auch Ziffer 5.2 Abs. 3 der GewinnSpielReg der LMA (Stand 19.06.2007): „Der Aufbau von nicht vorhandenem (!) Zeitdruck ist unzulässig.“ Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht ist allerdings jeglicher absatzfördernde Einsatz von Zeitdruck unlauter, mag er aus der Sicht des Werbenden vorhanden sein, oder nicht.

F. Unlauterkeit wegen Rechtsbruchs gemäß §§ 3, 4 Nr. 11 UWG

Nach § 4 Nr. 11 UWG handelt unlauter, wer einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln.

Der Begriff der Marktverhaltensregel setzt voraus, dass die verletzte Norm zumindest sekundäre Schutzfunktion zugunsten des Wettbewerbs und der Marktteilnehmer besitzt⁷⁶². Marktteilnehmer sind gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG Mitbewerber, Verbraucher und alle Personen, die als Anbieter und Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen tätig sind. Gesetzliche Vorschriften sind auch Rechtsverordnungen und staatsvertragliche Regelungen zwischen den Bundesländern⁷⁶³. Eine Zuwiderhandlung im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG setzt lediglich objektiv rechtswidriges, nicht aber schuldhaftes Verhalten voraus⁷⁶⁴. Der Unlauterkeitsvorwurf ist kein Schuldvorwurf, sondern knüpft an das objektive Marktverhalten an⁷⁶⁵.

Die straf-, gewerbe- und rundfunkrechtlichen Bestimmungen, mit denen die Veranstaltung mehrwertgebührenpflichtiger Gewinnspiele unter den in den Kapiteln 5 bis 7 beschriebenen Voraussetzungen in Konflikt stehen kann, sind als Marktverhaltensregeln zu qualifizieren:

Bei den Straftatbeständen der §§ 284, 287 StGB ergibt sich dies bereits aus dem Umstand, dass das Verbot des unkonzessionierten Glücksspiels auch dazu dient, die Verbraucher (als Marktteilnehmer) vor Manipulationen zu schützen. Es handelt sich folglich um Normen mit unmittelbar wettbewerbsregelndem Charakter, deren Missachtung unlauteres Marktverhalten bedeutet⁷⁶⁶.

⁷⁶² Vgl. BGH, GRUR 2000, 1076 („Abgasemissionen“); BGH GRUR 2002, 825 („Elektroarbeiten“).

⁷⁶³ Vgl. BGH, GRUR 1990, 611/615 („Werbung im Programm“); Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4, Rn. 11.24.

⁷⁶⁴ BGH, GRUR 2005, 778/779 („Atemtest“). Vgl. zur alten Rechtslage, nach der auch das „bewusste Hinwegsetzen“ über „wertneutrale“ Regelungen (ohne erkennbare Schutzfunktion zugunsten des Wettbewerbs) einen Wettbewerbsverstoß begründen konnte, BGH, GRUR 1981, 424/426 („Tag der offenen Tür 2“); BGH, GRUR 1996, 786/788 („Blumenverkauf an Tankstellen“).

⁷⁶⁵ Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4, Rn. 11.54.

⁷⁶⁶ BGH, NJW 2002, 2175/2176 („Sportwetten“); BGH, GRUR 2004, 693/695 („Schöner Wetten“); Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, § 4, Rn. 11.176. Einschränkend aber BGH, GRUR 2002, 269/270 („Sportwetten-Genehmigung“): Der BGH will den Unlauterkeitsvorwurf ausnahmsweise entfallen lassen, wenn der Glücksspielveranstalter eine (nicht offensichtlich nichtige) behördliche Glücksspiel-Erlaubnis besitzt und die zuständigen Behörden und Gerichte sein Verhalten daher ausdrücklich als rechtlich zulässig bewerten, also formal kein rechtswidriges Verhalten vorliegt. Die Situation ist insofern mit der Veranstaltung mehrwertgebührenpflichtiger Gewinnspiele in Form unkonzessionierter Glücksspiele vergleichbar, als zuständige Behörden und Gerichte wie die *Staatsanwaltschaft München*, die *Landesmedienanstalten*, das *LG München* und das *LG Freiburg* die Rundfunk-Call-In-Formate fälschlicherweise generell nicht als Glücksspielangebote einordnen. Allerdings ist der Unlauterkeitsvorwurf - wie dargelegt - kein Schuldvorwurf und setzt lediglich objektiv rechtswidriges Verhalten voraus. Ein solches liegt vor, wenn Rundfunkveranstalter mehrwertgebührenpflichtige Gewinnspiele als strafbare Glücksspiele durchführen, da sie zweifellos keine behördli-

Die gewerberechtlichen Vorschriften der GewO und der SpielV regeln die Zulassung des gewerblichen Spiels und verbieten bestimmte Verhaltensweisen gewerblicher Spielveranstalter. Damit sind sie Marktverhaltensregelungen, die die Marktteilnehmer schützen sollen, in erster Linie die Spieler als Verbraucher, aber auch die konkurrierenden gewerblichen Spielveranstalter als Mitbewerber⁷⁶⁷.

Auch alle rundfunkrechtlichen Werberegeln des RfStV und der Landesmediengesetze, namentlich das Trennungs- und Kennzeichnungsgebot, das Beeinflussungsverbot und die zeitlichen Begrenzungen von Werbung und Teleshopping, regeln das Marktverhalten. Sie schützen einerseits den Wettbewerb und die Mitbewerber, indem sie gleiche werberechtliche Ausgangsbedingungen schaffen, andererseits die Verbraucher, indem sie Zuschauern und Zuhörern als Verbrauchern die Informationsklarheit gewährleisten und Irreführungen verhindern⁷⁶⁸.

Folglich ist die Veranstaltung mehrwertgebührenpflichtiger Gewinnspiele, die unter den in den Kapiteln 5 bis 7 beschriebenen Voraussetzungen gegen straf-, gewerbe- und rundfunkrechtliche Bestimmungen verstößt, grundsätzlich auch wettbewerbswidrig im Sinne des UWG.

che Glücksspiel-Erlaubnis innehaben.

⁷⁶⁷ OLG Hamm, WRP 2005, 1570; LG Oldenburg, Urteil vom 05.07.2006, Az.: 12 O 1148/06, abrufbar unter <http://gluecksspiel-und-recht.de/urteile/Landgericht-Oldenburg-20060705.html> (Stand: 22.09.2007). LG Essen, Beschluss vom 15.11.2006, Az.: 41 O 147/05, abrufbar unter <http://gluecksspiel-und-recht.de/urteile/Landgericht-Essen-20061115.html> (Stand: 22.09.2007).

⁷⁶⁸ BGH, GRUR 1990, 611/615 („Werbung im Programm“); Wellens, Teleshopping, S. 151; Schröder, Tele-Shopping, S. 287.

Kapitel 9: ERGEBNISSE UND FAZIT

A. Ergebnisse

Die Untersuchung hat im Wesentlichen zu folgenden Ergebnissen geführt:

I. Zivil- und vertragsrechtliche Beurteilung

Gewinnspiele mit Quizfragen beinhalten unabhängig vom konkreten Schwierigkeitsgrad der Spielaufgaben typischerweise keine Auslobung, noch führen sie zur Annahme eines auslobungsähnlichen Rechtsverhältnisses, es sei denn, der Veranstalter führt ein Wissensquiz im Sinne eines „geistigen Wettbewerbs“ durch, das gerade auf die Belohnung von Wissens-Leistungen der Auslobungsadressaten abzielt. Dies ist typischerweise nur der Fall, wenn die Wissensleistungen der Kandidaten zur Unterhaltung Dritter kommerzialisiert werden.

Öffentliche Gewinnversprechen, die unter der Bedingung der Anwahl einer Mehrwertnummer und der Beantwortung einer Quizfrage stehen, stellen keine einseitigen Auslobungen dar, sondern die Einladung zum Abschluss eines gegenseitigen Mehrwertdienstvertrages, der kein Auslobungselement im Sinne der §§ 657 ff BGB enthält, sondern eine Spielabrede gemäß § 762 Abs. 1 BGB. Dies gilt auch bei öffentlicher Durchführung der Gewinnspiele im Rundfunk durch unmittelbare Zuschaltung eines Anrufers. Hier werden keine Kandidatenleistungen verwertet, um die Zuschauer zu unterhalten, sondern entgeltliche Spiele durchgeführt, um Einnahmen aus Mehrwertgebühren zu generieren und die Anrufer als aktive Spielteilnehmer zu unterhalten. Der Anrufer geht ein vermögenswertes Verlustrisiko ein, indem er sich dem Mehrwertgebührenanspruch aussetzt, der Veranstalter, indem er den Gewinn nur unter der Bedingung auslobt, als Gegenleistung Anteile an den Mehrwertgebühren zu erhalten. Die Gewinn- und Verlustentscheidung in der Einzelabrede zwischen Anrufer und Veranstalter fällt durch Unsicherheitsfaktoren, wie reine Zufallselemente (Kandidatenvorauswahl / nachträgliche Gewinnerauslosung) und sonstige Unwägbarkeiten wie die fehlende Vorhersehbarkeit menschlichen Wissens (bei Wissensfragen) oder vorausgewählter Lösungen (bei Ratefragen).

Als Rechtsfolge der unverbindlichen Mehrwertdienstleistung „Spiel“ haben die Vertragsparteien keine gegenseitigen durchsetzbaren Ansprüche. Dies entspricht der eindeutigen gesetzgeberischen Intention, Ansprüche aus Spielen generell nicht justiziabel zu machen. Auch der Netzzugangspvovider muss sich die Unverbindlichkeit der Mehrwertdienstleistung „Spiel“ entgegenhalten lassen. Er kann aus dem Telefondienstvertrag

allein für seine wertneutrale technische Verbindungsherstellung die übliche Vergütung verlangen. Jedoch nur, wenn diese sich nicht in der Herstellung eines tarifpflichtigen Besetzzeichens im Sinne einer unmittelbaren mehrwertgebührenpflichtigen Anruferabweisung erschöpft. In diesem Fall ist auch seine Dienstleistung erstes Element des entgeltlichen Spiels und von der Unverbindlichkeitsanordnung des § 762 Abs. 1 BGB umfasst.

Minderjährige Anrufer mehrwertgebührenpflichtiger Gewinnspielhotlines sowie ihre gesetzlichen Vertreter - als Anschlussinhaber - sind nicht nur wegen der grundsätzlichen Unverbindlichkeit von Spielverträgen, sondern auch wegen der fehlenden Wirksamkeit des Vertrages aufgrund der Minderjährigkeit des Anrufers bzw. der Nichtigkeit des Vertrages nach §§ 134 BGB, 6 Abs. 2 JuSchG, nicht zur Zahlung der Mehrwertgebühren verpflichtet. Eine Rechtsscheinhaftung ist hier nicht konstruierbar.

Nimmt der Spielveranstalter Anrufe von Teilnahmewilligen in der Kenntnis entgegen, dass diese unmittelbar abgewiesen werden und nicht als Teilnehmer ausgewählt werden können, weil (noch) keine zufällige Auswahlentscheidung fallen kann (oder soll), sind die unverbindlichen Mehrwertdienst-Spielverträge zusätzlich wegen arglistiger Täuschung anfechtbar.

II. Strafrechtliche Beurteilung

Das strafbewehrte Glücksspielverbot dient der Vermeidung von Spielsucht und damit zusammenhängenden sozialschädlichen (finanziellen) Folgen sowie der Verhinderung von Spiel-Manipulationen und damit verbundenen (individuellen) Vermögensschädigungen in einem besonders manipulationsanfälligen Bereich.

Ein Glücksspiel ist nicht nur dann zufallsabhängig, wenn es völlig unbeeinflusst von menschlichem Handeln abläuft, sondern auch dann, wenn das menschliche Tun eines durchschnittlichen Spielers das Spielergebnis in langfristiger Betrachtung nicht wesentlich (mit über 50 Prozent) beeinflussen kann. Dies gilt in den Fällen, in denen sich nicht zwei Spieler gegenüberstehen, die ihr Geschick messen, sondern ein Spieler nach den Spielbedingungen eines Spielers (Spielgerät oder Spielveranstalter) spielt.

Die Möglichkeit der teleologischen Reduktion des Glücksspielbegriffs durch die Frage nach der Erheblichkeit der auf dem Spiel stehenden Vermögenswerte richtet sich nach dem Wert der ausgelobten Gewinne und der potentiellen Verluste, wenn das Spielangebot eine Mehrfachteilnahme oder das kontinuierliche Mitspielen bietet und es daher im Ermessen der Beteiligten liegt, wie viel sie in dem Bestreben einsetzen, die erheblichen Gewinne zu erlangen. Die Höhe des Einsatzes im Einzelspiel kann hier nicht konstitutiv für die Bestimmung der Wesentlichkeit des vermögenswerten Spielgegenstandes sein.

Gewinnspiele mit Quizfragen sind wesentlich zufallsabhängig, wenn (alternativ)

- der Spielmacher dem Kandidaten Ratefragen stellt und weniger als 50 Prozent der aus logischer Sicht richtigen Antworten zu einem Spielgewinn führen;
- der Spielmacher dem Kandidaten Wissensfragen stellt, die ein Wissensniveau verlangen, das ein durchschnittlicher Spieler offensichtlich nicht erreichen kann, wodurch er bei Fragen ohne Antwortalternativen nahezu immer verliert und bei Fragen mit Antwortalternativen nicht über die nachweisbare Zufallstrefferquote hinauskommt;
- unabhängig von Typus und Schwierigkeitsgrad der Fragen mehr als 50 Prozent der Spieler das Spiel verlieren, weil sie von einem Zufallsgenerator (Vorzählfaktor) abgewiesen werden, bevor eine Quizfrage zu beantworten ist;
- unabhängig von Typus und Schwierigkeitsgrad der Fragen mehr als 50 Prozent der Spieler, die richtige Antwort auf die Quizfrage gegeben haben, das Spiel aufgrund einer sich anschließenden Gewinnerauslosung dennoch verlieren.

Mehrwertgebühren, die bei Teilnahme an einem Gewinnspiel zu erbringen sind und anteilig dem Spielveranstalter zufließen, beinhalten in diesem Umfang einen Spieleinsatz im Sinne der §§ 284, 287 StGB, weil sie in unmittelbarer Hoffnung auf die ausgelobten Gewinne erbracht werden und ihnen keine andere Gegenleistung als die Gewährung einer Gewinnchance gegenübersteht.

Gewinnspiele über Mehrwertdiensterufnummern sind bei Zwischenschaltung einer unmittelbaren mehrwertgebührenpflichtigen Anruferabweisung objektiv auf eine Mehrfachteilnahme ausgerichtet. Bei Einräumung einer Registrierungsmöglichkeit nach Maßgabe eines Vorzählfaktors sind die möglichen Gewinne und die potentiellen Einsätze bis zu einer erfolgreichen Teilnahme zu berücksichtigen, um die Erheblichkeit der auf dem Spiel stehenden Vermögenswerte zu bestimmen. Wird in der Hot Button - Variante keine Registrierungsmöglichkeit geboten oder auf andere Art und Weise das kontinuierliche Mitspielen ermöglicht (insbesondere in der Call-In-Show), wird die Erheblichkeit der auf dem Spiel stehenden Vermögenswerte durch die potentiellen Gewinne und die möglichen Verluste pro Stunde Spiel bestimmt.

Im Ergebnis stellt die Durchführung mehrwertgebührenpflichtiger Gewinnspiele in der Call-In-Show über 0137x-Rufnummern zu 0,5 Euro je Anruf ein Glücksspiel im Sinne der §§ 284, 287 StGB dar. Gleiches gilt für alle anderen dauerhaft vorgehaltenen zufallsabhängigen Gewinnspielangebote (etwa Spiele mit Ratefragen im Teletext), die bedeutende Gewinne ausloben und eine kontinuierliche aneinandergereihte Einsatzleistung ermöglichen, um diese zu erlangen. Programmbegleitende temporäre Gewinnspielangebote über Mehrwertnummern in der modifizierten Anrufbeantwortervariante sind

als Glücksspiel zu qualifizieren, wenn die Anruferdurchlassrate auf den Anrufbeantworter entsprechend gering gewählt ist.

III. Gewerberechtliche Beurteilung

Nach der Systematik der gesetzlichen Regelungen zum Spielrecht findet die Gewerbeordnung auf alle entgeltlichen Spielangebote Anwendung, die nicht auf Länderebene als (staatliches) Glücksspiel konzessioniert sind. Die präventive Kontrolle der Zuverlässigkeit der Veranstalter und der Manipulationssicherheit des Spiels ist notwendige Mindestvoraussetzung für jede entgeltliche Spielveranstaltung.

Ausnahmsweise können Gewinnspiele akzessorisch zu Rundfunk- oder Werbeveranstaltungen trotz der Mehrwertgebührenpflichtigkeit der Teilnahme so durchgeführt werden, dass ein gewerbsmäßiges Handeln in der Gesamtbetrachtung nicht vorliegt, weil das Spiel in der klassischen Anrufbeantwortervariante (ohne unmittelbare Anruferabweisung) durchgeführt wird und Mehrwertgebühren maximal in Höhe des üblichen Briefportos anfallen.

Alle anderen mehrwertgebührenpflichtigen Gewinnspielvarianten stellen gewerbsmäßige Spielangebote dar, die gewerberechtlich genehmigungspflichtig sind und zwar grundsätzlich auch bei Einbindung den Rundfunk, da das Angebot entgeltlicher (Glücks-)Spiele kein rundfunkspezifisches Privileg im Sinne von Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG ist. Die gewerberechtliche Genehmigung für mehrwertgebührenpflichtige Gewinnspielvarianten scheitert aus mehreren Gründen:

Eine Erlaubnis nach § 33c GewO ist nicht möglich, da mehrwertgebührenpflichtige Gewinnspiele typischerweise nicht vergleichbar unbeeinflussbar und manipulationssicher ablaufen, wie Geldspielgeräte mit „technischer Vorrichtung“.

Eine Genehmigung nach § 33d GewO scheidet aus, weil hiernach grundsätzlich keine zufallsabhängigen entgeltlichen Spiele genehmigt werden können, die aus gewerberechtl. Sicht Glücksspiele nach § 284 StGB darstellen oder als glücksspielnahe Spiele mit einfachen Mitteln als Glücksspiele im Sinne von § 284 StGB veranstaltet werden können. Die Unmöglichkeit der Erteilung einer Unbedenklichkeitsbescheinigung aus präventiven Erwägungen rechtfertigt sich rechtlich aus der hohen Manipulationsanfälligkeit flexibel handhabbarer und in den Spielregeln leicht veränderbarer Spielmodelle. Dies gilt gerade auch für mehrwertgebührenpflichtige Gewinnspielangebote mit Spielelementen wie Quizfragen oder telekommunikationstechnisch grundsätzlich beeinflussbaren Zufallsentscheidungen.

Eine Genehmigung nach § 33c oder § 33d GewO ist zudem generell ausgeschlossen, weil die §§ 33c ff GewO nur für stationäre Spiele und Spielgeräte gelten und eine ana-

loge Anwendung mangels Regelungslücke ausfällt. Bestimmungen zu virtuellen Spielen fehlen bewusst, da die Ortsgebundenheit der Spielveranstaltung wichtiges Element des Schutzzweckes der §§ 33c ff GewO ist, der gerade auch in der quantitativen Beschränkung des Spielangebots besteht.

IV. Rundfunk- und medienrechtliche Beurteilung

Die Einbindung entgeltlicher Dienstleistungen - wie mehrwertgebührenpflichtiger Gewinnspiele - in das unmittelbare redaktionelle Umfeld stellt kein Teleshopping dar, wenn der Hauptzweck der Sendung nicht in der Erbringung entgeltlicher Dienstleistungen und der Unterhaltung durch diese Dienstleistungen liegt (Abgrenzung zu reinen Teleshopping-Sendungen) und der Hauptzweck der Einbindung der entgeltlichen Dienstleistung in der Förderung bzw. Erreichung des unmittelbar nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG geschützten (redaktionellen) Zwecks der Sendung liegt (Abgrenzung zu selbständigen Teleshopping-Angeboten innerhalb einer Rundfunksendung).

Gewinnspiel-Call-In-Shows im Rundfunkprogramm sind als Teleshopping-Sendungen zu qualifizieren, da den Zuschauern kein Programm dargeboten wird, sondern entgeltliche Dienstleistungen angeboten werden. Die Ausstrahlung dient nicht der Unterhaltung der Zuschauer, sondern der Unterhaltung der Teilnehmer als Kunden der entgeltlichen Dienstleistung.

Des Weiteren sind mehrwertgebührenpflichtige Gewinnspiele im Rundfunkprogramm als Teleshopping-Angebote einzuordnen, wenn sie überhaupt keinen inhaltlichen Bezug zur laufenden Sendung besitzen oder sich aufgrund der Spielbedingungen und der wirtschaftlichen Bedeutung nicht als programmakzessorische Hilfsdienstleistung zur Rundfunkunterhaltung, sondern als selbständige entgeltliche Dienstleistung darstellen, die bei Gelegenheit der Rundfunkausstrahlung durch Ausnutzung der bestehenden Zuschauerbindung verkauft werden soll. Dies gilt insbesondere für alle Gewinnspielmodelle über 0137x-Rufnummern, die die Voting-Funktion zur mehrwertgebührenpflichtigen Vorselektion für einen Studio-Kandidaten nutzen. Im Gegensatz zur programmbezogenen Abstimmung werden hier massenhaft entgeltliche Dienstleistungen erbracht, die keinen Eingang in die Sendung finden.

Die Abgrenzung zwischen Rundfunk und selbständigem Teleshopping erfolgt durch die Frage nach der „Meinungsmacht“ des ausgestrahlten Formats.

Daher muss die Gewinnspiel-Call-In-Show nicht notwendig Rundfunk im Sinne des Rundfunkstaatsvertrages sein, wenn sich Moderation und Präsentation auf die Durchführung mehrwertgebührenpflichtiger Gewinnspiele reduziert, also innerhalb der Sendung ausschließlich entgeltliche Gewinnchancen angeboten und diesbezügliche Ge-

winnentscheidungen herbeiführt werden. Die Sendung mehrwertgebührenpflichtiger Gewinnspielangebote kann auch unter Einbindung eines Moderators einen elektronischen Informations- und Kommunikationsdienst darstellen. Die Ausstrahlung bedarf dann keiner Rundfunkgenehmigung, (aber grundsätzlich einer Glücksspiellizenz).

V. Wettbewerbsrechtliche Beurteilung

Das Wettbewerbsrecht setzt die verkaufsförderungsspezifischen Zulässigkeitsvoraussetzungen für Gewinnspiele. Eine Spielveranstaltung, die den generellen Zulässigkeitsvoraussetzungen zuwiderläuft, stellt jedoch regelmäßig einen Verstoß gegen die allgemeinen Wettbewerbsregeln dar.

So ist die Veranstaltung von Gewinnspielen über Mehrwertdiensternummern gemäß § 4 Nr. 11 UWG wettbewerbswidrig, sofern das Spielangebot gewerbe- oder glücksspielrechtlich genehmigungspflichtig, aber nicht genehmigungsfähig ist.

Entgegen der Interpretation, die die Gesetzesbegründung zum neuen UWG nahe legt, stellen mehrwertgebührenpflichtige Gewinnspiele jedenfalls soweit keinen wettbewerbsrechtlich typischen Koppelungsfall nach § 4 Nr. 6 UWG dar, soweit die Mehrwertdienstleistung gerade in der Gewährung einer Gewinnchance liegt. Die Mehrwertdienstleistung ist hier nicht zur Absatzförderung mit einem Gewinnspiel verkoppelt, sondern beinhaltet gerade die Teilnahme an dem kostenpflichtigen Gewinnspiel.

Gewinnspiele über Mehrwertnummern sind aber ein Koppelungsfall im Sinne von § 4 Nr. 6 UWG, soweit der Teilnehmernetzbetreiber aus dem Telefondienstvertrag einen vertraglichen Anspruch auf Mehrwertgebühren besitzt, die über den Basistarif für ein übliches Ferngespräch hinausgehen. In diesem Fall ist die „Übermittlung des Teilnahmewunsches zu unüblich hohen Übermittlungskosten“ konsequenterweise als zur Gewinnspielteilnahme verkoppelte Dienstleistung zu betrachten. Der Koppelungsfall ist jedoch nach dem Willen des Gesetzgebers nicht erheblich, solange für die Registrierung als potentieller Teilnehmer oder Gewinner insgesamt keine höheren Kosten entstehen als für die Absendung eines Briefes zur Teilnahme an einem kostenlosen Postkartengewinnspiel. Hier profitiert der TK-Anbieter davon, dass seine Übermittlungsdienstleistungen üblicherweise günstiger sind als die über den Postweg.

Ein wettbewerbsrechtlich erheblicher Koppelungsfall nach § 4 Nr. 6 UWG liegt vor, wenn durch die Zwischenschaltung einer unmittelbaren Anruferabweisung nutzlose Telekommunikationsdienstleistungen in Form von entgeltlichen Verbindungsherstellungen in Anspruch genommen werden müssen, die keine Teilnahme in Form einer Registrierung oder Kommunikation der Lösungsantwort bieten, sondern nur darüber informieren, das nicht teilgenommen werden kann bzw. bereits erfolglos teilgenommen

wurde. Hier werden ohne technische Notwendigkeit TK-Dienstleistungen ohne Leistungsinhalt abgesetzt.

Nimmt man mit dem Gesetzgeber auch hinsichtlich der Mehrwertgebührenanteile, die dem Veranstalter als Gegenleistung für die entgeltliche Spielteilnahme zufließen, einen Koppelungsfall an, so scheidet eine Entkoppelung durch Einräumung einer alternativen kostenlosen Teilnahmemöglichkeit typischerweise aus, weil diese dem Geschäftsmodell zuwiderläuft bzw. dieses bei Gleichwertigkeit hinfällig macht und somit nicht gleichwertig angeboten werden kann.

Mehrwertgebührenpflichtige Gewinnspiele, die mit einer unmittelbaren mehrwertgebührenpflichtigen Anruferabweisung operieren, verstoßen daneben auch gegen das Transparenzgebot des § 4 Nr. 5 UWG, wenn

- nach den Spielbedingungen nicht eindeutig und klar feststeht, dass auch unmittelbar abgewiesene Anrufe tarifiert werden, was nur durch Nennung der Kosten „pro Anruf und Teilnahmeversuch“ erreicht wird;
- sie ohne festen Vorzählfaktor durchgeführt werden, der Zeitpunkt der Auswahl und Durchstellung eines Kandidaten also im Ermessen der Veranstalter liegt;
- der Vorzählfaktor nicht klar und eindeutig kommuniziert wird.

VI. Das rechtlich unbedenkliche mehrwertgebührenpflichtige Gewinnspiel

Daraus ergibt sich ein enger Raum für mehrwertgebührenpflichtige Gewinnspiele (im Rundfunk), die als einsatzabhängige und zufallsabhängige Spiele mit Gewinnmöglichkeit einen zu Werbemaßnahmen oder der Kundenbindung akzessorischen Nebenverdienst ermöglichen. Das Gewinnspiel über eine Mehrwertdienstnummer ist vorbehaltlos rechtlich unbedenklich, weil aus strafrechtlicher Sicht keine erheblichen Vermögenswerte auf dem Spiel stehen, aus gewerberechtlicher Sicht ein genehmigungsfreies Spiel vorliegt und aus wettbewerbsrechtlicher Sicht (aus Sicht des Gesetzgebers) ein unerheblicher Koppelungsfall anzunehmen ist (sowie aus rundfunkrechtlicher Sicht kein Teleshopping gegeben ist), wenn die folgenden Voraussetzungen kumulativ vorliegen:

- Die Mehrwertgebühren liegen bei maximal 0,65 Euro:
Mit einem mehrwertgebührenpflichtigen Anruf, für den insgesamt keine höheren Kosten anfallen, als für den Erwerb und die Frankierung eines Briefes (maximal 0,65 Euro) wird die Teilnahme an dem Gewinnspiel gewährleistet;
- Das Gewinnspielangebot ist zeitlich befristet:
Das Gewinnspielangebot, an dem durch Anwahl einer Mehrwertnummer zu Kosten in Höhe des üblichen Briefportos teilgenommen werden kann, stellt kein kontinuierlich vorgehaltenes Spielangebot dar;

- Das Gewinnspielangebot ist nicht auf eine Mehrfachteilnahme ausgerichtet:
In den zeitlich befristeten Gewinnspielangeboten fallen keine unmittelbaren Einzelspielentscheidungen zwischen Veranstalter und dem jeweiligen Teilnehmer, bevor das Spielangebot insgesamt beendet wird.

B. Fazit

Die Entwicklung der für Abstimmungen konzipierten Mehrwertdiensterufnummern in der 0137x-Rufnummerngasse führte zur Etablierung eines sog. „Mitmachfernsehens“, bei dem sich die Zuschauer die Finger wund wählen sollen, um zu versuchen, mitmachen zu dürfen.

Solche vermeintlich „innovativen Geschäftsmodelle“, die sich auf telekommunikationstechnischer Ebene in der Etablierung eines „tarifpflichtigen Besetztzeichens“ erschöpfen und auf Seiten der Rundfunksender in der Einrichtung „interaktiver Spielhallen“ mit dazugehörigem Animateur beschränken, haben sich am bestehenden Recht zu orientieren. Das Bedürfnis des privaten Rundfunks, alternative Erlösmodelle aufzutun, findet seine Grenzen in den gesetzlichen Vorgaben zu entgeltlichen Spielen mit Gewinnmöglichkeit und den Regelungen zum Verbraucherschutz, insbesondere dem Transparenzgebot. Das Rundfunkrecht und die Landesmedienanstalten sind nicht berufen, kostenpflichtige Spielangebote per Rundfunkgenehmigung zu konzessionieren und die Art und Weise der Durchführung unter die eigene Aufsicht zu stellen. Ein „Lex Rundfunk“, das privaten Rundfunkanbietern die Möglichkeit zum Angebot entgeltlicher Gewinnspiele zubilligt und ihnen darüber hinaus die Narrenfreiheit zur Entwicklung und Nutzung „responseabhängiger Zufallsentscheidungen“ zur Gewinnmaximierung gewährt, besitzt keinerlei rechtliches Fundament. Soll der Rundfunk durch Gewinnspielformate bereichert werden, an denen sich die Zuschauer entgeltlich beteiligen, ist dies allenfalls mittelbar durch ein Pay-TV - Modell denkbar. Hieran haben sich auch neue Geschäftsmodelle zu orientieren, die echte Interaktion über einen direkten Rückkanal bieten wollen. Eine Genehmigungsmöglichkeit für mehrwertgebührenpflichtige Gewinnspielangebote, die auf eine Mehrfachteilnahme oder ein kontinuierliches Mitspielen ausgerichtet sind, ist dagegen generell ausgeschlossen, solange das Glücksspielmonopol beibehalten bleibt und das gewerbliche Spielrecht das virtuelle Spiel bzw. die interaktive Teilnahme an entgeltlichen Spielen mit Gewinnmöglichkeit aus dem Privatbereich aus rechtlich vertretbaren Gründen nicht zulässt. Dies zeigt gerade ein Format wie die Gewinnspiel-Call-in-Show, die längst nicht mehr existent wäre, würde hier der verständige Durchschnittsverbraucher im Sinne des Wettbewerbsrechts angesprochen und nicht eine kleinere, dafür aber schutzbedürftigere Zielgruppe.

Durch Duldung nicht genehmigungsfähiger Glücksspielangebote (nur) im Rundfunk macht der Staat sich unglaubwürdig und stellt die rechtlichen Beschränkungen zum öffentlichen Spielrecht und die damit verfolgten Ziele insgesamt in Frage.

LITERATURVERZEICHNIS

- Ackermann, Brunhilde:** Wettbewerbsrecht unter Berücksichtigung europarechtlicher Bezüge, Berlin - Heidelberg 1997 (zitiert: *Ackermann*, Wettbewerbsrecht).
- Albert, Conrad; Müller, Michael:** TV-Gewinnspiele - auch rechtlich etabliert, MMR aktuell, 12/2004, S. V-VII.
- Bahr, Martin:** 0190-Telefonnummern und Gewinnspiele – ein Verstoß gegen § 1 UWG?, WRP 2002, S. 501-506.
- Bahr, Martin:** Gewinnspiele - Glücksspiele mit Mehrwertdienste-Rufnummern (0190, 01900, 013x), veröffentlicht am 10.01.2004 unter <http://www.isa-casinos.de/articles/5194.html>, (zitiert: *Bahr/ISA-Casinos* 2004).
- Bahr, Martin:** Glücks- und Gewinnspiele in den Medien – Die Entwicklung der Rechtsprechung und Gesetzgebung in den Jahren 2004 und 2005 in Deutschland, K&R 2006, S. 145-150.
- Bahr, Martin:** Glücks- und Gewinnspielrecht - Eine Einführung in die wichtigsten rechtlichen Aspekte, 2. Auflage Berlin 2007 (zitiert: *Bahr*, Glücks- und Gewinnspielrecht).
- Becker, Moritz; Ulbrich, Martin; Voß, Johannes:** Tele-Gewinnspiele im „Hot-Button-Verfahren“: Betrug durch Moderatoren?, MMR 2007, S. 149-155.
- Belz, Axel:** Das Glücksspiel im Strafrecht, Marburg 1993. (zitiert: *Belz*, Glücksspiel).
- Berlit, Wolfgang:** Wettbewerbsrecht, 6. Auflage, München 2006.
- Berberich, Bernd:** Das Internet-Glücksspiel, Berlin 2004.
- Beucher, Klaus; Leyendecker, Ludwig; von Rosenberg, Oliver:** Mediengesetze - Rundfunk, Mediendienste, Teledienste, Kommentar zum Rundfunkstaatsvertrag, Mediendienste-Staatsvertrag, Teledienstegesetz und Teledienstedatenschutzgesetz, München 1999.
- Bloß, Annemarie:** Die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit von Preisausschreiben und Gewinnspielen - Neue Entwicklungen auf nationaler und europäischer Ebene, Frankfurt am Main 2006 (zitiert: *Bloß*, Preisausschreiben).
- Böhm, Steffen:** Die Regelung entgeltpflichtiger Sprachmehrwertdienste in den USA und Deutschland unter besonderer Berücksichtigung des Verbraucherschutzes, Frankfurt am Main 1997 (zitiert: *Böhm*, Sprachmehrwertdienste).
- Böhm, Steffen:** Telefonmehrwertdienste und unlautere Geschäftspraktiken, MMR 1998, S. 585-588.
- Braml, Claudia:** Das Teleshopping und die Rundfunkfreiheit, Frankfurt am Main 2000 (zitiert: *Braml*, Teleshopping).

- Brandl, Harald:** Spieleleidenschaft und Strafrecht – Eine Betrachtung zu den Glücksspieltatbeständen der §§ 284 ff StGB, Frankfurt am Main 2003 (zitiert: *Brandl*, Spieleleidenschaft).
- Brauck, Markus; Hülsen, Isabell:** Zukunft verspielt - Der Boom der Mitmach-Sender geht zu Ende, *Der Spiegel*, Nr. 40/2007, S. 116-117 [abrufbar auch unter: <http://www.spiegel.de/media/0,4906,16404,00.pdf>, Stand 30.10.2007], (zitiert: *Brauck/Hülsen*, Spiegel).
- Breyer, Patrick:** Vergütung von Telekommunikations-Mehrwertdiensten, *K&R* 2006, S. 30-32.
- Brockhaus, Enzyklopädie,** 19. Auflage, Mannheim 1993.
- Canaris, Claus-Wilhelm:** Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971 (zitiert: *Canaris*, Vertrauenshaftung).
- Castendyk, Oliver:** Ausstrahlung von Teleshoppingsendungen außerhalb von Teleshopping-Fenstern, *MMR* 2000, S. 82-87.
- Dahs, Hans, Dierlamm, Alfred:** Unterhaltungsautomaten mit Weiterspielmarken - unerlaubtes Glücksspiel?, *GewArch* 1996, S. 272 ff.
- Dafner, Caroline:** Das öffentliche Wirtschaftsrecht der Teledienste unter besonderer Berücksichtigung des Teleshopping und Telebanking, München 2003 (zitiert: *Dafner*, Teledienste).
- Degenhart, Christoph:** Rechtliche Aspekte des Teleshopping, *ZUM* 1995, S. 353-360.
- Demmel, Anette; Skrobotz, Jan:** Rechtsfragen der Nutzung von Premium-Rate-Diensten (0190er-Nummern), *CR* 1999, S. 561-567.
- Dickersbach, Alfred:** Der Geschicklichkeitsautomat als Problem des gewerblichen Spielrechts, *GewArch* 1998, S. 265-272.
- Dreier, Thomas:** Konvergenz und Unbehagen des Urheberrechts, in: Festschrift für Willi Erdmann, Köln 2002, S. 73-88 (zitiert: *Dreier*, in: FS Erdmann).
- Eckhardt, Jens:** Anmerkung zu BGH, Urteil vom 22.11.2001 – III ZR 5/01 (Wertneutralität des Telefondienstvertrages, Telefonsexentscheidung), *CR* 2002, S. 109-111.
- Eichmann, Daniel; Sörup, Thorsten:** Das Telefongewinnspiel zwischen Strafbarkeit und Wettbewerbsverstoß, *MMR* 2002, S. 142-146.
- Elixmann, Dieter; Schäfer, Ralf G.:** Der Markt für Auskunfts- und Mehrwertdienste in Deutschland - Wirtschaftliche Bedeutung und Kundennutzen, Bad Honnef 2004 [abrufbar unter: <http://www.wik.org/content/mangsum.pdf>, 30.10.2007], (zitiert: *Elixmann/Schäfer*, Markt für Mehrwertdienste).
- Eppe, Markus:** Der lauterkeitsrechtliche Tatbestand des übertriebenen Anlockens im Wandel - am Beispiel der Wertreklame, *WRP* 2004, S. 153-161.

- Erman, Walter:** Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, Band I, 11. Auflage, Köln 2004 (zitiert: *Erman/Bearbeiter*).
- Ernst, Stefan:** Telefonrechnungen mit 0137-9 Verbindungen aus TV-Sendungen, MMR 2005, S. 735-743.
- Ernst, Stefan:** Zur Finanzierung von TV-Quizsendungen durch MABEZ-Rufnummern, IT-RB, 2006, S. 86-89.
- Ernst, Stefan:** Das TV-Zuschauerquiz im BGB zwischen Auslobung und Spiel, NJW 2006, S. 186-188.
- Fechner, Frank:** Medienrecht, 8. Auflage, Tübingen 2007.
- Fezer, Karl-Heinz:** Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), München 2005, (zitiert: *Fezer/Bearbeiter*).
- Fikentscher, Wolfgang; Heinemann, Andreas:** Schuldrecht, 10. Auflage, Berlin 2006.
- Fischer, Thomas:** Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 55. Auflage, München 2008.
- Fluhme, Hans:** Mehrwertdienste - ein wertneutraler Raum?, NJW 2002, S. 3519-3520.
- Flume, Werner:** Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, 4. Auflage, Berlin - Heidelberg 1992 (zitiert: *Flume*, Rechtsgeschäft).
- Füllkrug, Michael:** Verbotenes Glück, Kriminalistik (KR) 1990, S. 101-105.
- Gabriel, Ullrich; Barth, Stefanie:** Rechtsprobleme bei Gewinnspielen mit Mehrwertdiensten, VuR 2006, S. 301-304.
- Gehrs, Oliver:** Schweigen ist Gold, Der Spiegel Nr. 21/2001, [abrufbar auch unter <http://wissen.spiegel.de/wissen/dokument/dokument.html?id=16466567&top=SPIEGEL>, Stand: 30.05.2008], (zitiert: *Gehrs*, Spiegel).
- Gersdorf, Hubertus:** Teleshopping: Exerzitium für die Notwendigkeit einer Differenzierung zwischen Ausgestaltung und Beschränkung der Rundfunkfreiheit, ZUM 1995, S. 841-851.
- Gersdorf, Hubertus:** Der verfassungsrechtliche Rundfunkbegriff im Lichte der Digitalisierung der Telekommunikation, Rechtsgutachten im Auftrag der Hamburgischen Anstalt für neue Medien (HAM), Berlin 1995 (zitiert: *Gersdorf*, Rundfunkbegriff).
- Gersdorf, Hubertus:** Rundfunkfreiheit ohne Ausgestaltungsvorbehalt - Verfassungs- und gemeinschaftsrechtliche Voraussetzungen für die Einführung neuer Kommunikationsdienste am Beispiel reiner Teleshoppingkanäle, Rechtsgutachten im Auftrag der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien (BLM), München 1996 (zitiert: *Gersdorf*, Rundfunkfreiheit).

- Gerstenberg, Ekkehard:** Der Kunde als Schatzgräber: Neue Gewinnspiele in der Rechtsprechung, WRP 1973, S. 444-447.
- Glauben, Paul J.:** Telefonsex: rechtlicher Streit um ein zweifelhaftes und teures Vergnügen, DRiZ 2002, S. 236-239.
- Gloy, Wolfgang; Loschelder, Michael (Hrsg.):** Handbuch des Wettbewerbsrechts, 3. Auflage, München 2005 (zitiert: Gloy/Loschelder/*Bearbeiter*, Wettbewerbsrecht).
- Goldhammer, Klaus; Lessig, Michael:** Call Media - Mehrwertdienste in TV und Hörfunk, Studie im Auftrag der Bayerischen Landeszentrale für Neue Medien (BLM), München 2005 (zitiert: *Goldhammer/Lessig*, Call Media).
- Goldhammer Klaus; Birkel Mathias; Piopiunik Marcel:** Next Generation Call Media - Neue Qualitäten der Zuschauer- und Hörerinteraktion, Studie vom 31.08.2006 im Auftrag von NextID, abrufbar unter <http://www.medienwoche.de/WebObjects/Medienboard.woa/media/3253>, Stand: 30.10.2007, zitiert: *Goldhammer/Birkel/Piopiunik*, Call Media II).
- Gounalakis, Georgios:** Werbung im Rundfunkprogramm - Zwischen Trennungsgrundsatz und Schleichwerbungsverbot, WRP 2005, S. 1476-1484.
- Härting, Niko:** Dialer, Erotik und Rechtsberatung - Vertragsbeziehungen bei 0190-Diensten, DB 2002, S. 2147-2150.
- Härting, Niko:** Die wunderbare Welt der Mehrwertdienste, ITRB 2003, S. 103-107.
- Härting, Niko:** recht der mehrwertdienste -0190/0900-, Köln 2004 (zitiert: *Härting*, Mehrwertdienste).
- Hahn, Werner; Vesting, Thomas (Hrsg.):** Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 2. Auflage, München 2008 (zitiert: Hahn/Vesting/*Bearbeiter*).
- Harte-Bavendamm, Henning; Henning-Bodewig, Frauke:** Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) - Kommentar, München 2004 (zitiert: Harte/Henning/*Bearbeiter*).
- Hartstein, Reinhard; Ring, Wolf-Dieter; Kreile Johannes (u.a.):** Rundfunkstaatsvertrag, Kommentar, Loseblattsammlung, München, Stand: Mai 2007 (zitiert: *Hartstein/Ring/Kreile*).
- Hecker, Manfred:** Gekoppeltes Gewinnspiel oder naturgemäße Verbindung?: Gedanken zum Ausnahmetatbestand des § 4 Nr. 6 UWG, in: Festschrift für Kurt Bartenbach, Köln 2005, S. 489-502 (zitiert: *Hecker*, in: FS Bartenbach).
- Hecker, Manfred:** Die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken: Einige Gedanken zu den „aggressiven Geschäftspraktiken“ - Umsetzung in das deutsche Recht, WRP 2006, S. 640-647.

- Hecker, Manfred; Ruttig, Markus:** Versuchen sie es noch einmal - Telefon Gewinnspiele im Rundfunk unter Einsatz von Mehrwertdienste-Rufnummern und ihre Beurteilung nach dem StGB und neuem UWG, GRUR 2005, S. 393-398.
- Hefermehl, Wolfgang; Köhler, Helmut; Bornkamm, Joachim:** Wettbewerbsrecht, 26. Auflage, München 2008 (zitiert: Hefermehl/Köhler/Bornkamm bzw. Hefermehl/Köhler/Bornkamm).
- Henning-Bodewig, Frauke:** Neuorientierung von § 4 Nr. 1 und 2 UWG?, WRP 2006, S. 621-628.
- Henssler, Martin:** Risiko als Vertragsgegenstand, Tübingen 1994 (zitiert: Henssler, Risiko).
- Herrman, Günter; Lausen, Matthias:** Rundfunkrecht, Fernsehen und Hörfunk mit Neuen Medien, 2. Auflage, München 2004 (zitiert: Herrmann/Lausen, Rundfunkrecht).
- Hesse, Albrecht:** Rundfunkrecht, 3. Auflage, München 2003.
- Hoffmann, Helmut:** Anmerkung zu OLG Stuttgart, Urteil vom 21.4.1999 - 9 U 252/98 (Sittenwidriges Verhalten der DTAG bei 0190-Servicenummern), MMR 1999, S. 483-487.
- Hoffmann, Jochen:** Der unerklärliche Einwendungsverlust bei Gebühren für Telefon-Mehrwertdienste, ZIP 2002, S. 1705-1716.
- Holznagel, Bernd; Stenner, Daniel:** Rundfunkrecht, 2. Auflage, Oldenburg 2004.
- Jescheck, Hans-Heinrich; Weigend, Thomas:** Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Berlin 1996 (zitiert: Jescheck/Weigend, AT).
- Kaiser, Tina:** Sex-Mädels bringen die höchste Rendite, Welt-Online vom 10.12.2006, abrufbar unter http://www.welt.de/print-welt/article701417/Sex-Maedels_bringen_die_hoechste_Rendite.html, Stand: 30.10.2006], (zitiert: Kaiser, Welt-Online).
- Kalkofe, Oliver:** Kreative Querschnittslähmung - Das TV-Jahr 2006 war furchtbar, Der Spiegel Nr. 1/2007, [abrufbar auch unter <http://www.spiegel.de/spiegel/0,1518,457054,00.html>, Stand: 30.10.2007], (zitiert: Kalkofe, Spiegel).
- Kellermann, Bert:** Glücksspielsucht aus psychiatrischer Sicht, in: Fett, Anna (Hrsg.): Glück - Spiel - Sucht, Konzepte und Behandlungsmethoden, Freiburg im Breisgau 1996, S. 23-35 (zitiert: Kellermann, in: Fett).
- Klam, Cornelia:** Die rechtliche Problematik von Glücksspielen im Internet, Berlin 2002 (zitiert: Klam, Glücksspiel).

- Klees, Andreas:** Vertragsverhältnisse bei der Nutzung von Mehrwertdiensternummern – Zahlungsverpflichtungen bei der missbräuchlichen Verwendung sog. 0190-Dialer, CR 2003, S. 331-339.
- Kleinschmidt, Broder:** Interaktive Gewinnspielshows im TV - Eine illegale Glücksspielveranstaltung?, MMR 2004, S. 654-658.
- Koch, Detlef:** Gewinnspiele im Steuerrecht, Hamburg 2006 (zitiert: *Koch*, Gewinnspiele).
- Köhler, Helmut:** Die Rechte des Verbrauchers beim Teleshopping (TV-Shopping, Internet-Shopping), NJW 1998, S. 185-190.
- Köhler, Helmut:** Die „Bagatellklausel“ in § 3 UWG, GRUR 2005, S. 1-9.
- Kreile, Johannes:** Interaktives Fernsehen in der juristischen Praxis, in: zu Salm, Zaubermaschine interaktives Fernsehen?, Wiesbaden 2004, S.189-212 (zitiert: *Kreile*, in: zu Salm).
- Kretschmer, Bernhard:** Poker - ein Glücksspiel? ZfWG 2007, 93-101.
- Kroymann, Johannes:** Teleshopping- und Onlineshoppingangebote zwischen Medienrecht und Wirtschaftsrecht, Berlin 2005 (zitiert: *Kroymann*, Teleshopping).
- Krusch, Wilhelm:** Neue Dienste im intelligenten Telefonnetz, 2. Auflage, Heidelberg 1994 (zitiert: *Krusch*, Telefonnetz).
- Kummer, Heinz:** Das Recht der Glücksspiele und der Unterhaltungsautomaten mit Gewinnmöglichkeit in der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg - Hamburg 1977 (zitiert: *Kummer*, Unterhaltungsautomaten).
- Kummer, Heinz:** Zur Entwicklung des gewerblichen Spielrechts, GewArch 1988, S. 264-268.
- Kunze, Gerd:** Zur wettbewerbsrechtlichen Beurteilung von Gewinnspielen, Der Markenartikel (MA) 1972, S. 295-302.
- Labenski, Helga:** Rentnerin bleibt Zahlung erspart - Vergleich vor dem Kammergericht im Verfahren um Telefonrechnung über 23 000 Euro für TV-Gewinnspiel, Berliner Morgenpost vom 02.07.2005, [abrufbar auch unter <http://morgenpost.berlin1.de/print/2005/07/02/berlin/764029.html>, Stand: 22.09.2007], (zitiert: *Labenski*, Morgenpost).
- Lackner, Karl; Kühl, Kristian:** Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Auflage, München 2007.
- Lampe, Ernst-Joachim:** Falsches Glück, - BayObLG, NJW 1993, 2820, JuS 1994, S. 737-742.
- Landmann, Robert von; Rohmer, Gustav:** Gewerbeordnung und ergänzende Vorschriften, Kommentar, Band 1 und 2, Loseblattsammlung, München, Stand: Dezember 2007 (zitiert: *Landmann/Rohmer/Bearbeiter*).

- Larenz, Karl:** Lehrbuch des Schuldrechts I, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München 1987 (zitiert: *Larenz*, SR I).
- Larenz, Karl:** Lehrbuch des Schuldrechts II, Besonderer Teil, Halbband 1, 13. Auflage, München 1986 (zitiert: *Larenz*, SR II 1).
- Larenz, Karl; Wolf, Manfred:** Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Auflage, München 2004 (zitiert: *Larenz/Wolf*, AT).
- Latsch, Gunther; Repke, Irina:** TV-Gewinnspiele - Anschluss gesucht, Der Spiegel, Nr. 38/2003, S. 102-104 (zitiert: *Latsch/Repke*, Spiegel).
- Lehmle, Lutz:** UWG - Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Neuwied 2007.
- Leibholz, Gerhard; Rinck, Hans-Justus:** Grundgesetz - Rechtsprechung des BVerfG - Kommentar, bearbeitet von Axel Burghart, Loseblattsammlung, Stand: Dezember 2007 (zitiert: *Leibholz/Rinck/Burghart*).
- Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch**, herausgegeben von Burkhard Jähnke, Heinrich Wilhelm Laufhütte, Walter Odersky, Siebenter Band, §§ 264 bis 302, 11. Auflage, Berlin 2005 (zitiert *LeipzKomm/Bearbeiter*).
- Lent, Wolfgang:** Rundfunk-, Medien-, Teledienste - Eine verfassungsrechtliche Untersuchung des Rundfunkbegriffs und der Gewährleistungsbereiche öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten unter Berücksichtigung einfachrechtlicher Abgrenzungsfragen zwischen Rundfunkstaatsvertrag, Mediendienstestaatsvertrag und Teledienstegesetz, Frankfurt am Main 2001 (zitiert: *Lent*, Rundfunk-, Medien-, Teledienste).
- Leonhard, Franz:** Besonderes Schuldrecht des BGB, München 1931 (zitiert: *Leonhard*, Schuldrecht).
- Lesch, Heiko; Wallau, Rochus:** Glücksspiel trotz fehlender Gewinnmöglichkeit?, GewArch 2002, S. 447-451.
- Lettl, Tobias:** Gemeinschaftsrecht und neues UWG, WRP 2004, S. 1079-1132.
- Lettl, Tobias:** Das neue UWG, München 2004 (zitiert: *Lettl*, UWG).
- Leupold, Andreas; Bachmann, Peter; Pelz, Christian:** Russisches Roulette im Internet? – Zulässigkeit von Glücksspielen im Internet unter gewerbe- und strafrechtlichen Gesichtspunkten, MMR 2000, S. 648-655.
- Lueg, Christian:** Transaktionsfernsehen als alternatives Erlösmodell am Beispiel der Call-Media-Finanzierung von Neun Live, Mittweida 2004 (zitiert: *Lueg*, Transaktionsfernsehen).
- Mangoldt, Hermann von; Klein, Friedrich; Starck, Christian:** Kommentar zum Grundgesetz, Band 1: Präambel, Artikel 1 bis 19, 5. Auflage, München 2005 (zitiert: *v. Mangoldt/Klein/Starck/Bearbeiter*).

- Maunz, Theodor; Dürig, Günter:** Grundgesetz, Kommentar, Loseblattsammlung, Stand: Dezember 2007, (zitiert: *Maunz/Dürig/Bearbeiter*).
- Medicus, Dieter:** Schuldrecht II, Besonderer Teil, 14. Auflage, München 2007 (zitiert: *Medicus, SR II*).
- Meyer, Gerhard:** Pathologisches Glücksspiel: Stand der Forschung, in: Fett, Anna (Hrsg.): Glück - Spiel - Sucht, Konzepte und Behandlungsmethoden, Freiburg im Breisgau 1996, S. 12-22 (zitiert: *Meyer*, in: Fett).
- Meyer, Gerhard:** Glücksspiel - Zahlen und Fakten, in: Jahrbuch Sucht 2006, herausgegeben von der deutschen Hauptstelle für Suchtfragen e.V., Geesthacht 2006, S. 114-128 (zitiert: *Meyer*, in: Jahrbuch Sucht 2006).
- Meyer, Gerhard; Bachmann, Meinolf:** Spielsucht - Ursachen und Therapie, 2. Auflage, Berlin 2005 (zitiert: *Meyer/Bachmann, Spielsucht*).
- Mergen, Armand:** Spiel mit dem Zufall, München 1973 (zitiert: *Mergen, Zufall*).
- Mergen, Armand:** Spiel mit dem Glück, Heidelberg 1976 (zitiert: *Mergen, Glück*).
- Motive zu den Entwürfen eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Recht,** Amtliche Ausgabe, Band I und Band II, Berlin 1888 (zitiert: *Motive I, bzw. Motive II*).
- Müller Horst:** Die Hütchenspieler, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 13.02.2006, [abrufbar auch unter <http://www.faz.net/s/Rub8A25A66CA9514B9892E0074EDE4E5AFA/Doc~EB8D156F1494F4BA7BF6BF91E783ED346~ATpl~Ecommon~Scontent.html>, 30.10.2007], (zitiert: *Müller, FAZ*).
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,** Band 4, §§ 611-704, 4. Auflage., München 2005 (zitiert: *MünchKommBGB/Bearbeiter*).
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,** Band 5, §§ 705-853, 4. Auflage, München 2004 (zitiert: *MünchKommBGB/Bearbeiter*).
- Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht,** 1. Auflage, München 2006 (zitiert: *MünchKommUWG/Bearbeiter*).
- Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch,** Band 4, §§ 263-358 StGB, München 2006 (zitiert: *MünchKommStGB/Bearbeiter*).
- Mugdan, Benno (Hrsg.):** Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band I - IV, Berlin 1899 (zitiert: *Mugdan, Band*).
- Niggemeier, Stefan:** Anrufsender in der Kritik Wer warnt die Öffentlichkeit?, Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung vom 27.05.2007, S. 38 [abrufbar auch unter: <http://www.faz.net/s/Rub475F682E3FC24868A8A5276D4FB916D7/Doc~E97AD279A254D47549731349DCDADC378~ATpl~Ecommon~Scontent.html>, 30.10.2007], (zitiert: *Niggemeier, FAS*).

- Niggemeier, Stefan; Schader, Peer:** Schafft die Landesmedienanstalten ab, Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung vom 20.03.2005, S. 33, [abrufbar auch unter <http://www.faz.net/s/Rub8A25A66CA9514B9892E0074EDE4E5AFA/Doc~E2A7B123F4BE34AC18555DD9D1993A1C6~ATpl~Ecommon~Scontent.html>, Stand: 30.10.2007], (zitiert: *Niggemeier/Schader*, FAS).
- Nordemann, Axel:** Wettbewerbsrecht, Markenrecht, 10. Auflage, Baden-Baden 2004 (zitiert: *Nordemann*, Wettbewerbsrecht).
- Odenthal, Hans-Jörg:** Die Strafbarkeit der regelwidrigen Veranstaltung gewerberechtlich erlaubter Spiele, GewArch 1989, S. 222-227.
- Odenthal, Hans-Jörg:** Die Veranstaltung erlaubnisfreier Spiele, GewArch 1990, S. 165-167.
- Odenthal, Hans-Jörg:** TV-Gewinnspiele - unerlaubtes Glücksspiel?, GewArch 2002, S. 315-317.
- Odenthal, Hans-Jörg:** Erlaubnisfreie Jahrmarktspielgeräte, GewArch 2003, S. 404-406.
- Odenthal, Hans-Jörg:** Virtuelle Geldspielgeräte im Internet - Anmerkung zum Beschluss des Amtsgerichts Wiesbaden vom 09.08.2005 (GewArch 2005, 485), GewArch 2006, S. 58-60.
- Ohlmann, Wolfgang:** Lotterien, Sportwetten, der Lotteriestaatsvertrag und Gambelli - Eine Rechtszustandsanalyse, WRP 2005, S. 48-68.
- Onneken, Peter:** Abzocke im TV - Wer stoppt dubiose Gewinnspiele?, Sendungsprotokoll zum TV-Magazin „Plusminus“ (ARD) vom 08.08.2007, [abrufbar unter http://www.daserste.de/plusminus/beitrag_dyn~uid,b5qb6ljo2gso2ooj~cm.asp, Stand: 30.10.2007], (zitiert: *Onneken*, Plusminus).
- Palandt, Otto:** Bürgerliches Gesetzbuch, 67. Auflage, München 2008 (zitiert: *Palandt/Bearbeiter*).
- Pauly, Renate; Brehm, Matthias:** Aktuelle Fragen des Gewerberechts - Vollzug in Baden-Württemberg, GewArch 2003, S. 57-68.
- Pavlovic, Milan:** „Wimbledon im DSF: Rechnen Sie mit allem“, *Süddeutsche Zeitung* vom 27.06.2005, [abrufbar auch unter <http://www.sueddeutsche.de/tt5m3/sport/weitere/artikel/594/55539/>, Stand: 30.10.2007], (zitiert: *Pavlovic*, SZ).
- Petersen, Jens:** Medienrecht, 2. Auflage, München 2005.
- Pfeifer, Manfred; Fischer, Elke:** Aktuelle Fragen des Gewerberechts - Vollzug in Bayern, GewArch 2003, S. 154-160.

- Piepenbrock, Hermann-Josef; Müller, Ulf:** Zahlungsansprüche für Gespräche bei Telefonmehrwertdiensten - Am Beispiel der Unterhaltungs- insbesondere der Erotik-Mehrwertdienste, MMR-Beilage 12/1999, S.1-28.
- Pohlmann, Petra:** Gewinnspiel, Hörfunk, übertriebenes Anlocken, „Gewinnspiel im Radio“, EWiR 2003, S. 1055-1056.
- Postel, Dirk:** Zur Regulierung von öffentlichen Glücksspielen, WRP 2005, S. 833-849.
- Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich,** Amtliche Ausgabe, Band II, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1898 (zitiert: Protokolle II, BGB).
- Raitz von Frenzt, Wolfgang / Masch, Christian L.:** Glücksspiele, Sportwetten, Geschicklichkeitsspiele, Lotterien, Unterhaltungsspiel, Spielbanken, Spielhallen und Gewinnspiele in Deutschland - Eine Übersicht zur jüngsten Entwicklung des Spielrechts, ZUM 2006, S. 189-199.
- Rezec, Oliver:** Der Generatorenkonflikt, die tageszeitung vom 06.10.2007, S. 19 [abrufbar auch unter: <http://www.taz.de/digitaz/2007/10/06/a0202.1/text>, 30.10.2007], (zitiert: *Rezec*, taz).
- Robinski, Severin; Sprenger-Richter, Bernhard (Hrsg.):** Gewerberecht, 2. Auflage, München 2002 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Robinski, Gewerberecht).
- Roxin, Claus:** Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band 1, München 2006 (zitiert: *Roxin*, AT 1).
- Runke, Gunter:** Das Spiel in der Gesellschaft, Münster 2003 (zitiert: *Runkel*, Spiel).
- Sack, Rolf:** Die neue deutsche Formel des europäischen Verbraucherleitbildes, WRP 2005, S. 461.
- Sack, Rolf:** Die relevante Irreführung im Wettbewerbsrecht, WRP 2005, S. 521-529.
- Schäfer, Rainer:** Technische Grundlagen und Trends des interaktiven Fernsehens, in: zu Salm (Hrsg.), Zaubermaschine interaktives Fernsehen?, Wiesbaden 2004 (zitiert: *Schäfer*, in: zu Salm).
- Schaeffer, Klaus:** Erlaubnisfähige und andere Spiele im Sinne des § 33d Abs. 1 GewO und Glücksspiele im Sinne des § 284 StGB, GewArch 1980, S. 112-117.
- Schaf, Cornelia:** Gewinnspiele und andere aleatorische Reize in der Werbung, Hamburg 2006 (zitiert: *Schaf*, Gewinnspiele).
- Schilling, Friedhelm:** Zur Abgrenzung von Zufall und Geschicklichkeit bei „anderen Spielen“ mit Gewinnmöglichkeit (§ 33d GewO), GewArch 1995, S. 318-325.
- Schlechtriem, Peter:** Schuldrecht, Besonderer Teil, 6. Auflage, Tübingen 2003 (zitiert: *Schlechtriem*, SR BT).

- Schlösser, Jan:** Der „Bundesliga-Wettskandal“ - Aspekte einer strafrechtlichen Bewertung, NStZ 2005, S. 423-429.
- Schmidt, Frank E.:** Das Ende des staatlichen Glücksspielmonopols (?), WRP 2004, S. 576-591.
- Schmits, Volker:** „Übertriebenes Anlocken“ und psychologischer Kaufzwang durch Gewinnspiele?, NJW 2003, S. 3034-3035.
- Schoenhardt, Carl:** Alea. Über die Bestrafung des Glücksspiels im älteren römischen Recht - Eine strafrechtsgeschichtliche Studie, Stuttgart 1885 (zitiert: *Schoenhardt, Alea*).
- Schönke, Adolf; Schröder, Horst:** Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Auflage München 2006. (zitiert: Schönke/Schröder/*Bearbeiter*).
- Schönleitner, Ulrich:** Herbstsitzung 2003 des Bund-Länder-Ausschusses „Gewerbe-recht“, GewArch 2004, S. 57-58.
- Schotthöfer, Peter:** Gewinnspiele zu Werbezwecken aus zivil-, straf-, und wettbe-
werbsrechtlicher Sicht, in: Festschrift für Willhelm Nordemann, Baden-Baden
1999, S. 203-236 (zitiert: *Schotthöfer*, in: FS Nordemann).
- Schricker, Gerhard; Henning-Bodewig, Frauke:** Elemente einer Harmonisierung
des Rechts des unlauteren Wettbewerbs in der Europäischen Union, WRP 2001,
S. 1367-1407.
- Schroeder, Werner:** Teleshopping und Rundfunkfreiheit - Zur Anwendbarkeit rund-
funkrechtlicher Normen auf Teleshopping-Kanäle, ZUM 1994, S. 471-482.
- Schröder, Christof:** Tele-Shopping - Ausgewählte Rechtsprobleme bei der Durchfüh-
rung des Einkaufs per Fernsehen, Frankfurt am Main 2000 (zitiert: *Schröder, Tele-
Shopping*).
- Schröder, Thomas; Thiele, Andreas:** ‚Es ist machbar!‘ - Die Betrugsrelevanz von
Telefon-Gewinnspielen im deutschen Fernsehen, Jura 2007, S. 814-823.
- Schubert, Werner (Hrsg.):** Die Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, Recht der
Schuldverhältnisse, Teil 3, Berlin 1980 (zitiert: *Schubert, Vorentwürfe BGB*).
- Schulz, Anja:** Call In Shows mit Mehrwertdiensten – Glücksspiel im deutschen Fern-
sehen?, CR 2006, S. 164-169.
- Schuster, Fabian (Hrsg.):** Vertragshandbuch Telemedia – Vertragspraxis in Telekom-
munikations-, Multimedia- und Internetrecht, München 2001 (zitiert: *Bearbeiter*,
in: Schuster, Telemedia).
- Seelig, Ernst:** Das Gluecksspielstrafrecht, Graz 1923.
- Sensburg, Patrick Ernst:** Die Neuentdeckung der Lotterie? Grenzen der Lotterie-
pflichtigkeit bei Gewinnspielen, BB 2002, S. 126-129.

- Sergent, Fabrice:** Interaktives Fernsehen als unternehmerische Herausforderung, in: zu Salm, Zaubermaschine interaktives Fernsehen?, Wiesbaden 2004, S. 53-61 (zitiert: *Sergent*, in: zu Salm).
- Siegmund, Gerd:** Intelligente Netze – Technik, Dienste, Vermarktung, 2. Auflage, Heidelberg 2001 (zitiert: *Siegmund*, Intelligente Netze).
- Siegmund, Gerd:** Technik der Netze, 5. Auflage, Heidelberg 2002.
- Sosnitza, Olaf:** Das Koordinatensystem des Rechts des unlauteren Wettbewerbs im Spannungsfeld zwischen Europa und Deutschland, GRUR 2003, S. 739-746.
- Spindler, Gerald:** Anmerkung zu BGH, Urteil vom 22.11.2001 - III ZR 5/01 (Wertneutralität des Telefondienstvertrages, Telefonsexentscheidung), JZ 2002 , S. 408-410.
- Staudinger, J. von:** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetzen und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 657-704 (Geschäftsbesorgung), Berlin 2006 (zitiert: *Staudinger/Bearbeiter*).
- Staudinger, J. von:** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetzen und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 741-764, Berlin 2002 (zitiert: *Staudinger/Bearbeiter*).
- Steingass, Sibille; Teworte, Marie-Christine:** Stellung und Reichweite des Transparenzgebots im neuen UWG, WRP 2005, S. 676-687.
- Stogmüller, Thomas:** Fakturierung und Inkasso von Mehrwertdiensten - Eine Untersuchung der gegenwärtigen und zukünftigen Rechtslage, CR 2003, S. 251-258.
- Tettinger, Peter J.; Wank, Rolf:** Gewerbeordnung, Kommentar, 7. Auflage, München 2004 (zitiert: *Tettinger/Wank* bzw. *Tettinger/Wank*).
- Thumm, Maya:** Strafbarkeit des Anbietens von Internetglücksspielen gemäß § 284 StGB, Hamburg 2004 (zitiert: *Thumm*, Internetglücksspiel).
- Ullmann, Eike:** Das Koordinatensystem des Rechts des unlauteren Wettbewerbs im Spannungsfeld von Europa und Deutschland, GRUR 2003, S. 817-825.
- Vander, Sascha:** Mehrwertdienste - Grundlagen sowie Missbrauchsproblematik unter besonderer Berücksichtigung der Verbrauchersicht, Baden-Baden 2006, (zitiert: *Vander*, Mehrwertdienste).
- Vent, Peter:** Spielsucht als Affektregulation, Stuttgart 1999, (zitiert: *Vent*, Spielsucht).
- Vierегge, Ralf; Strothmann, York:** Preisausschreiben und Gewinnspiele als Werbemittel - Zugleich Anmerkung zur neuen Rechtsprechung, in: Festschrift für Karlheinz Quack zum 65. Geburtstag, Berlin 1991 (zitiert: *Vierегge/Strothmann*, in FS Quack).
- Volk, Anette:** Glücksspiel im Internet, München 2006 (zitiert: *Volk*, Glücksspiel).

- Vorspel-Rüter, Ulrich:** Telefonsex kostenlos? – Im Blickpunkt: Die jüngste Rechtsprechung der Instanzgerichte, K&R 1999, S. 505-510.
- Voß, Jochen:** Videobeweis bringt 9Live in Bedrängnis, Medienmagazin DWDL.de, Artikel vom 16.05.2007, [abrufbar unter: http://www.dwdl.de/article/news_10941,00.html, Stand: 30.10.2007], (zitiert: Voß, DWDL).
- Voßkuhle, Andreas:** Glücksspiel ohne Grenzen – Zur rechtlichen Zulässigkeit der grenzüberschreitenden Vermittlung von Pferderennwetten, GewArch 2001, S. 177-184.
- Wellens, Christof:** Grenzen der Rundfunkfinanzierung: Teleshopping, Zivil-öffentlich- und wettbewerbsrechtliche Probleme, Köln 1991 (zitiert: *Wellens*, Teleshopping).
- Wersdörfer, Rudolf:** Anmerkung zu BGH (JZ 1962, 450), JZ 1962, S. 451.
- Wimmer, Norbert:** Spiele ohne Grenzen? - Reformbedarf bei der Aufsicht über TV-Gewinnspiele, MMR 2007, S. 417-423.
- Witzky, Axel:** Umsatz machen mit Televoting, Funkschau 3/2004, S. 46-47, [abrufbar auch unter http://www.funkschau.de/heftarchiv/pdf/2004/03/fs_0403_s46.pdf, Stand: 30.10.2007], (zitiert, *Witsky*, Funkschau).
- Zweng, Hanspeter:** Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Werbung mit Gewinnspielen in Deutschland, Österreich, Schweiz, Frankreich und dem Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland, München 1993 (zitiert: *Zweng*, Gewinnspiele).

Die Arbeit setzt sich mit den rechtlichen Problemen auseinander, die im Zusammenhang mit der Veranstaltung von Gewinnspielen über Telefon-Mehrwertdiensternummern entstehen. Am Beispiel aktueller Erscheinungsformen des Rundfunks wird die rechtliche Einordnung des Geschäftsmodells und seiner unterschiedlichen Ausprägungen vorgenommen. Neben der zivil-, wettbewerbs- und medienrechtlichen Beurteilung werden auch gewerbe- und strafrechtliche Fragen berücksichtigt.