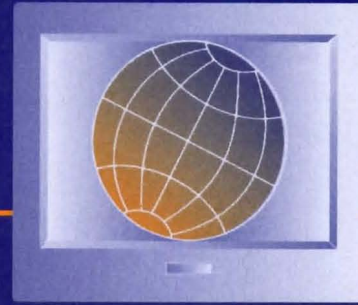


Kommunikation & Recht



Betriebs-Berater für

● Medien ● Telekommunikation ● Multimedia

7/8
K&R

Editorial: K&R online und Telemedicus.info:
Datenbank und Newsletter
Torsten Kutschke und Adrian Schneider

- 433 UWG 2008 – Auswirkungen auf den E-Commerce
Dr. Martin Schirmbacher
- 438 Die Entwicklung des Urheberrechts im Jahr 2008
Dr. Alexander R. Klett
- 444 Bewölkt oder wolkenlos – rechtliche Herausforderungen
des Cloud Computings
Dr. Fabian Niemann und Jörg-Alexander Paul
- 452 Piraten eingebuchtet?
Dr. Reinhard Gaertner und Dr. Christian Frank
- 457 50-Cent-Gewinnspiele: Im TV erlaubt, im Internet verboten?
Dr. Wulf Hambach und Susanna Münstermann
- 462 Verantwortlichkeit für Benutzerkonten im Internet
Florian Hecht
- 473 BGH: Kein Löschungsanspruch aus später entstandenem
Unternehmenskennzeichen gegen bereits registrierte Domain –
„ahd.de“
mit Kommentar von *Markus Rössel*
- 512 LG Frankfurt a. M.: Eingescannte Literatur für elektronischen
Bibliotheks-Leseplatz nicht urheberrechtswidrig
mit Kommentar von *Dr. Ole Jani*

12. Jahrgang **Juli/August 2009** Seiten 433–520

Verlag Recht und Wirtschaft · Frankfurt am Main

tion und Aufgabenstellung des als Störer in Anspruch Genommenen feststellt.

Der BGH hat eine Einschränkung der Prüfungspflichten zunächst unter Rückgriff auf das Prinzip von Treu und Glauben i. S. d. § 242 BGB vorgenommen²⁴, später durch Begrenzung der zumutbaren Prüfungspflichten. Im ambiente-Urteil hat der BGH den Umfang der Prüfungspflichten „unter Berücksichtigung der Funktion und Aufgabenstellung des als Störer in Anspruch Genommenen sowie im Hinblick auf die Eigenverantwortung des unmittelbar handelnden Dritten“ beurteilt, und zwar unter Verweis auf seine umfangreiche Rechtsprechung insbesondere auch zur begrenzten Haftung der Presse für rechtswidrige Anzeigeninhalte²⁵. Dabei wird in Bezug auf die DENIC auf die Erfüllung ihrer Aufgaben ohne Gewinnerzielungsabsicht im öffentlichen Interesse sämtlicher Internet-Nutzer hingewiesen²⁶.

Im Ergebnis grenzt das OLG Hamburg „klassische“ Provider wie die deutsche Telekom, 1&1 Internet, HanseNet etc. von dem zu beurteilenden Access-Provider zum Usenet ab und legt diesem „(erheblich) schärfere Prüfungspflichten“ auf, indem es eine Interessenabwägung vornimmt. Zu dieser Abwägung gehört die Frage, ob Nutzungshandlungen lediglich in der Öffentlichkeit ermöglicht werden oder in einem Bereich, der einer wirksamen und der Allgemeinheit zumutbaren Kontrolle weitgehend entzogen ist. Des Weiteren einbezogen wird die Qualität der unzulässigen Verwertungshandlungen, evtl. Erwerbszwecke des Anbieters und vor allem die Ankündigung und Bewerbung der Produkte und Dienstleistungen²⁷. Ähnlich der Argumentation durch das *Tingsrätt* in der Entscheidung „The Pirate Bay“ stellt das OLG Hamburg auch die gewerblichen Zwecke des zu beurteilenden Access-Providers heraus. Im Ergebnis bejaht das OLG Hamburg die Störerhaftung unabhängig von der konkreten Kenntnis von begangenen oder beabsichtigten Rechtsverletzungen Dritter und spricht ihm jegliche Erleichterungen in Bezug auf die Störerhaftung ab. Die einschränkenden Grundsätze der Störerhaftung seien im konkreten Fall ungeeignet, auf

das Verhalten des Access-Providers Anwendung zu finden, weshalb diesen von vornherein eine Pflicht zur Überprüfung der Inhalte des von ihm angebotenen Dienstes träfe, unabhängig davon, ob dies technisch unmöglich oder unzumutbar sei.

Der dargestellten Differenzierung ist in Bezug auf Angebote, die wissentlich und willentlich die Gefahr einer Rechtsverletzung herbeiführen, zu folgen. Sie führt dazu, dass Angebote wie das von „The Pirate Bay“ eben nicht mit dem von der Rechtsordnung gebilligten Geschäftsmodell „klassischer“ Suchmaschinen vergleichbar ist. „The Pirate Bay“ bietet fast ausschließlich Torrent-Dateien an, die auf rechtswidrige Inhalte verweisen. Auch die weiteren Umstände der Fälle „The Pirate Bay“ einerseits und Alphaload andererseits (Kenntnis der Rechtswidrigkeit, Vermarktung der Webseite, provokantes Negieren und Lächerlichmachen der Auffassung der Rechteinhaber auf der Webseite) sind vergleichbar. Da somit wissentlich und willentlich ein Tracker angeboten wird, der bei Nutzung in aller Regel zu Rechtsverletzungen führt, ist für die Anwendung einschränkender Grundsätze der Störerhaftung kein Raum. Dass im Falle der Entscheidung des OLG Hamburg die gewerblichen Zwecke im Vordergrund standen, während „The Pirate Bay“ in engem Zusammenhang mit Anti-Copyright-Organisationen sowie der Piratenpartei stehen, die ein freies Kopieren und eine freie Nutzung fordern, ändert an der bestehenden Rechtslage nichts. Eine inzwischen fast schon politische Aussage...

24 BGH, Urt. v. 29. 5. 1964 – Ib ZR 4/63 – Personalausweise; BGH, Urt. v. 9. 6. 1983 – I ZR 70/81, GRUR 1984, 54 – Kopierläden.

25 BGH, Urt. v. 17. 5. 2001 – I ZR 251/99, K&R 2001, 588 ff. = GRUR 2001, 1038 ff., 1040 f. – ambiente.de.

26 Zur weiteren Analyse der Rechtsprechung des BGH in Bezug auf die Berücksichtigung der Funktion und Aufgabenstellung des als Störer in Anspruch genommenen wird auf *Leistner*, GRUR 2006, 801 ff. sowie die Entscheidungsgründe des OLG Hamburg, Urt. v. 28. 1. 2009 – 5 U 225/07 – Alphaload, verwiesen.

27 Vgl. hierzu insbesondere OLG Hamburg, K&R 2006, 225 ff. – Cyber-sky.

RA Dr. Wulf Hambach und RAin Susanna Münstermann, München*

50-Cent-Gewinnspiele: Im TV erlaubt, im Internet verboten?

Zugleich Kommentar zu LG Köln, Urteil vom 7. 4. 2009 – 33 O 45/09

Im Jahr 2004 führten Albert/Müller aus, dass sich TV-Gewinnspiele nicht nur tatsächlich etabliert haben, sondern auch rechtlich der Vorwurf des illegalen Glücksspiels nicht haltbar sei.¹ Kaum ein Fernsehsender verzichtet auf diese neue Einnahmequelle. Nach den internen Anwendungs- und Auslegungsregeln der Landesmedienanstalten für die Aufsicht über Fernseh-Gewinnspiele aus dem Jahr 2005, die einen einheitlichen Aufsichtsmaßstab gewährleisten sollten, wurde zum 1. 9. 2008 eine ausdrückliche Regelung in § 8 a Rundfunkstaatsvertrag (RStV) erreicht.²

Nun scheint sich die Diskussion um die Zulässigkeit von vergleichbaren Gewinnspielen im Internet (z. B. rtv.de, di-

* Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. VIII.

1 Albert/Müller, MMR 2004, Heft 12, V.

2 Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien (Rundfunkstaatsvertrag – RStV-) vom 31. 8. 1991, geändert durch Art. 1 des Zehnten Staatsvertrages zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge vom 19. 12. 2007 (vgl. GBl. v. 18. 6. 2008). Mittlerweile in der Fassung von Art. 1 des Zwölften Staatsvertrages zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge vom 18. 12. 2008 (vgl. GBl. v. 27. 3. 2009), in Kraft getreten am 1. 6. 2009.

gibet.tv, swoopoo.de) nahtlos anzuschließen. Das LG Köln³ setzte sich aktuell mit einer Online-Tombola auseinander und stufte das Angebot als illegales Glücksspiel ein. Zur Teilnahme an der Sachpreis-Verlosung mussten 50 Cent pro Los gezahlt werden. Das Gericht hätte sich mit der Abgrenzung zwischen einem Gewinnspiel nach §§ 8 a, 58 Abs. 3 RStV und einem Glücksspiel nach § 3 Abs. 1 Glücksspielstaatsvertrag (GlüStV)⁴ befassen müssen, was es jedoch versäumte. Notwendig zur Definition des Glücksspielbegriffs wäre dabei eine Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung zu § 284 StGB gewesen. Dies soll im Folgenden nachgeholt werden. Der erste Abschnitt (I) befasst sich mit der Neuregelung des § 8 a RStV und stellt kurz dessen Bedeutung und Regelungsgehalt für Internetgewinnspiele dar. Im Anschluss hieran wird eingehend der Glücksspielbegriff mit Blick auf das Erfordernis des nicht ganz unbeträchtlichen Einsatzes anhand der bisherigen Rechtsprechung zu § 284 StGB erläutert (II). Weshalb diese Leitlinien auch für den Glücksspielbegriff des GlüStV gelten, wird abschließend im dritten und letzten Abschnitt (III) dargelegt.

I. Neuregelung zu Gewinnspielen im Internet – §§ 8 a, 58 Abs. 3 RStV

1. Anwendungsbereich des § 8 a RStV – vergleichbare Telemedien

Das LG Köln ging in seiner Entscheidung vom 7. 4. 2009 von einem Glücksspiel aus und ließ offen, ob das streitgegenständliche Internetangebot grundsätzlich von § 8 a RStV erfasst werden könnte. Für die Online-Tombola wäre der Anwendungsbereich aus den folgenden Gründen eröffnet gewesen: § 8 a RStV bestimmt, dass Gewinnspiele mit einem Teilnahmeentgelt bis zu 50 Cent zulässig sind.⁵ Zwar gilt der Rundfunkstaatsvertrag in erster Linie für die Veranstaltung und Verbreitung von Rundfunk und nur teilweise auch für Telemedien. Gemäß § 58 Abs. 3 RStV⁶ (ursprünglich § 58 Abs. 4 RStV) ist jedoch § 8 a RStV auf Gewinnspiele in „vergleichbaren Telemedien“ entsprechend anzuwenden. Das Gesetz definiert in § 58 Abs. 3 RStV vergleichbare Telemedien als solche, die an die Allgemeinheit gerichtet sind. Weitere Anhaltspunkte zur Auslegung dieses Begriffs bietet auch die Gesetzesbegründung nicht. Da sich nahezu alle Telemedien an die Allgemeinheit richten, ist folglich richtigerweise anzunehmen, dass damit alle praktisch relevanten Fälle von Gewinnspielen in Telemedien erfasst werden.⁷ Mit einem weiten Anwendungsbereich wird zudem dem Interesse entsprochen, eine einheitliche Regelung zu schaffen und vergleichbare Angebote in Telemedien und Rundfunk vergleichbar zu regeln.

2. Anwendungsbereich des § 8 a RStV – Gewinnspiele

Der Begriff des Gewinnspiels wurde nicht durch den RStV noch sonst durch Parlamentsgesetz definiert. Die Landesmedienanstalten – ermächtigt zum Erlass einer Satzung zu § 8 a RStV nach § 46 RStV – bestimmten in § 2 Nr. 1 der Satzung über Gewinnspiele und Gewinnspielsendungen vom 23. 2. 2009 (im Folgenden: die Satzung)⁸, dass „ein Gewinnspiel ein Bestandteil eines Rundfunkprogramms oder eines Telemedienangebotes (ist), der den Nutzerinnen und Nutzern im Falle der Teilnahme die Möglichkeit auf den Erhalt eines Vermögenswertes, insbesondere in Form von Geld, Waren oder Dienstleistungen, bietet.“

Damit wird der Gewinnspielbegriff sehr weit gefasst. Eine Abgrenzung zu Glücksspielen bleibt zwar notwendig, denn die Gesetzgeber wollten damit keinesfalls in die Regelungen des Glücksspielstaatsvertrages eingreifen⁹, jedoch hätte das LG Köln, wie die nachstehenden Überlegungen zeigen, wohl zu einem anderen Ergebnis kommen müssen.

3. Inhaltliche Vorgaben aus § 8 a RStV und der Satzung der Landesmedienanstalten

Die gesetzliche Regelung des § 8 a RStV trifft die Feststellung, dass Gewinnspielsendungen und Gewinnspiele zulässig sind, wobei für die Teilnahme maximal 50 Cent verlangt werden darf. Gleichzeitig zielt die Norm auf eine Verbesserung des Teilnehmerschutzes ab und bestimmt die Leitlinien des Transparenzgebots, Teilnehmer- und Jugendschutzes sowie das Verbot der Irreführung. Insbesondere ist über die Kosten der Teilnahme, die Teilnahmeberechtigung, die Spielgestaltung sowie über die Auflösung der gestellten Aufgabe zu informieren. Diese gesetzlichen Vorgaben werden durch die Satzung der Landesmedienanstalten konkreter gefasst.

4. Die 50-Cent-Grenze und die Mehrfachteilnahme

Zwar kosteten die Lose in der durch das LG Köln angebotenen Online-Tombola nur 50 Cent, doch vertrat das Gericht die Auffassung, dass das Spiel als Glücksspiel zu werten sei, da es dem Spieler ohne weiteres möglich sei, mehrere Lose zu erwerben, ja der Spieler würde geradezu zur Mehrfachteilnahme animiert. Diese Entscheidung zeigt deutlich, dass es wünschenswert gewesen wäre, wenn die Gesetzgeber auch zur bereits bekannten Problematik der Mehrfachteilnahme eine Regelung getroffen hätten. Der Wortlaut des § 8 a RStV bestimmt lediglich, dass für die Teilnahme nur ein Entgelt bis zu 50 Cent verlangt werden darf. In der Satzung hingegen wird die Möglichkeit der Mehrfachteilnahme angesprochen. Nach § 8 der Satzung soll der Spielteilnehmer vor übermäßiger Teilnahme geschützt werden. So darf nicht zur wiederholten Teilnahme aufgefordert werden (§ 8 Abs. 1), kein besonderer Anreiz zur Mehrfachteilnahme gesetzt werden (z. B. durch einen Vergleich zwischen Entgelt und Gewinnsumme) und keine Vergünstigungen für Mehrfachteilnahmen gewährt werden. Aus dieser Regelung geht jedoch kein absolutes Verbot der Mehrfachteilnahme hervor, vielmehr wird der Gewinnspielanbieter nur dazu verpflichtet, keine Anreize für die wiederholte Teilnahme zu setzen, um Schäden durch übermäßige Teilnahme von den Spielteilnehmern abzuwenden. Bei einem Verstoß droht ein Ordnungsgeld bis zu 500 000 € nach § 13 Nr. 7 der Satzung.

3 LG Köln, Urt. v. 7. 4. 2009 – 33 O 45/09, die Entscheidung ist im Internet abrufbar unter http://www.justiz.nrw.de/nrwe/lgs/koeln/ig_koeln/j2009/33_O_45_09urteil20090407.html (Stand: 22. 6. 2009).

4 Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland, Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Hessen, Teil I, 20. 12. 2007, S. 841.

5 Mit dem 10. Rundfunkänderungsstaatsvertrag wurde § 8 a in den Rundfunkstaatsvertrag aufgenommen und trat am 1. 9. 2008 in Kraft.

6 Durch den Zwölften Rundfunkänderungsstaatsvertrag wurde § 58 Abs. 2 gestrichen und aus den Absätzen 3 und 4 wurden die Absätze 2 und 3.

7 Liesching, Gewinnspiele im Rundfunk und Telemedien, Gutachten 2008, S. 121; Bolay, K&R 2009, Heft 2, S. 91 ff., 96.

8 Satzung der Landesmedienanstalten über Gewinnspiele und Gewinnspielsendungen vom 23. 2. 2009, abrufbar unter www.alm.de (Stand: 22. 6. 2009).

9 Begründung zum Zehnten Staatsvertrag zur Änderung der rundfunkrechtlichen Staatsverträge (Zehnter Rundfunkänderungsstaatsvertrag), S. 4.

Das LG Köln warf dem Tombola-Anbieter zwar vor, dass das Spiel geradezu darauf angelegt sei, den Mitspieler zu animieren, mehr als ein Los zu erwerben, jedoch war dies allein nicht ausschlaggebend für die Einstufung des Angebots als Glücksspiel. Das Gericht beanstandete zudem, dass die Höhe des tatsächlich gezahlten Entgelts für die Teilnahme in das Ermessen des Spielteilnehmers gestellt sei, da er eine beliebige Anzahl an Losen erwerben könne. Dabei bezöge sich die Teilnahme im konkreten Fall nach dem angebotenen Spielverlauf aus Sicht der angesprochenen Verkehrskreise zumindest auf die Auspielung eines der ausgelobten Sachgewinne. Für das Gericht war damit ausschlaggebend, dass die Spieleinsätze kumuliert werden, also bis zu einer Entscheidung über Gewinn und Verlust mehr als 50 Cent ausgegeben werden können. Dies wird auch aus der geäußerten Befürchtung des Gerichts deutlich, dass bei anderer Auslegung „künftig jedes beliebige Glücksspiel ohne Erlaubnis und auch im Internet veranstaltet werden (können), sofern nur der jeweilige Grundeinsatz auf 0,50 € beschränkt und jede schrittweise Erhöhung der Gewinnchance durch einen weiteren Einsatz von jeweils 0,50 € möglich sei.“

Diese Argumentation sowie das Fehlen einer intensiven Auseinandersetzung mit Wortlaut, Satzungsinhalt, Rechtsprechung und Literatur erwecken den Eindruck, dass das Gericht in erster Linie mit Blick auf das gewünschte Ergebnis urteilte. Wie oben erläutert, kennen weder RStV noch Satzung ein Verbot der Mehrfachteilnahme. Die Argumentation des LG Köln, dass die Beschränkung auf 50 Cent „für die Teilnahme“ bedeute, dass ein generelles Verbot der Mehrfachteilnahme (zumindest bis zur Auspielung) eingeführt wurde, lässt sich dem Wortlaut nicht entnehmen, findet keinen Rückhalt in der Gesetzesbegründung und widerspricht der Satzung. Ferner hätte das LG Köln berücksichtigen müssen, dass weder die Aufforderung zur Mehrfachteilnahme noch der wiederholte Einsatz von 50 Cent oder die Forderung eines höheren Einsatzes das Gewinnspielangebot automatisch in ein Glücksspielangebot verwandeln. Ein Verstoß gegen die Vorgaben des § 8 a RStV und der Satzung ziehen „lediglich“ ein Bußgeld gemäß § 13 der Satzung nach sich. Die Entscheidung, ob der Verstoß dazu führt, dass das Angebot als Glücksspiel im Sinne von § 284 StGB und § 3 Abs. 1 GlüStV¹⁰ einzustufen ist, verlangt hingegen eine Auseinandersetzung mit der bisherigen Rechtsprechung und Literatur zum Glücksspielbegriff des § 284 StGB, die im Folgenden nachzuholen ist.

II. Glücksspiel im Sinne des § 284 StGB

Nach § 284 Abs. 1 StGB macht sich derjenige, der ein behördlich nicht erlaubtes Glücksspiel veranstaltet, strafbar. Um ein Glücksspiel handelt es sich dann, wenn die Entscheidung über Gewinn und Verlust nicht wesentlich von den Fähigkeiten und Kenntnissen und vom Grad der Aufmerksamkeit der Spieler bestimmt wird, sondern allein oder hauptsächlich vom Zufall.¹¹ Weiterhin muss der vereinbarte Gewinn einen nicht ganz unbedeutenden Vermögenswert darstellen und der Spieler durch seinen Einsatz ein nicht ganz unbedeutendes Vermögensopfer erbringen, um an der Gewinnchance teilzuhaben.¹² Demnach ist es für die Abgrenzung vom strafbaren Glücksspiel zum straflosen Gewinnspiel von Bedeutung, ob der durch den Spielteilnehmer geleistete Einsatz ein „nicht ganz unbedeutendes“ Vermögensopfer darstellt.

1. Entwicklung des Einsatzbegriffes

Der Begriff des Glücksspiels wurde gesetzlich nicht definiert, so dass das Tatbestandsmerkmal des nicht unerheblichen Einsatzes erst durch die Rechtsprechung herausgearbeitet werden musste.¹³ Bereits das Reichsgericht sah diejenigen Spiele als harmlose gesellige Unterhaltung an, bei denen dem Einsatz nach gesellschaftlicher Anschauung die Bedeutung eines Vermögenswertes abgesprochen werde.¹⁴ Der BGH hat in einer späteren Entscheidung den Begriff des Einsatzes wie folgt definiert: „Ein Einsatz stellt jede Leistung dar, die erbracht wird in der Hoffnung, im Falle des „Gewinnens“ eine gleiche oder höherwertige Leistung zu erhalten und in der Befürchtung, dass sie im Falle des „Verlierens“ dem Gegenspieler oder dem Veranstalter anheim fällt. Allerdings muss es sich dabei wegen der notwendigen Abgrenzung zum bloßen Unterhaltungsspiel um einen Einsatz handeln, der nicht ganz unbedeutend ist (v. Bubnoff in LK, 10. Aufl. § 284 Rn. 6f.; Samson a. a. O.).“¹⁵ Nach der herrschenden Ansicht in Literatur und Rechtsprechung zum Glücksspielbegriff ist damit ein „nicht ganz unbedeutender Einsatz“ ein entscheidendes Kriterium für die Abgrenzung zum bloßen Unterhaltungsspiel.¹⁶ Da das Glücksspielverbot den Spielteilnehmer vor Vermögensverlusten schützen soll, ist der erhebliche Einsatz richtigerweise notwendiges Tatbestandsmerkmal.¹⁷

2. Erheblichkeitsgrenze

Die Erheblichkeitsgrenze wurde von der Rechtsprechung nicht präzise bestimmt. Teilweise wird von absoluten Grenzen, wie z. B. 49 Cent pro Teilnahme, ausgegangen¹⁸, teilweise werden aber auch relative Grenzen, wie z. B. das durchschnittliche Einkommen eines Arbeiters pro gespielter Zeiteinheit oder die Kosten einer Unterhaltungsveranstaltung in der gleichen Zeit, angesetzt¹⁹. Bei Bestimmung des absoluten Maßstabs wird oftmals ein äußerst niedriger Betrag angesetzt, über dessen genaue Summe jedoch keine Einigkeit herrscht.²⁰ Die untere Grenze bilden hierbei die Ausgaben für Telefonkosten und Portogebühren.²¹ In der Literatur wird jedoch vermehrt die Auffassung vertreten, dass Portokosten kein Maßstab für einen unerheblichen Vermögenswert sein können, da diese nicht dem Veranstalter, sondern einem Dritten zufließen.²² Vielmehr seien bei Mehrwertdiensten folgerichtig nicht die gesamt-

10 Zur Einheitlichen Auslegung des Glücksspielbegriffs siehe unten, III.

11 BGH Urt. v. 18. 4. 1952 – 1 StR 739/51, BGHSt 2, 274, 276.

12 BGH, Beschl. v. 29. 9. 1986 – 4 StR 148/86, BGHSt 34, 171 ff., 176.

13 Vgl. Schaeffer, GewArch 1980, 112 ff.

14 RG, Urt. v. 28. 2. 1882, RGSt 6, 70, 74; RG, Urt. v. 4. 3. 1921, RGSt 55, 270, 271.

15 BGH, Beschl. v. 29. 9. 1986 – 4 StR 148/86, BGHSt 34, 171 ff., 176.

16 Eser/Heine, in: Schönke/Schröder, StGB Kommentar, 77. Aufl. 2006, § 284 Rn. 5; Fischer, StGB Kommentar, 56. Aufl. 2009, § 284 Rn. 3 ff., a. A. VG Wiesbaden, Urt. v. 20. 3. 2007 – 5 E 1713/05 – zitiert nach juris.

17 Odenthal, GewArch 2002, 315, 316.

18 OLG München v. 22. 12. 2005 – 6 W 2181/05, MMR 2006, 225, 226.

19 OLG Köln, Urt. v. 19. 2. 1957 – Ss 417/56, NJW 1957, 721 f.

20 Fischer, StGB Kommentar (Fn. 16), § 284 Rn. 5, Einstellung der STA München I v. 21. 4. 2004 – 124 Js 12258/03.: Portokosten und Telefonkosten; OLG Hamm, JMBI NW 1957, 251, ein Einsatz von 1,00 DM pro Spiel wurde als beträchtlich angesehen, hieran anknüpfend unter Berücksichtigung der Inflationsrate, der Lebenshaltungskosten sowie des insgesamt gestiegenen Lebensstandards halten Eichmann/Sörup (MMR 2002, 142) einen Betrag von 2,50 € als vertretbar, während Kleinschmidt (Gewinnspiele in Deutschland und der Europäischen Union, S. 22) einen Betrag in Höhe von 1,89 € errechnet; OLG Düsseldorf, Urt. v. 23. 9. 2003 – I-20 U 39/03 – zitiert nach juris, die Kosten einer Servicetelefonnummer in Höhe von 3,60 DM/Minute sind beträchtlich.

21 LG München, Beschl. v. 28. 7. 2005 – 17 HK O 13392/05; OLG München; Beschl. v. 22. 12. 2005 – 6 W 2181/05.

22 Kleinschmidt (Fn. 20), S. 22; Gabriel/Barth, VuR 2006, 301 ff., 302.

ten Telefonkosten als Spieleinsatz zu werten, sondern nur der Teil des Geldbetrages, der dem Gewinnspielveranstalter zufällt.²³

Bereits im Jahr 1957 suchte das OLG Köln nach einem flexibleren Maßstab. Es prüfte, ob das Aufstellen eines Spielautomaten mit einem Einsatz von 0,10 DM pro Spiel unter den Tatbestand des § 284 StGB fällt und lehnte dies mit der Argumentation ab „*dass man an solchen Geräten mit 10-Pfennig-Einsatz, (...), selbst wenn man eine volle Stunde spielt, auf Grund der automatisch entfallenden Gewinne nicht mehr verlieren kann, als ein Arbeiter in einer Stunde verdient.*“²⁴ Der mögliche Verlust bewegt sich also vergleichsweise in dem Rahmen, den jedermann aufbringen muss, wenn er eine unterhaltende Veranstaltung besucht, bei der ein Eintrittsgeld oder ein Verzehr erforderlich wird.“ Mit dieser Beurteilung stimmt das AG Wiesbaden überein, welches bei Kosten in Höhe von 20 Cent ebenfalls eine Strafbarkeit ausschloss.²⁵ Ebenfalls im Schrifttum wird vermehrt die Meinung vertreten, dass Spiele, bei denen eindeutig der Unterhaltungscharakter im Vordergrund steht und der Aufwand der Teilnehmer nicht größer ist als für andere Unterhaltungen (Preis einer Kinokarte), nicht dem Anwendungsbereich des § 284 StGB unterfallen.²⁶

Dem ist zuzustimmen, da die Bestimmung der 50-Cent-Grenze in Anlehnung an das Postkartenporto für die typische Gewinnspielteilnahme wohl eher aus Gründen der Praktikabilität gezogen wurde. Richtigerweise wird jedoch dann kein Glücksspiel im Sinne des § 284 StGB vorliegen, wenn zwar der Betrag von 50 Cent überschritten wird, jedoch bei Gesamtbetrachtung des Angebots der Unterhaltungszweck des Spiels im Vordergrund steht und eine Vermögensgefährdung des Teilnehmers ausgeschlossen werden kann.

3. Berücksichtigung der Mehrfachteilnahme

Bei TV-Gewinnspielen geht die Rechtsprechung zur Frage der Mehrfachteilnahme mehrheitlich davon aus, dass auch bei mehrfachen Anrufen ein strafloses Gewinnspiel vorliegt.²⁷ Dieser Auffassung stimmt das LG Freiburg zu, da der „*Sender selbst (...) keinen unmittelbaren Einfluss darauf*“ habe, „*wie oft ein Teilnehmer die eingeblendete Nummer wählt. Der Spieleinsatz selbst wird insgesamt durch das Verhalten des Anrufers bestimmt und ist für den einzelnen Anruf unerheblich. Zudem erhält der Teilnehmer mit jedem Anruf eine neue Chance gegen das im Einzelfall geringe Entgelt.*“²⁸ Mit gleicher Begründung stellte auch die Staatsanwaltschaft München I das Verfahren gegen 9Live ein. Das LG München ließ diese Frage offen, bemerkte jedoch, dass eine Mehrfachteilnahme im Falle von werbenden Aufforderungen möglicherweise dazu führt, dass „*sich der Betrag zu einem Betrag oberhalb der Erheblichkeitsschwelle summieren*“ könnte.²⁹

Das AG Wiesbaden setzte sich hingegen mit der Frage der Mehrfachteilnahme bei einer Entscheidung über die Eröffnung eines Hauptverfahrens gegen eine Internet-Spielothek auseinander und vertrat die Auffassung, dass auch bei Berücksichtigung der äußerst wahrscheinlichen Mehrfachteilnahme, kein Glücksspiel vorliegt.³⁰ Das Gericht zieht eine Parallele zu den ebenfalls zulässigen Offline-Spielautomaten und den in der Spielverordnung festgesetzten Schwellenwerten. Da der Gesetzgeber auch bei diesen Spielen hinnehme, dass sich die Verluste eines Spielers summieren könnten, sei dies in die Bewertung der

Online-Spiele einzustellen. Wenn folglich die Online-Spiele ähnliche Schwellenwerte erfüllten, könne dies nicht zu einer anderen Bewertung führen.

Richtigerweise ist bei Beurteilung der Mehrfachteilnahme zu berücksichtigen, dass einerseits der mündige Verbraucher mit jedem Anruf erneut eine autonome Willensentscheidung trifft, die dem Veranstalter nicht nachteilig zugerechnet werden kann³¹ und andererseits die Spielleidenenschaft nicht ausgebeutet werden darf, unabhängig davon, ob viele kleine Einzelbeträge hintereinander oder gleichzeitig gesetzt werden.³²

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass die Auseinandersetzung um die Zulässigkeit der Mehrfachteilnahme nur den eigentlichen Streit über den „nicht ganz unbeträchtlichen Einsatz“ fortsetzt und daher das oben gefundene Ergebnis auch zur Lösung dieser Problematik genutzt werden kann. Weder durch den einmaligen Einsatz noch durch die Mehrfachteilnahme darf das Vermögen der Spielteilnehmer gefährdet werden. Bei einem einmaligen Einsatz von 50 Cent liegt auch nach dem absoluten Maßstab keine Vermögensgefährdung vor. Doch kann die vermeintliche Praktikabilität für Rechtsprechung und Verwaltung eine starre Grenze nicht rechtfertigen, da sie für den Rechtsanwender nicht ersichtlich ist und Spielformen unter Strafe gestellt würden, die mangels Vermögensgefährdung nicht in den Anwendungsbereich des § 284 StGB gehören. Vielmehr sollte entscheidend sein, ob durch das angebotene Spiel eine tatsächliche Vermögensgefährdung eintreten kann. Dies gilt auch bei Beurteilung der Mehrfachteilnahme.

In die Gesamtbetrachtung muss ebenfalls einbezogen werden, inwieweit der Anbieter die Teilnehmer tatsächlich zu überhöhten Ausgaben anstachelt und inwieweit der Teilnehmer eigenverantwortlich handelt. Ferner sind der Unterhaltungscharakter der Spiele, Kontrollmöglichkeiten des Teilnehmers sowie mögliche Maßnahmen des Veranstalters zum Schutz der Teilnehmer zu bewerten.

Das LG Köln hätte sich daher damit auseinandersetzen müssen, ob zu befürchten ist, dass der Teilnehmer der Online-Tombola durch wiederholten Erwerb der Lose sein Vermögen verspielt. Auch wenn ein Spielteilnehmer für

23 *Liesching* (Fn. 7), S. 41 f.

24 OLG Köln, Urt. v. 19. 2. 1957 – Ss 417/56, NJW 1957, 721.

25 AG Wiesbaden, Beschl. v. 9. 8. 2005, GewArch 2005, 485 ff.; a. A. OVG Magdeburg, Beschl. v. 29. 8. 2005 – 1 M 297/04 – zitiert nach juris.

26 *Odenthal*, GewArch 2002, 315, mit weiteren Nachweisen; *Wohlers*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar StGB, Band 2, 2. Aufl. 2005, § 284 Rn. 12; *Groeschke/Hohmann*, in: Hefendehl/Hohmann (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 4, 2006, § 284 Rn. 8; a. A. etwa *Hoyer*, in: Rudolphi/Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 6. Aufl. 1999, § 284 Rn. 6, der generell, orientiert an § 142 StGB, auf 40,- DM? abstellen möchte.

27 LG Freiburg v. 12. 5. 2005 – 3 S 308/04; OLG München v. 22. 12. 2005 – 6 W 2181 – zitiert nach juris; Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft vom 21. 4. 2004 – Js 12258/03; a. A. OLG Düsseldorf, Urt. v. 23. 9. 2003 – I-20 U 39/03, wobei der Teilnehmer in diesem Fall dazu angereizt wurde, sich an die Gewinnzahl „heranzutelefonieren“.

28 LG Freiburg, Urt. v. 12. 5. 2005 – 3 S 308/04, zitiert nach juris.

29 LG München, Beschl. v. 28. 7. 2005 – 17 HK O 13392/05.

30 AG Wiesbaden, Beschl. v. 9. 8. 2005, GewArch 2005, 485 ff.; dem wird entgegeng gehalten, dass die Schwellenwerte der Gewerbeordnung zu hoch seien und es sich bei den durch die Gewerbeordnung geregelten Spielen nach § 33 c GewO gerade um zulassungsbeschränkte Glücksspiele und keine Gewinnspiele handelt; *Odenthal*, GewArch 2006, 58 mit weiteren Nachweisen; OVG Magdeburg, Beschl. v. 29. 8. 2005 – 1 M 297/04; *Liesching* (Fn. 7), S. 51 f. mit Verweis auf *Marcks*, in: Landmann/Rohmer, GewO – Kommentar, Stand 2007, § 33 c Rn. 4.

31 *Albert/Müller*, MMR 2004, Heft 12, V; *Eichmann/Sörup*, MMR 2002, 142, 145.

32 *Liesching* (Fn. 7), S. 41 f.

dieselbe Ausspielung Lose im Wert von 10 € erwerben sollte, so stellt dies noch keine Vermögensgefährdung dar. Bei Ausspielung der Sachpreise im streitgegenständlichen Angebot erscheint eine Vermögensgefährdung unwahrscheinlich, da diese Spielform die Teilnehmer zwar dazu anreizen wird, ihr „Glück“ zu versuchen, um einen gewünschten Gegenstand günstig zu erhalten, jedoch jeder Teilnehmer nur Interesse an einzelnen Angeboten haben wird und keinesfalls mehr als den Kaufpreis für den Erwerb der Lose ausgeben wird. Ob das Angebot dennoch zu einer Vermögensgefährdung führen kann, hätte unter Berücksichtigung des Kundenverhaltens sowie der oben genannten Kriterien erörtert werden müssen.

III. Einheitliche Auslegung des Glücksspielbegriffs

Das LG Köln konnte auch bei Prüfung des Glücksspielbegriffs aus GlüStV zu keiner anderen Entscheidung kommen. Der Begriff des Glücksspiels wird in § 3 Abs. 1 S. 1 GlüStV legal definiert. Danach liegt ein Glücksspiel vor, wenn im Rahmen eines Spiels für den Erwerb einer Gewinnchance ein Entgelt verlangt wird und die Entscheidung über den Gewinn ganz oder überwiegend vom Zufall abhängt. Der Wortlaut der Definition ist nahezu identisch mit dem der Definition der Rechtsprechung zum Glücksspielbegriff in § 284 StGB.³³ Einziger Unterschied ist, dass in § 3 Abs. 1 S. 1 GlüStV anstelle des Einsatzes pauschal von einem Entgelt gesprochen wird. Die Entstehungsgeschichte, die bei einem derart jungen Gesetz von großer Bedeutung ist, gibt keinerlei Anhaltspunkt dafür, dass die unterschiedliche Wortwahl zu einer unterschiedlichen Auslegung der Begriffe führen sollte. In der Gesetzesbegründung wird an anderer Stelle auf eine Abweichung von den Vorschriften des Strafrechts ausdrücklich hingewiesen, nämlich für das öffentliche Veranstalten von Lotterien und Ausspielungen nach § 3 Abs. 2 GlüStV.³⁴ Eine solche ausdrückliche Äußerung des Abweichungswillens fehlt aber für den ersten Absatz derselben Vorschrift, die Definition des Glücksspielbegriffs in § 3 Abs. 1 S. 1 GlüStV.

Eine unterschiedliche Auslegung der Begriffe „Entgelt“ und „Einsatz“ und damit des Glücksspielbegriffs in § 284 StGB und § 3 Abs. 1 S. 1 GlüStV widerspräche zudem der Gesetzessystematik. Das OVG Berlin-Brandenburg³⁵ weist richtigerweise darauf hin, dass der Glücksspielbegriff in einer verwaltungsakzessorischen, auf das Fehlen einer behördlichen Erlaubnis abstellenden Norm verwendet wird.

Bereits vor diesem Hintergrund kann nicht angenommen werden, dass die Landesgesetzgeber insoweit den Willen verfolgt hätten, die Erlaubnispflicht weiter auszudehnen, als sie der Bundesgesetzgeber strafrechtlich voraussetzt. Ferner würde die von § 33 h Nr. 3 Gewerbeordnung (GewO) bezweckte Trennung zwischen dem gewerblichen Spielrecht (§§ 33 c bis 33 g GewO) und dem Glücksspielrecht aufgeweicht. Aufgrund der unterschiedlichen Regelungsbereiche und Kompetenzen von GewO als Bundesrecht und GlüStV und seinen Ausführungsgesetzen als Landesrecht, muss gewährleistet sein, dass derselbe Lebenssachverhalt nicht gleichzeitig von beiden Gesetzen erfasst wird.

Würde man einen unbeträchtlichen Einsatz als Entgelt im Sinne von § 3 Abs. 1 S. 1 GlüStV, aber nicht zugleich als Einsatz im Sinne von § 284 StGB qualifizieren, so ergä-

ben sich die Genehmigungsvoraussetzungen, die Untersagungsmächtigungen und die behördlichen Zuständigkeiten für den gleichen Lebenssachverhalt sowohl aus der GewO als auch aus dem Landesglücksspielrecht (GlüStV und Ausführungsgesetze). Diese Folge war von den Ländern bei Abschluss des GlüStV nicht gewollt.³⁶

Auch die Erläuterungen zum GlüStV (Drucks. 15/1454 des Landtags R-P, S. 31) lassen erkennen, dass sich die Bundesländer an einer Regelung über das gewerbliche Spiel in Spielhallen im GlüStV durch die abschließende Normierung des Bundes in der GewO und SpielV gehindert sahen. Nach Auffassung der Bundesländer umfasst die ihnen in der Föderalismusreform übertragene Zuständigkeit nicht das gewerbliche Spielrecht der §§ 33 c bis 33 g GewO.³⁷ Eine einheitliche Auslegung des Glücksspielbegriffs in § 284 StGB und § 3 Abs. 1 S. 1 GlüStV ist daher erforderlich, um Überschneidungen und Kompetenzkonflikte zu verhindern.³⁸

IV. Ergebnis

Das LG Köln sieht die TV-Gewinnspiele in einer Grauzone des noch Zulässigen und befürchtet, dass unter dem Schleier der 50-Cent-Grenze jedes beliebige Glücksspiel im Internet veranstaltet werden könne.

Es verkennt dabei, dass weder § 8 a RStV noch die Satzung eine Mehrfachteilnahme verbieten. Der Anbieter muss jedoch bei Anreizung zur Mehrfachteilnahme oder Nichteinhaltung der 50-Cent-Grenze mit einem Bußgeld nach § 13 der Satzung rechnen. Ein Verstoß gegen diese Vorgaben führt jedoch keineswegs automatisch zu einer Strafbarkeit nach § 284 StGB oder zu einem Verstoß gegen § 4 Abs. 1, Abs. 4 GlüStV.

Vielmehr verlangt der einheitlich auszulegende Glücksspielbegriff des § 284 StGB und § 3 Abs. 1 GlüStV, dass ein „nicht ganz unbeträchtlicher“ Einsatz gefordert wird. Der Einsatz wird jedoch keinesfalls bei Überschreiten der starren 50-Cent-Grenze beträchtlich. Es erfordert eine Gesamtbetrachtung des Angebots, um beurteilen zu können, ob durch das konkrete Spiel mit einer Vermögensgefährdung der Teilnehmer zu rechnen ist oder ob der Unterhaltungscharakter des Spiels im Vordergrund steht. Dabei wird nicht zwischen Angeboten im TV oder im Internet unterschieden. Kommt die Prüfung zu dem Ergebnis, dass ein erlaubtes 50-Cent-Gewinnspiel vorliegt, so ist es sowohl im Rundfunk als auch im Internet zulässig.

33 BGH, Urt. v. 18.4.1952 – 1 StR 739/51, BGHSt 2, 274, 276; BGH Beschl. v. 29.9.1986 – 4 StR 148/86, BGHSt 34, 171 ff. 176; Fischer, StGB Kommentar (Fn. 16), § 284 Rn. 4; Eser/Heine, in: Schönke/Schröder (Fn. 16), § 284 Rn. 5.

34 Vgl. Die Begründung zum GlüStV. Eine ausdrückliche Abweichung von den Vorschriften des Strafrechts wurde nur für das öffentliche Veranstalten von Lotterien und Ausspielungen gem. § 3 Abs. 2 GlüStV vorgenommen, siehe Landtag Nordrhein-Westfalen, Drucks. 13/5365, S. 8. So auch OVG NRW, ZfWG 2008, 204 Rn. 8 – zitiert nach juris. A. A. wohl VG München, Beschl. v. 9.2.2009 – M 22 S 09.300, jedoch ohne nähere Begründung.

35 OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 21.4.2009 – OVG 1 S 203.08.

36 Wie den Erläuterungen zu § 2 des Vertragsentwurfs entnommen werden kann (vgl. Anlage zur Drucks. 13/5365 des Landtags N-W, S. 24): Der GlüStV ist „auf bundesrechtlich geregelte Tatbestände“ nicht anwendbar und soll insbesondere nicht für „die in der Gewerbeordnung abschließend geregelten Spiele mit Gewinnmöglichkeit“ gelten.

37 OVG Koblenz, Beschl. v. 21.10.2008 – 6 B 10778/08.

38 Vgl. auch VG Neustadt, ZfWG 2008, 293 Rn. 10 f; OVG NRW, ZfWG 2008, 204, Rn. 10 – zitiert nach juris.