

**Verfassungskonformität
des Bußgeldtatbestandes in
§ 49 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 des
Rundfunkstaatsvertrags und
Gesetzeskonformität der
Bußgeldbestimmungen in
§ 13 der Gewinnspielsatzung
der Landesmedienanstalten**

Rechtsgutachten



Prof. Dr. Wolfgang Mitsch Universität
Potsdam, Juristische Fakultät,
Professur für Strafrecht mit Jugend-
strafrecht und Kriminologie, Potsdam

Verfassungskonformität des Bußgeldtatbestandes in § 49 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 des Rundfunkstaatsvertrags und Gesetzeskonformität der Bußgeldbestimmungen in § 13 der Gewinnspielsatzung der Landesmedienanstalten

Rechtsgutachten erstellt im Auftrag der
Bayerischen Landeszentrale für neue Medien,
der Medienanstalt Berlin-Brandenburg,
der Medienanstalt Hamburg/Schleswig-Holstein,
der Landesanstalt für Medien und Kommunikation
Rheinland-Pfalz, der Sächsischen Landesanstalt für
privaten Rundfunk und der Thüringer Landesmedien-
anstalt

Von Prof. Dr. Wolfgang Mitsch
Universität Potsdam, Juristische Fakultät, Professur für Strafrecht
mit Jugendstrafrecht und Kriminologie, Potsdam

Herausgeber:

Bayerische Landeszentrale für neue Medien (BLM)

Heinrich-Lübke-Straße 27

81737 München

Telefon (089) 638080

E-Mail: blm@blm.de

Internet: www.blm.de

Visuelles Konzept: Mellon Design GmbH, Augsburg

Satz: Reinhard Fischer, München

Copyright BLM 2012

Alle Rechte vorbehalten. Nachdruck und Vervielfältigung nur mit
Genehmigung des Herausgebers

Inhalt

§ 1 Gegenstand und Maßstab des Rechtsgutachtens	9
I. Begutachtungsgegenstand	9
II. Begutachtungsmaßstab	10
§ 2 Verfassungsrechtliches Gesetzlichkeitsprinzip	13
I. Anwendungsbereich des Art. 103 Abs. 2 GG	13
1. Gesetz als Regelungsgegenstand des Art. 103 Abs. 2 GG	13
2. Ordnungswidrigkeitenrecht als Strafrecht	15
II. Rundfunkstaatsvertrag und Gewinnspielsatzung als „Gesetz“	19
1. Gesetz im formellen und im materiellen Sinn	19
2. Rundfunkstaatsvertrag	20
3. Gewinnspielsatzung	21
III. Gesetzgebungszuständigkeit	22
§ 3 Bestimmtheit	25
1. Bestimmtheitskriterien	25
2. Kompensation reduzierter Bestimmtheit	39
3. Konsequenzen für RStV und GWS	40
§ 4 Merkmale der Ordnungswidrigkeit und Bestimmtheitsgebot	42
I. Rechtsgrundlage	42
II. Gegenstand des Bestimmtheitsgebots	42
III. Voraussetzungen der Ordnungswidrigkeit	43

1. Allgemeines	43
2. Rechtswidrigkeit	44
3. Vorwerfbarkeit	45
4. Tatbestandsmäßigkeit	47
§ 5 Die einzelnen Bußgeldtatbestände des § 13 Abs. 1 GWS	50
I. § 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5, 46 S. 1, 8 a RStV iVm § 13 Abs. 1 Nr. 1 GWS	51
1. Gesetzestext	51
2. Erläuterungen	51
3. Bestimmtheit	63
II. § 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5, 46 S. 1, 8 a RStV iVm § 13 Abs. 1 Nr. 2 GWS	65
1. Gesetzestext	65
2. Erläuterungen	65
3. Bestimmtheit	68
III. § 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5, 46 S. 1, 8 a RStV iVm § 13 Abs. 1 Nr. 3 GWS	72
1. Gesetzestext	72
2. Erläuterungen	72
3. Bestimmtheit	74
IV. §§ 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5, 46 S. 1, 8 a RStV iVm § 13 Abs. 1 Nr. 4 GWS	76
1. Gesetzestext	76
2. Erläuterungen	76
3. Bestimmtheit	79
V. §§ 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5, 46 S. 1, 8 a RStV iVm § 13 Abs. 1 Nr. 5 GWS	80
1. Gesetzestext	80
2. Erläuterungen	80
3. Bestimmtheit	87

VI. §§ 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5, 46 S. 1, 8 a RStV iVm § 13 Abs. 1 Nr. 6 GWS	89
1. Gesetzestext	89
2. Erläuterungen	89
3. Bestimmtheit	91
VII. §§ 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5, 46 S. 1, 8 a RStV iVm § 13 Abs. 1 Nr. 7 GWS	93
1. Gesetzestext	93
2. Erläuterungen	94
VIII. §§ 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5, 46 S. 1, 8 a RStV iVm § 13 Abs. 1 Nr. 8 GWS	98
1. Gesetzestext	98
2. Erläuterungen	99
3. Bestimmtheit	104
IX. §§ 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5, 46 S. 1, 8 a RStV iVm § 13 Abs. 1 Nr. 9 GWS	106
1. Gesetzestext	106
2. Erläuterungen	106
3. Bestimmtheit	112
X. §§ 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5, 46 S. 1, 8 a RStV iVm § 13 Abs. 1 Nr. 10 GWS	112
1. Gesetzestext	112
2. Erläuterungen	114
3. Bestimmtheit	120
XI. §§ 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5, 46 S. 1, 8 a RStV iVm § 13 Abs. 1 Nr. 11 GWS	122
1. Gesetzestext	122
2. Erläuterungen	123
3. Bestimmtheit	130

§ 6 Der Zusammenhang zwischen Rundfunkstaatsvertrag und Gewinnspielsatzung	131
I. Text von § 46 RStV und § 8 a RStV	131
II. Die Bußgeldtatbestände des § 13 Abs. 1 GWS	132
1. §§ 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5, 46 S. 1, 8 a iVm § 13 Abs. 1 Nr. 1 GWS	132
2. §§ 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5, 46 S. 1, 8 a iVm § 13 Abs. 1 Nr. 2 GWS	133
3. §§ 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5, 46 S. 1, 8 a iVm § 13 Abs. 1 Nr. 3 GWS	134
4. §§ 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5, 46 S. 1, 8 a iVm § 13 Abs. 1 Nr. 4 GWS	135
5. §§ 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5, 46 S. 1, 8 a iVm § 13 Abs. 1 Nr. 5 GWS	136
6. §§ 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5, 46 S. 1, 8 a iVm § 13 Abs. 1 Nr. 6 GWS	137
7. §§ 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5, 46 S. 1, 8 a iVm § 13 Abs. 1 Nr. 7 GWS	138
8. §§ 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5, 46 S. 1, 8 a iVm § 13 Abs. 1 Nr. 8 GWS	139
9. §§ 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5, 46 S. 1, 8 a iVm § 13 Abs. 1 Nr. 9 GWS	141
10. §§ 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5, 46 S. 1, 8 a iVm § 13 Abs. 1 Nr. 10 GWS	142
11. §§ 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5, 46 S. 1, 8 a iVm § 13 Abs. 1 Nr. 11 GWS	145
III. Konkretheitsgrad der Regelungen in § 8 a RStV und in § 46 RStV	147
1. Allgemeines	147
2. §§ 46, 8 a RStV	149
3. StVG und StVO	152
4. Schlussfolgerung	154
§ 7 Zusammenfassung	156
I. Verfassungs- und gesetzmäßige Bußgeldvorschriften in § 13 Abs. 1 GWS	156
II. Verfassungswidrige Bußgeldvorschriften in § 13 Abs. 1 GWS	157
III. Verfassungsmäßigkeit der §§ 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 iVm 46, 8 a RStV	157

§ 1 Gegenstand und Maßstab des Rechtsgutachtens

I. Begutachtungsgegenstand

1. Das vorliegende Rechtsgutachten untersucht die Verfassungskonformität des § 49 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 Rundfunkstaatsvertrag (RStV) sowie die Gesetzeskonformität des § 13 der Satzung der Landesmedienanstalten über Gewinnspielsendungen und Gewinnspiele (Gewinnspielsatzung – GWS) vom 17. 12. 2008.

§ 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 RStV enthält einen Bußgeldtatbestand. Diese Vorschrift beschreibt das tatbestandsmäßige Verhalten als Zuwiderhandlung gegen eine Satzung nach § 46 Satz 1 RStV iVm § 8 a RStV.

Die Gewinnspielsatzung ist eine „Satzung“ iSd § 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 RStV. § 13 GS enthält Bußgeldtatbestände und verweist auf § 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 RStV. § 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 RStV und § 13 Abs. 1 GWS bilden also gemeinsam die Rechtsgrundlage für die bußgeldrechtliche Ahndung von Verhaltensweisen, deren Tatbestandsmäßigkeit durch Subsumtion unter die Verhaltensbeschreibungen des § 13 Abs. 1 GWS zu ermitteln ist.

Dies hat für die Begutachtung die Konsequenz, dass die Übereinstimmung mit höherrangigem Recht nicht allein in Bezug auf die einzelne Norm (§ 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 RStV, einzelne Alternativen des § 13 Abs. 1 GWS), sondern gegebenenfalls auch in Bezug auf den aus § 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 RStV und einer Einzelnorm des § 13 Abs. 1 GWS (Verweisungsnorm und Ausfüllungsnorm als Einheit) gebildeten Normverband zu prüfen ist. Dies wird beispielsweise relevant bei der Frage, ob die Verweisung des § 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 RStV auf § 13 Abs. 1 GWS bzw. – umgekehrt – die Ausfüllung des § 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 RStV durch § 13 Abs. 1

GWS die hinreichende Bestimmtheit des Bußgeldtatbestandes im Sinne des Art. 103 Abs. 2 GG gewährleisten kann.

2. Nicht unmittelbar Gegenstand der Begutachtung sind die anderen Komponenten des § 49 RStV, soweit sie nicht im Hinblick auf den anzulegenden Bewertungsmaßstab mit dem oben umrissenen Begutachtungsgegenstand eine untrennbare Einheit bilden und die Verfassungskonformität des § 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 RStV ohne ihre Berücksichtigung nicht beurteilt werden kann.

II. Begutachtungsmaßstab

1. Der Gutachtauftrag bezeichnet den Gegenstand des Erkenntnisinteresses in Bezug auf § 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 RStV als „Verfassungskonformität“. Demnach ist rechtlicher Bewertungsmaßstab das Verfassungsrecht. Obwohl es sich bei dem Rundfunkstaatsvertrag um einfaches (unterverfassungsrechtliches) Landesrecht handelt und somit auch Landesverfassungsrecht in der Normenhierarchie über der zu begutachtenden Vorschrift steht, bleibt das Verfassungsrecht der Bundesländer (hier: Bayern, Berlin, Brandenburg, Hamburg, Rheinland-Pfalz, Sachsen, Schleswig-Holstein, Thüringen) außer Betracht. Denn relevant ist allein der Teil des Verfassungsrechts, der sich mit den spezifischen verfassungsrechtlichen Anforderungen an Strafvorschriften und Bußgeldvorschriften befasst. Diese Regelungsmaterie ist umfassend im Grundgesetz normiert. Soweit einzelne Landesverfassungen sich desselben Regelungsgegenstandes annehmen, enthalten sie mit dem Grundgesetz übereinstimmende Regelungen (z. B. Art. 53 Abs. 1 der Verfassung des Landes Brandenburg [BbgVerf] einerseits, Art. 103 Abs. 2 GG andererseits: keine Strafe ohne Gesetz).

Von den einzelnen Verfassungsnormen, an denen die Verfassungskonformität des § 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 RStV gemessen werden könnte, werden hier nur diejenigen berücksichtigt, die auf die spezifische Rechtsnatur der zu begutachtenden Vorschrift als Bußgeldtatbestand und damit Strafvorschrift im weiteren Sinne abstellen. Dagegen werden die der Bußgeldvorschrift vorgelagerten Verhaltensnormen einer isolierten – also von ihrer bußgeldrechtlichen Bewehrung abgelösten – Verfassungsrechtsprüfung nicht unterzogen. Beispielsweise wird nicht darauf eingegangen, ob einzelne Ge- oder Verbote der Gewinnspielsatzung mit dem Grundrecht der Rundfunkfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG) zu vereinbaren sind.

2. Als „Verfassungsrecht“ im hier zugrunde gelegten Sinne können auch Vorschriften der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) herangezogen werden. Die EMRK steht als Bestandteil der nationalen Rechtsordnung zwar auf der Stufe einfachen Bundesrechts und damit unterhalb des Verfassungsrechts. Sie enthält aber Gewährleistungen, die materiell verfassungsrechtlichen Rang haben, teilweise sinnverwandten Normen des GG korrespondieren oder – wie z. B. Art. 6 Abs. 2 EMRK (Unschuldsvermutung) – in das Grundgesetz aufgenommen werden könnten (vgl. Art. 53 Abs. 2 BbgVerf). Insbesondere Menschenrechte und Grundfreiheiten des einzelnen im Verhältnis zu staatlichen Eingriffen auf strafrechtlichem und strafverfahrensrechtlichem Gebiet sind Regelungsthema der EMRK, teilweise über das GG hinausgehend. Zudem ist die Berücksichtigung der EMRK wegen der durch sie eröffneten zusätzlichen Anfechtungsmöglichkeit sinnvoll. Nach Erschöpfung des nationalen Rechtswegs einschließlich der Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht (Art. 35 Abs. 1 EMRK) kann der Betroffene Individualbeschwerde zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrecht (EGMR) einlegen, Art. 34 S. 1 EMRK.

Soweit Normen der EMRK mit solchen des GG übereinstimmen, werden jene hier nicht gesondert berücksichtigt. Das trifft insbesondere auf Art. 7 Abs. 1 EMRK zu, der nach ganz h. M. den gleichen Sinngehalt hat wie

Art. 103 Abs. 2 GG, also – obwohl der Wortlaut des Art. 7 Abs. 1 EMRK dies nicht explizit verlautbart, den Strafgesetzgeber zur Beachtung des Bestimmtheitsgebotes anhält.¹

¹ EGMR NJW 2001, 3035 (3037); *Meyer-Ladewig* EMRK, 3. Aufl. 2011, Art. 7 Rn 7.

§ 2 Verfassungsrechtliches Gesetzlichkeitsprinzip

Die Verfassungskonformität einer Rechtsvorschrift, in der menschliches Verhalten mit einer strafrechtlichen Sanktion verknüpft wird, setzt ihre Übereinstimmung mit den in Art. 103 Absatz 2 GG aufgeführten Anforderungen voraus.

Art. 103 Abs. 2 GG :

Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde.

I. Anwendungsbereich des Art. 103 Abs. 2 GG

Zuerst ist zu klären, ob der hier zu begutachtende Gegenstand (Bußgeldvorschrift des Rundfunkstaatsvertrags, Bußgeldvorschrift der Gewinnspielsatzung) überhaupt vom Anwendungsbereich des Art. 103 Abs. 2 GG erfasst wird.

1. Gesetz als Regelungsgegenstand des Art. 103 Abs. 2 GG

a) Unmittelbar befasst sich Art. 103 Abs. 2 GG allein mit dem konkreten Strafrechtsanwendungsakt, der Verhängung einer Strafe wegen einer vom Betroffenen begangenen Tat. Art. 103 Abs. 2 GG ist also Maßstab für die Tätigkeit der staatlichen Organe, die Strafgesetze anwenden. Ein Strafurteil ist grundgesetzwidrig, wenn es sich nicht auf eine gesetzliche Grundlage stützen lässt, die zudem die in Art. 103 Abs. 2 GG geforderten Eigenschaften (bestimmt, in Kraft vor Begehung der Tat) hat. Adressat des Art. 103 Abs. 2 GG ist also in erster Linie die **Strafjustiz**.

b) Indirekt werden damit aber auch verfassungsrechtliche Anforderungen an die gesetzliche Grundlage selbst gestellt. Adressat des Art. 103 Abs. 2 GG sind daher auch die Träger der Legislative, soweit sie sich mit **der** Schaffung oder Änderung von Gesetzen befassen, die Rechtsgrundlage von Bestrafungsakten sein sollen. Adressat des Art. 103 Abs. 2 GG ist auch der **Gesetzgeber**². Eine Bestrafungsgrundlage, die entweder kein Gesetz ist oder nicht bestimmt ist oder nicht zur Zeit der Tatbegehung der Tat (schon, noch) in Kraft ist, ist als Grundlage einer grundgesetzeskonformen Strafrechtsanwendung untauglich. Damit die Strafjustiz grundgesetzeskonform arbeiten kann, müssen von der Legislative Gesetze geschaffen werden, die dafür eine tragfähige Grundlage sind. Diese Gesetze müssen somit die Qualitätsmerkmale aufweisen, die Art. 103 Abs. 2 GG verlangt.

Diese Qualitätsmerkmale sind

- die Bestrafungsgrundlage muss ein *Gesetz* sein
- der Inhalt dieses Gesetzes muss hinreichend *bestimmt* sein
- dieses Gesetz muss *vor der Tatbegehung* gültig geworden sein.

Bevor auf diese Merkmale eingegangen wird, ist zu klären, welche Art von Strafrecht Gegenstand des Art. 103 Abs.2 GG ist.

² Jarass/Pieroth GG, 10. Aufl. 2009, Art. 103 Rn 43.

2. Ordnungswidrigkeitenrecht als Strafrecht

a) *Strafrecht iSd Grundgesetzes*

Der Text des Art. 103 Abs. 2 GG bezieht sich auf Strafrecht, weil er die Vokabeln „bestraft“ und „Strafbarkeit“ verwendet. „Bestraft“ bedeutet die Verhängung einer Strafe als repressiver strafrechtlicher Sanktion. „Strafbarkeit“ ist die Bezeichnung für die Eigenschaft einer Tat als „Straftat“, also als Tat, die alle rechtlichen Voraussetzungen einer Bestrafung erfüllt. In der juristischen Terminologie werden die Ausdrücke „bestrafen“ und „Strafbarkeit“ in Beziehung auf die Strafsanktion des Strafrechts im engeren Sinn (**Kriminalstrafrecht**), also die Freiheitsstrafe und Geldstrafe gem. §§ 38 ff StGB, sowie in Beziehung auf die Straftat im engeren Sinn, also Taten, die in einer Vorschrift des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches (§§ 80 ff StGB) bzw. in einer Strafvorschrift des Nebenstrafrechts (z. B. § 29 BtMG) umschrieben sind, verwendet³.

Die hier zu begutachtenden Rechtsvorschriften normieren keine Straftaten im engeren Sinne und keine Strafe im kriminalstrafrechtlichen Sinn. Sie normieren **Ordnungswidrigkeiten**, also Taten, die nicht mit Strafe, sondern mit Geldbuße bedroht sind, § 1 Abs. 1 OWiG. Auf der strafgesetzlichen Ebene wird zwischen Straftaten (im eigentlichen Sinn) und Ordnungswidrigkeiten unterschieden. Ordnungswidrigkeiten sind keine Straftaten⁴. Die Geldbuße ist keine Strafe⁵. Das findet in zahlreichen Vorschriften des StGB und des OWiG Ausdruck, z. B. in § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB oder in § 14 Abs. 4 OWiG, § 21 OWiG, §§ 40 bis 45 OWiG, § 64 OWiG, §§ 81 bis 85 OWiG.

³ Schönke/Schröder/Eser/Hecker StGB, 28. Aufl. 2010, Vor § 1 Rn 5; Schönke/Schröder/Stree/Kinzig vor § 38 Rn 35.

⁴ Roxin Strafrecht Allgemeiner Teil Bd. I, 4. Aufl. 2006, § 2 Rn 130.

⁵ Schönke/Schröder/Stree/Kinzig vor § 38 Rn 37.

Es ist jedoch in Rechtsprechung und Literatur einhellig anerkannt, dass im verfassungsrechtlichen Kontext Ordnungswidrigkeitenrecht dem Strafrecht im engeren Sinne gleichgestellt ist, auch wenn im Gesetzestext die Fachtermini des Ordnungswidrigkeitenrechts nicht erwähnt werden. Ordnungswidrigkeitenrecht ist **Strafrecht im weiteren Sinne**⁶. Wo das Grundgesetz Fachtermini des Strafrechts im engeren Sinne verwendet, bezieht es auch die entsprechenden Begriffe des Ordnungswidrigkeitenrechts ein. Das gilt für die Gesetzgebungskompetenz gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG⁷ und es gilt für den Grundsatz „nulla poena sine lege“ gem. Art. 103 Abs. 2 GG⁸. Die Anerkennung des Ordnungswidrigkeitenrechts als Regelungsmaterie des Art. 103 Abs. 2 GG ist nicht wegen § 3 OWiG unerheblich. Denn verfassungsrechtlichen Rang mit der Konsequenz verfassungsgerichtlicher Relevanz als Bewertungsmaßstab im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde (§ 90 Abs. 1 BVerfGG) hat der nullapoena-Satz allein auf der Grundlage des Art. 103 Abs. 2 GG.

Art. 103 Abs. 2 GG ist daher rechtlicher Prüfungsmaßstab für die Verfassungsmäßigkeit der Bußgeldvorschriften des Rundfunkstaatsvertrags in Verbindung mit § 13 der Gewinnspielsatzung.

⁶ *Mitsch* Recht der Ordnungswidrigkeiten, 2. Aufl. 2005, § 1 Rn 2.

⁷ *Göhler* Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 15. Aufl. 2009, § 2 Rn 2; *Jarass/Pieroth* GG Art 74 Rn 5; *KKOWiG-Bohnert* Kommentar zum OWiG, 3. Aufl. 2006, Einl Rn 112; *KKOWiG-Rogall* § 2 Rn 4.

⁸ BVerfGE 71, 108 (114); 87, 363 (391); BVerfG NStZ 1990, 394; *Göhler* § 3 Rn 1; *Jarass/Pieroth* Art. 103 Rn 44; v. Münch/*Kunig*, GG, 5. Aufl. 2000, Art. 103 Rn 19; Münchener Kommentar zum StGB-*Schmitz* 2003, § 1 Rn 18.

b) Strafrecht iSd Europäischen Menschenrechtskonvention

Die EMRK enthält in Art. 7 Menschenrechts- und Freiheitsgewährleistungen für den Bürger in seinem Verhältnis zum Staat, der ihm als Träger der Strafgewalt und Inhaber des Strafanspruchs gegenübertritt. Diese gleichen bzw. ähneln den Garantien des Art. 103 Abs. 2 GG. Aus diesem Grund ist die EMRK hier ebenso wie das Grundgesetz ein Beurteilungsmaßstab für die Frage der Verfassungsmäßigkeit des Rundfunkstaatsvertrags und der Gewinnspielsatzung (s. o. § 1 II 2).

Art. 7 EMRK :

- (1) *Niemand darf wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden, die zur Zeit ihrer Begehung nach innerstaatlichem oder internationalem Recht nicht strafbar war. Es darf auch keine schwerere als die zur Zeit der Begehung angedrohte Strafe verhängt werden.*
- (2) *Dieser Artikel schließt nicht aus, das jemand wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt oder bestraft wird, die zur Zeit ihrer Begehung nach den von den zivilisierten Völkern anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätzen strafbar war.*

Deswegen ist hier zunächst zu klären, was die EMRK unter „Strafrecht“ versteht, ob dieser Begriff auch das Ordnungswidrigkeitenrecht umfasst.

Bei der Auslegung der EMRK ist zu berücksichtigen, dass der Konventionstext in seiner authentischen englisch- und französischsprachigen Fassung maßgeblich ist⁹. Die Textpassagen des Art. 7 EMRK, die in der deutschen Übersetzung die Worte „strafbar“ (Art. 7 Abs. 1 S. 1, Abs. 2), „Strafe“ (Art. 7 Abs. 1 S. 2) und „bestraft“ (Art. 7 Abs. 2) enthalten, lauten in der englischen Fassung „criminal offence“, „penalty“ und „punishment“,

⁹ SKStPO-Paeffgen Einleitung zur EMRK Rn 19.

in der französischen Fassung „infraction“, „peine“, „punition“ sowie „criminelle“.

In der historischen Perspektive ist aus deutscher Sicht von Bedeutung, dass bei Ratifikation der EMRK im Jahr 1952 das Strafgesetzbuch – anders als das heute geltende StGB (vgl. § 12 StGB) – noch drei Kategorien von Straftaten enthielt : Verbrechen, Vergehen und Übertretungen. Straftaten waren also auch Übertretungen, Strafrecht im engeren Sinne war auch das Recht der Übertretungen. Folglich galt die EMRK mit ihren strafrechtsbezogenen Regelungen auch für die Übertretungen des deutschen Strafrechts. In der Folgezeit wurden viele Übertretungstatbestände abgeschafft und zum Teil in Bußgeldtatbestände umgewandelt. Die 1949 erstmals im Wirtschaftsstrafgesetz als „Ordnungswidrigkeit“ bezeichnete Deliktsform löste allmählich die Übertretungen ab, ohne in das StGB einbezogen zu werden. Im Jahr 1969. wurde die Übertretung als Straftatkatégorie endgültig aufgehoben¹⁰. Die Ordnungswidrigkeit hat gewissermaßen die Rolle der früheren Übertretungen übernommen. Durch die Umwandlung der Übertretungen in Ordnungswidrigkeiten sollte die Geltung der EMRK für diese Delikte nicht beseitigt werden. Dies steht außer Zweifel, soweit es um die Rechtsnatur der EMRK als einfaches Gesetz des deutschen Bundesrechts und seine Anwendung durch deutsche Verwaltungsbehörden, Staatsanwaltschaften Strafverfolgungsbehörden und Gerichte geht. Nichts anderes gilt aber in Bezug auf die EMRK im europäischen Rechtsraum. Hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte auf Grund einer Beschwerde darüber zu befinden, ob eine Norm des deutschen Ordnungswidrigkeitenrechts konventionswidrig ist, so ist unter „criminal offence“ bzw. „infraction“ auch die Ordnungswidrigkeit zu verstehen. Das folgt schon daraus, dass auch das französische Strafrecht drei Kategorien von Straftaten kennt, was – anders als im deutschen Strafrecht – auch heute noch der Fall ist: crime, délit und contravention.

¹⁰ Mitsch Recht der Ordnungswidrigkeiten, § 4 Rn 7.

Die als „contravention“ bezeichnete Deliktskategorie umfasst Verfehlungen geringeren Grades mit überwiegend verwaltungsrechtswidrigem Charakter. Sie gleicht daher quantitativ und qualitativ der Ordnungswidrigkeit des deutschen Rechts. Es steht außer Zweifel, dass die EMRK in ihre das materielle Strafrecht und das Strafverfahrensrecht betreffenden Garantien auch die französische contravention einbezieht. Für die Ordnungswidrigkeit des deutschen Rechts kann somit nichts anderes gelten¹¹.

II. Rundfunkstaatsvertrag und Gewinnspielsatzung als „Gesetz“

Art. 103 Abs. 2 GG stellt den Grundsatz „Gesetzlichkeit der Strafe“ auf. Verfassungskonforme Strafbarkeit muss „gesetzlich“ fundiert sein. Erforderlich ist eine Bestrafungsgrundlage, die „Gesetz“ ist.

1. Gesetz im formellen und im materiellen Sinn

Das Staatsrecht unterscheidet zwischen Gesetzen im formellen Sinn und Gesetzen im materiellen Sinn. Gesetze im formellen Sinn sind abstrakt-generelle Regelungen die im formellen Gesetzgebungsverfahren der zuständigen Gesetzgebungskörperschaft zustande gekommen sind¹². Gesetze im materiellen Sinn sind ebenfalls abstrakt-generelle Regelungen, jedoch nicht im Gesetzgebungsverfahren der Gesetzgebungskörperschaften zustande gekommen. Gesetze im materiellen Sinn sind Rechtsverordnungen und Satzungen.

¹¹ SKStPO-*Paeffgen* Art. 6 EMRK Rn 19.

¹² *Jarass/Pieroth* Art. 76 Rn 1.

Das Erfordernis eines Gesetzes im formellen Sinn statuiert das Grundgesetz bei staatlich angeordneten Freiheitsbeschränkungen, indem es in Art. 104 Abs. 1 S. 1 von einem „förmlichen Gesetz“ spricht¹³. Ordnungswidrigkeiten begründen keine Sanktionen, die mit Freiheitsentziehung verbunden sind. Soweit im Vollstreckungsverfahren Erzwingungshaft angeordnet wird, liegt mit § 96 OWiG das notwendige formelle Gesetz vor.

2. Rundfunkstaatsvertrag

Der Rundfunkstaatsvertrag als solcher ist kein Gesetz – weder im formellen noch im materiellen Sinn –, sondern ein öffentlich-rechtlicher Vertrag¹⁴. Rechte und Pflichten resultieren unmittelbar aus dem Rundfunkstaatsvertrag allein zwischen den vertragsschließenden Parteien, den Bundesländern. Die Bußgeldvorschrift § 49 RStV normiert jedoch kein Rechtsverhältnis zwischen den Bundesländern, sondern zwischen dem Inhaber der Bußgeldgewalt – also dem Staat – und dem Bürger, soweit dieser sich mit Angelegenheiten befasst, bezüglich derer der Rundfunkstaatsvertrag bzw. auf ihm beruhende Satzungen Verhaltensregeln aufstellen und deren Übertretung mit Geldbuße bedrohen. Der Rundfunkstaatsvertrag ist jedoch durch Landesgesetze in das Landesrecht der 16 Bundesländer inkorporiert worden. Diese Gesetze haben den Inhalt des Rundfunkstaatsvertrags aufgenommen. Dadurch ist der Inhalt des Rundfunkstaatsvertrags in jedem Bundesland zum Inhalt eines einfachen (unterverfassungsrechtlichen) Landesgesetzes geworden¹⁵. Damit beruhen die in § 49 RStV in Verbindung mit der Gewinnspielsatzung verankerten Deliktsbeschreibungen und Sanktionsandrohungen auf einer formalge-

¹³ MK-Schmitz § 1 Rn 4, 19; Schönke/Schröder/Eser/Hecker § 1 Rn 8.

¹⁴ *Holznapel/Kibele*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, Kommentar, 2. Aufl. 2011, § 1 RStV Rn 8.

¹⁵ BVerfGE 12, 205 (221); 37, 191 (197).

setzlichen Grundlage. Da allerdings § 49 RStV die Merkmale der Ordnungswidrigkeit nicht vollständig beschreibt, sondern als Blankettvorschrift im Wege der Verweisung aus § 13 der Gewinnspielsatzung „importiert“, muss auch diese Satzung dem Gesetzlichkeitserfordernis entsprechen (dazu sogleich 3.).

3. Gewinnspielsatzung

Der Gesetzesbegriff der Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB, § 3 OWiG umfasst auch Satzungen¹⁶. Allerdings darf die Delegation der Rechtssetzungsaufgabe an den Satzungsgeber nicht zur Folge haben, dass der Gesetzgeber die Entscheidung über die Ahndungswürdigkeit von Verhaltensweisen, die als Straftat mit Strafe oder als Ordnungswidrigkeit mit Geldbuße bedroht sein sollen, aus der Hand gibt. Auch darf der Gesetzgeber die Verantwortung für die Einhaltung der Verfassungsgrundsätze des Art. 103 Abs. 2 GG nicht gänzlich abwälzen. Wird der Inhalt eines Strafgesetzes oder einer Bußgeldnorm letztlich durch eine Satzungsbestimmung festgelegt, muss diese dem Bestimmtheitserfordernis des Art. 103 Abs. 2 GG genügen. Zwischen der Satzung und der gesetzlichen Satzungsermächtigung muss jedoch eine Verbindung bestehen, die es ermöglicht, aus der Gesamtbetrachtung von Satzung und Satzungsermächtigung die Feststellung abzuleiten, dass die Straf- bzw. Bußgeldandrohung ihre Grundlage – vermittelt durch die Satzung – in der gesetzlichen Satzungsermächtigung hat. Das Gesetz, das den Satzungsgeber zur Schaffung von Strafnormen oder Bußgeldnormen ermächtigt, muss also die zu schaffenden Delikts- und Sanktionsvorschriften vorzeichnen. Das bedeutet allerdings nicht, dass bereits in der Satzungsermächtigung die Gestalt des Delikts in allen Einzelheiten konkret und präzise beschrieben werden muss, so dass dem Satzungsgeber ein eigener Gestaltungsspielraum nicht mehr

¹⁶ BVerfG NStZ 1990, 394; MK-Schmitz § 1 Rn 19.

verbleibt. Vielmehr genügt es, wenn die Satzungsermächtigung einen Rahmen setzt, der die vom Satzungsgeber zu bestimmenden Grenzen des als Straftat oder Ordnungswidrigkeit erfassten Verhaltens, sowie Art und Höhe der Sanktion vorhersehbar macht¹⁷. In der Restrospektive muss es daher möglich sein zu prüfen, ob die „fertige“ Satzung den gesetzlich aufgestellten Rahmen einhält oder seine Grenzen überschreitet.

III. Gesetzgebungszuständigkeit

Zu den fundamentalen Bedingungen von Verfassungskonformität gesetzlicher Vorschriften gehört die Gesetzgebungszuständigkeit für die gesetzgebende Körperschaft und ihr gesetzgebendes Organ. Wie oben festgestellt wurde, handelt es sich bei den Regelungen des Rundfunkstaatsvertrags um Landesgesetze. Daher müssten die Bundesländer für die Regelungsgenstände die Gesetzgebungszuständigkeit haben.

Da es im Rundfunkstaatsvertrag nicht um die technischen Belange der Telekommunikation geht, ist der dem Bund die ausschließliche Legislativkompetenz zuweisende Titel Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 Alt. 2 GG nicht einschlägig. Regelungsmaterie des Rundfunkstaatsvertrages ist die programminhaltliche Seite des Rundfunks, also eine kulturelle Angelegenheit, die in die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz der Bundesländer fällt, Art. 70 GG¹⁸. Eine konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG besteht nicht, da sich der Rundfunkstaatsvertrag nicht mit der Rundfunkwirtschaft befasst.

Klärungsbedürftig ist jedoch das Verhältnis des Rundfunkstaatsvertrags zu Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG. Da § 49 RStV Bußgeldvorschriften enthält und

¹⁷ KKWiG-Rogall § 3 Rn 15.

¹⁸ Beisel/Heinrich NJW 1996, 491 (492).

das Recht der Ordnungswidrigkeiten als Strafrecht im weiteren Sinne von Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG erfasst ist¹⁹, könnte hier eine konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes zu beachten sein. Dem stehen jedoch zwei Erwägungen entgegen:

Die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes schließt eine Gesetzgebungszuständigkeit der Länder nur aus, wenn und soweit der Bund von seiner Kompetenz Gebrauch gemacht hat, Art. 72 Abs. 1 GG. Das ist nicht schon deswegen der Fall, weil das Ordnungswidrigkeitengesetz in seinem 3. Teil (§§ 111 ff OWiG) Bußgeldtatbestände enthält. Denn diese Tatbestände beziehen sich auf andere Sachgebiete als die, die Regelungsgegenstand des § 49 RStV sind. Insoweit kann die Bußgeldbewehrung des Rundfunkstaatsvertrags kein Übergriff in ein dem Bund vorbehaltenes Regelungsgebiet sein, da andernfalls die Schaffung landesrechtlicher Bußgeldvorschriften überhaupt nicht möglich wäre. Dass es aber möglich sein muss, ergibt sich aus § 2 OWiG selbst, wo die Existenz von „Ordnungswidrigkeiten nach Landesrecht“ vorausgesetzt wird.

Darüber hinaus ist anerkannt, dass es hinsichtlich der Schaffung einzelner Ordnungswidrigkeiten-Tatbestände sogar einen Kompetenzvorrang der Länder gibt, das Rangverhältnis des Art. 72 Abs. 1 GG also umgekehrt ist. Dies beruht auf dem Umstand, dass zwischen Bußgeldvorschriften und dem Regelungsgegenstand, auf den sie sich beziehen, eine so enge Verzahnung besteht, dass die Zuständigkeit zur Schaffung der Bußgeldvorschriften von der Zuständigkeit zur Schaffung der nicht-strafrechtlichen bzw. nicht-bußgeldrechtlichen Vorschriften bezüglich dieses Gegenstandes nicht getrennt werden darf²⁰. Die Zuständigkeit zur Setzung von sekundärem Bußgeldrecht folgt dann der Zuständigkeit zur

¹⁹ KKOWiG-Rogall § 2 Rn 3.

²⁰ Beisel/Heinrich NJW 1996, 491 (493).

Setzung der primären Normen (Annexkompetenz)²¹. Aus diesem Grund können die Bundesländer für die Schaffung von Bußgeldvorschriften zuständig sein, weil sie sich auf Regelungsgegenstände beziehen, die ihrerseits der Länderzuständigkeit unterliegen²². Auf die Bußgeldbewehrung des Rundfunkwesens trifft dies zu. Die Länder haben die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz für den Rundfunk. Dies betrifft zunächst Vorschriften ohne strafrechtlichen oder bußgeldrechtlichen Charakter. Die Bußgeldvorschriften des § 49 RStV sind aber ein Instrument zur Erreichung der Zwecke, die mit den rundfunkrechtlichen Regelungen verfolgt werden. Sie hängen mit diesen deshalb so eng zusammen, dass eine kompetenzrechtliche Abkoppelung vom Rundfunkrecht ihre Tauglichkeit für diesen Zweck beeinträchtigen würde.

Die Bundesländer haben deshalb die Gesetzgebungskompetenz für die Bußgeldvorschriften des Rundfunkstaatsvertrags, weil sie im Übrigen die ausschließliche Gesetzgebungszuständigkeit für die im RStV geregelte Materie haben.

²¹ KKWiG-Rogall § 2 Rn 9.

²² KKWiG-Rogall § 2 Rn 6.

§ 3 Bestimmtheit

Der objektive Tatbestand der Ordnungswidrigkeit muss in der gesetzlichen Grundlage eine hinreichend bestimmte Zeichnung erfahren haben. Die Tatbestandsmerkmale, also das Tätermerkmal, das Verhaltensmerkmal und – sofern vorhanden – das Erfolgsmerkmal müssen so genau umschrieben sein, dass bereits vor einer gerichtlichen Entscheidung erkennbar ist, durch welche Art von Verhalten der Bußgeldtatbestand verwirklicht werden kann.

1. Bestimmtheitskriterien

a) Sprachliche Beschreibbarkeit der Tat

Der Grad an Präzision, Konkretheit und Trennschärfe, den der Gesetzgeber der Tatbeschreibung im Tatbestand geben kann, ist abhängig von dem zu normierenden Gegenstand und dem Reichtum an sprachlichen Ausdrucksmöglichkeiten, den die deutsche Sprache für diesen zu beschreibenden Gegenstand anzubieten hat. Insbesondere neuartige technische, kulturelle oder soziale Phänomene lassen sich oftmals in der historisch gewachsenen Sprache nicht adäquat abbilden, da der Wortschatz der Vergangenheit/Gegenwart noch keine Gelegenheit hatte, sich der realen Gegenwart/Zukunft anzupassen und synchron zu der sich verändernden Wirklichkeit weiterzuentwickeln. Das vorhandene Sprachinstrumentarium reicht manchmal nur aus für recht weite und ungenaue Umschreibungen, die einen großen Interpretationsspielraum eröffnen und Grenz- und Zweifelsfälle bei der sprachlichen Zuordnung einzelner Substrate erzeugen. Strenge Anforderungen an die Bestimmtheit würden verlangen, dass das Gesetz eine sprachliche Gestalt erhält, die derartige Grenz- und Zweifelsfälle unmöglich macht. Werden derartig strenge An-

forderungen an die tatbestandliche Bestimmtheit gestellt, besteht jedoch die Konsequenz der Unmöglichkeit hinreichend bestimmter Beschreibung darin, dass von der Normierung des Gegenstandes ganz abzusehen ist. Der Gegenstandsbereich muss also ein „rechtsfreier“ Bereich bleiben. Der Gesetzgeber wäre dadurch an der Erfüllung seiner Aufgabe zur normativen Vorstrukturierung des gesellschaftlichen Lebens durch Aufstellung von Verhaltensanforderungen und Sanktionsdrohungen für Fälle der Nichtbefolgung gehindert. Dies müsste hingenommen werden, wenn der Schutzzweck des Art. 103 Abs. 2 GG mit einer Lockerung der Anforderungen an die Bestimmtheit nicht in Einklang zu bringen wäre. Sofern jedoch dem Schutzzweck auch mit einem reduzierten Grad an Bestimmtheit Genüge getan werden kann, dürfen Regelungsbedürfnisse auf diese Weise befriedigt werden.

b) Schwere des Eingriffs

aa) Das Bestimmtheitsgebot ist eine allgemeine Anforderung der rechtsstaatlichen Verfassung an die hoheitliche Tätigkeit des Staates. Auf Bestimmtheit kommt es an, wenn der Staat dem Bürger als Hoheitsträger begegnet, von ihm Gehorsam gegenüber staatlichen Anordnungen verlangt, notfalls mit Zwang die Erfüllung der Gehorsamspflicht durchsetzen und auf Gehorsamsverweigerung mit repressiven Sanktionen reagieren kann. Dabei kann die Schwere des hoheitlichen Eingriffs unterschiedlich sein. Dementsprechend ist auch das Schutzbedürfnis des Bürgers unterschiedlich ausgeprägt. Das Bestimmtheitsgebot trägt einem spezifischen Schutzbedürfnis des Bürgers gegenüber der Staatsgewalt Rechnung. Daraus folgt, dass an die Bestimmtheit umso größere Anforderungen zu stellen sind, je gravierender der Eingriff ist, auf dessen rechtliche Voraussetzungen sich das Bestimmtheitsgebot bezieht²³. Bei geringerer Ein-

²³ BVerfGE 26, 41 (43); Jarass/Pierothe Art. 103 Rn 51.

griffsintensität ist dementsprechend ein geringerer Grad an Gesetzesbestimmtheit ausreichend.

bb) Da Art. 103 Abs. 2 GG das Bestimmtheitsgebot für den speziellen Bereich strafrechtlich bzw. bußgeldrechtlich begründeter Hoheitstätigkeit des Staates normiert, ergeben sich aus der Wechselbeziehung zwischen Eingriffsschwere und Bestimmtheitsgrad folgende Konsequenzen:

Der erforderliche Bestimmtheitsgrad variiert sowohl innerhalb des Strafrechts im engeren Sinne als auch im Verhältnis zwischen Kriminalstrafrecht und Ordnungswidrigkeitenrecht.

(1) Bestimmtheitsgrade innerhalb des StGB

Das Strafrecht beinhaltet eine beträchtliche Bandbreite von Schweregraden sowohl im Bereich der Straftatbestände als auch im Bereich der strafrechtlichen Rechtsfolgen. Die quantitativen Unterschiede schlagen sich in erster Linie in den gesetzlichen Strafraumen nieder. Am unteren Ende der Skala gibt es Vergehen, die lediglich mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten bedroht sind (§ 160 Abs. 1 StGB), am oberen Ende der Skala gibt es Verbrechen, die mit lebenslanger Freiheitsstrafe bedroht sind (§ 211 Abs. 1 StGB, § 6 VStGB). Zwischen diesen beiden Extremen existieren zahlreiche Stufen (z. B. § 185 Alt. 1 StGB : Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr; § 185 Alt. 2 StGB : Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren; § 246 Abs. 1 StGB: Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren; § 242 Abs. 1 StGB: Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren; § 244 Abs. 1 StGB: Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren; § 212 Abs. 1 StGB: Freiheitsstrafe bis zu fünfzehn Jahren). Dementsprechend variiert die Eingriffsstärke der Strafrechtsanwendung, also der Straftatsanktionierung. Der punitive Eingriff im Falle eines Hausfriedensbruchs (§ 123 Abs. 1 StGB: Freiheitsstrafe von höchstens einem Jahr) ist bedeutend geringer als im Falle eines Totschlags (§§ 212 Abs. 1, 38 Abs. 2 StGB: 5 – 15 Jahre Freiheitsstrafe) oder gar im Falle eines Mordes (§ 211 Abs. 1 StGB: lebenslange Freiheitsstrafe).

Ein geringes Strafmaß hat zur Folge, dass auch sonstige strafrechtliche Folgen der Straftat schwächer ausfallen als bei schweren Straftaten: So sind bei sämtlichen Vergehen (§ 12 Abs. 2 StGB) die Statusfolgen des § 45 Abs. 1 StGB (Verlust der Amtsfähigkeit und des passiven Wahlrechts) ausgeschlossen. Sicherungsverwahrung (§§ 66 ff StGB) ist nur bei Verurteilung wegen schwerer Straftaten möglich.

Unterschiedliche Eingriffsstärke korrespondiert der materiell-strafrechtlichen Deliktvarianz auch im Strafprozessrecht: Der Verdacht schwerer Straftaten rechtfertigt die Anordnung schwerer strafprozessualer Eingriffe wie Untersuchungshaft (§§ 112 ff StPO), Überwachung der Telekommunikation (§ 100 a StPO) oder massenmediale Fahndung (§§ 131 Abs. 3, 131 a Abs. 3, 131 b Abs. 1 StPO). Beim Verdacht geringfügigerer Straftaten sind derartige strafprozessuale Eingriffe nicht zulässig. Hinzu kommt, dass bei minderschweren Straftaten eine vereinfachte Verfahrenserledigung gem. §§ 153 ff StPO oder § 407 StPO möglich ist. Bagatelldelikte sind zudem teilweise Strafantrags- und Privatklagedelikte, z. B. §§ 123 Abs. 2, 183 Abs. 2, 194, 230, 248 a, 248 b Abs. 3, 303 c StGB; § 374 Abs. 1 Nr. 1, 2, 4, 6 StPO.

Daraus folgt für den Grad der Tatbestandsbestimmtheit:

Wegen der geringeren Eingriffsintensität ist es hinnehmbar, wenn die tatbestandliche Beschreibung eines Vergehens mit niedrigem Strafraum einen geringeren Grad an Bestimmtheit aufweist als die tatbestandliche Beschreibung eines Verbrechens. Auch wenn Art. 103 Abs. 2 GG und § 1 StGB für eine derartige Graduierung keine explizite Grundlage zu enthalten scheinen, gibt es zahlreiche Beispiele dafür, dass Gesetzgebung und Strafrechtspflege tatsächlich nach dieser Maxime verfahren.

Im Strafgesetzbuch gibt es eine Reihe von Vorschriften, die bei Anlegung eines strengen Bestimmtheitsmaßstabes vor Art. 103 Abs. 2 GG kaum Bestand haben könnten:

- Die Tatbestandsmäßigkeit der Beleidigung wird im Text des § 185 StGB überhaupt nicht in einzelne Komponenten zerlegt. Der Gesetzestext erwähnt nur den Namen des Delikts („Beleidigung“), ohne das tatbestandsmäßige Verhalten genau zu skizzieren²⁴. So sind beispielsweise die Anforderungen an das Kundgabe-Element²⁵ der Beleidigung dem Gesetzestext nicht einmal andeutungsweise zu entnehmen. § 185 StGB ist aber anerkannter Bestandteil des Strafgesetzbuches unter dem Grundgesetz. Die Behauptung der Verfassungswidrigkeit wegen Verletzung des Bestimmtheitsgebotes ist bislang nicht Gegenstand eines Verfahrens vor dem Bundesverfassungsgericht gewesen²⁶. Zu erklären ist dies mit der sehr schwachen Eingriffsintensität, die mit diesem Delikt verbunden ist. Prozessual kommt es in den meisten Fällen zu keiner staatsanwaltschaftlichen und gerichtlichen Strafverfolgung. Beleidigung ist ein Privatklagedelikt (§ 374 Abs. 1 Nr. 2 StPO), das der Privatkläger erst nach einem erfolglosen Sühneversuch zur Anklage bringen kann, § 380 Abs. 1 S. 1 StPO.
- In § 183 a StGB (Strafrahmen bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe) ist die Strafbarkeit von der Erregung eines „Ärgernisses“ durch öffentliche Vornahme sexueller Handlungen abhängig gemacht. Was unter „Ärgernis“ zu verstehen ist, ist abstrakt kaum definierbar und lässt sich allenfalls durch eine Aufzählung konkreter Beispiele beschreiben. Letztendlich entscheidet der Tatrichter durch

²⁴ Enderle, Blankettstrafgesetze, 1999, S. 137; Schönke/Schröder/Lenckner/Eisele § 185 Rn 1: „... in § 185 nicht näher umschriebene - ...“.

²⁵ Schönke/Schröder/Lenckner/Eisele § 185 Rn 8.

²⁶ In der Entscheidung BVerfGE 93, 266 ff ging es in erster Linie darum, ob eine Bestrafung aus § 185 StGB gegen Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG verstößt. Aus diesem Rechtsgrund war die Verfassungsbeschwerde erfolgreich. Das BVerfG erklärte bei dieser Gelegenheit jedoch auch, dass § 185 StGB nicht gegen Art. 103 Abs. 2 GG verstoße, aaO S. 291.

intuitive Wertung des konkreten Falles bzw. unter Rückgriff auf eine im Laufe langjähriger Rechtsanwendungspraxis gewachsene Kasuistik, ob ein tatbestandsmäßiges Ärgernis vorliegt oder nicht.

- § 315 c Abs. 1 Nr. 2 StGB (Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahre) macht die Strafbarkeit von „grob verkehrswidrigem“ und „rücksichtslosem“ Verhalten des Täters abhängig²⁷. Auch diese Begriffe widersetzen sich einer trennscharfen abstrakten Definition. Dies ist in dem tatbestandlichen Kontext hinnehmbar, da das tatbestandsmäßige Verhalten durch relativ genaue Kennzeichnung der verschiedenen Verkehrsregelverstöße (z. B. „auf Autobahnen wendet“) Konturen bekommen hat. Allerdings könnte man durchaus einwenden, dass auch Merkmale wie „falsch überholt“, „an unübersichtlichen Stellen“, „falsch fährt“ ziemlich vage sind. Eine verfassungsgerichtliche Entscheidung, die einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG feststellt, liegt zu § 315 c StGB nicht vor.
- Einen schwachen Bestimmtheitsgrad weist das Tatbestandsmerkmal „höchstpersönlichen Lebensbereich verletzt“ in § 201 a StGB (Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr) auf²⁸. Dennoch ist die seit 2004 geltende Strafvorschrift noch nicht verfassungsgerichtlich beanstandet worden.
- Eine im Licht des Bestimmtheitsgebotes fragwürdige Strafbarkeitsvoraussetzung ist das Verüben „beschimpfenden Unfugs“ in

²⁷ Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Hecker § 315 c Rn 26 ff.

²⁸ Schönke/Schröder/Lenckner/Eisele § 201 a Rn 9 : „... dass der Inhalt des Begriffs ‘höchstpersönlicher Lebensbereich’ noch weitgehend ungeklärt ist.“; Borgmann NJW 2004, 2133 (2134) : „Dennoch weist auch die neue Regelung Schwachpunkte, auch im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot auf. Das betrifft die Einführung des Merkmals ‘höchstpersönlicher Lebensbereich’“.

§ 168 Abs. 1, Abs. 2 StGB (Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren)²⁹. Seltene Anwendung und restriktive Auslegung der Vorschrift sind wohl der Grund dafür, dass das Bundesverfassungsgericht die Verfassungskonformität dieser Strafvorschrift noch nicht prüfen musste.

- Mehrfach begründete Bedenken wegen unzureichender Bestimmtheit bestehen gegenüber dem Straftatbestand „Nachstellung“ (§ 238 StGB, Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren).³⁰ Unklar ist, wie sich ein Täterverhalten darstellen muss, damit es als „beharrlich“ qualifiziert werden kann. Vage ist des Weiteren das Merkmal „Lebensgestaltung schwerwiegend beeinträchtigt“. Sehr pauschal beschrieben sind schließlich Verhaltensweisen, die keinen der relativ präzisen Tatbestände des § 238 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 StGB erfüllen, aber als „vergleichbare Handlung“ (§ 238 Abs. 1 Nr. 5 StGB) dennoch strafbar sein sollen. Diese Bedenken waren im Gesetzgebungsverfahren präsent und sind erörtert worden. Der Gesetzgeber ist der Auffassung, dass ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG nicht vorliegt.
- Eine Strafvorschrift, die sich wegen eines geringen Grades an Bestimmtheit verfassungsrechtlichen Einwänden ausgesetzt sieht, ist § 131 StGB. In der Kommentarliteratur wird bemängelt, dass diese Vorschrift „durch eine außergewöhnliche Häufung nur schwer fassbarer normativer Merkmale gekennzeichnet ist, deren

²⁹ Schönke/Schröder/Lenckner/Bosch § 168 Rn 10.

³⁰ Schönke/Schröder/Eisele § 238 Rn 3: „Eine von der rechtspolitischen Berechtigung des Tatbestandes zu trennende Frage ist, ob die Strafvorschrift in ihrer konkreten Ausgestaltung aufgrund der Kumulation unscharfer Begriffe – insb. „beharrlich“, „schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung“, „andere vergleichbare Handlung iSd Nr. 5 – verfassungsgemäß ist.“

Reichweite auch durch einen Rückgriff auf den Gesetzeszweck vielfach nicht eindeutig bestimmt werden kann.“³¹ Es wird die Befürchtung geäußert, dass auch nach den vom Bundesverfassungsgericht für eine verfassungsgemäße Auslegung zugrunde gelegten Maßstäben „eine erhebliche, die Rechtsanwendung beeinträchtigende Grauzone bleiben“ werde³². Gleichwohl wird eingeräumt, dass sich die gegen § 131 StGB erhobenen verfassungsrechtlichen Bedenken³³ inzwischen erledigt hätten.³⁴ Dies entspricht der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts: „§ 131 StGB ist nicht schon wegen einer übermäßigen Häufung auslegungsbedürftiger Tatbestandsmerkmale zu unbestimmt, wie in der Literatur vielfach angenommen wird. ...Es handelt sich um eine überschaubare Zahl normativer Begriffe, die ... ohne weiteres mit den Mitteln herkömmlicher Gesetzesanwendung zu bestimmen sind.“³⁵

(2) Bestimmtheitsgrade im Verhältnis zwischen Strafrecht und Ordnungswidrigkeitenrecht

Eingriffsqualität und Eingriffsintensität sind im Ordnungswidrigkeitenrecht geringer als im Strafrecht. Das lässt sich sowohl auf der Ebene des materiellen Rechts als auch auf der Ebene des Verfahrensrechts darlegen.

Im materiellen Recht schlägt sich die schwächere Eingriffswirkung des Ordnungswidrigkeitenrechts im Bereich der Rechtsfolgen nieder. Das

³¹ Schönke/Schröder/Lenckner/Sternberg-Lieben § 131 Rn 2.

³² Schönke/Schröder/Lenckner/Sternberg-Lieben § 131 Rn 2.

³³ Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl. 2011, § 131 Rn 7: „Das Merkmal einer die Menschenwürde verletzenden Darstellungsart ist in hohem Maße unbestimmt und deshalb im Hinblick auf Art. 103 II GG problematisch.“

³⁴ Schönke/Schröder/Lenckner/Sternberg-Lieben § 131 Rn 2.

³⁵ BVerfGE 87, 209 (225).

Ordnungswidrigkeitenrecht kennt keine Sanktionen mit freiheitsentziehender Wirkung. Die einzige Hauptsanktion ist die Geldbuße, also eine ambulante, das Vermögen des Betroffenen belastende Sanktion. Deren Bemessungsrahmen ruht auf deutlich niedrigerem Niveau als der Bemessungsrahmen der kriminalstrafrechtlichen Geldstrafe. Die allgemeine Regelung des § 17 Abs. 1 OWiG sieht für vorsätzliche Ordnungswidrigkeiten ohne spezielle Bußgeldbestimmung einen Höchstbetrag von 1000 Euro vor. Demgegenüber kann sich im Strafrecht ein Maximalbetrag von 10.800.000 (Zehn Millionen und achthunderttausend) Euro ergeben: 360 Tagessätze (§ 40 Abs. 1 S. 2 StGB) à 30.000 Euro (§ 40 Abs. 2 S. 3 StGB). Selbst unter Berücksichtigung der Tatsache, dass es auch im Ordnungswidrigkeitenrecht Spezialvorschriften gibt, die eine maximale Geldbuße von 500.000 Euro (z. B. § 26 Abs. 4 BbgDenkmalschutzG, § 49 Abs. 2 PostG) vorsehen, ist der Abstand zum Strafrecht immer noch sehr groß.

Des Weiteren haben folgende strafrechtliche Sanktionen im Sanktionensystem des Ordnungswidrigkeitenrechts keine Parallele: Statusfolgen gem. § 45 StGB, Maßregeln der Besserung und Sicherung gem. §§ 61 ff StGB.

Insgesamt gesehen ist also die Tatfolgenlast im Falle einer Ordnungswidrigkeit bedeutend leichter als im Falle einer Straftat.

Verfahrensrechtlich tritt die geringere Eingriffsstärke des Ordnungswidrigkeitenrechts vielfältig in Erscheinung:

Die Verjährung der Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten unterliegt einer wesentlich kürzeren Frist als die Verjährung der Verfolgung von Straftaten. Die längste Verjährungsfrist gem. § 31 Abs. 2 OWiG beträgt 3 Jahre (§ 31 Abs. 2 Nr. 1 OWiG), vereinzelt gibt es in Spezialgesetzen Verjährungsfristen von fünf Jahren (z. B. Art. 23 Abs. 2 BayDenkmalschutzG). Demgegenüber sieht das Strafgesetzbuch bei Straftaten Verjährungsfristen von 30, 20, 10, 5 und 3 Jahren vor, § 78 Abs. 3 StGB. Mord (§ 211

StGB) und die völkerstrafrechtlichen Verbrechen der §§ 6 bis 12 VStG sind sogar unverjährbar, § 78 Abs. 2 StGB, § 5 VStG.

Der bedeutendste und grundlegende Unterschied zwischen dem Recht des Bußgeldverfahrens und dem Recht des Strafverfahrens wird durch die Begriffe „Legalitätsprinzip“ und „Opportunitätsprinzip“ gekennzeichnet. Das Strafverfahren wird vom Legalitätsprinzip beherrscht. Das bedeutet gesetzlich festgelegter Verfolgungszwang für die zuständigen Strafverfolgungsorgane. Die Staatsanwaltschaft ist grundsätzlich verpflichtet, aus Anlass eines hinreichenden Straftatverdachts ein Strafverfahren einzuleiten ((§§ 152 Abs. 2, 160 Abs. 1 StPO), gegebenenfalls Anklage zu erheben (§ 170 Abs. 1 StPO) und im Hauptverfahren auf Verurteilung und Bestrafung des Beschuldigten hinzuwirken. Ebenso hat das zuständige Gericht bei ausreichend hoher Verurteilungswahrscheinlichkeit das Hauptverfahren zu eröffnen (§ 203 StPO) und in der Hauptverhandlung auf der Grundlage richterlicher Überzeugung (§ 261 StPO) den Angeklagten zu verurteilen und ihm eine Sanktion aufzuerlegen. Einen Ermessensspielraum impliziert das Legalitätsprinzip nicht. Der Ermessensspielraum wird erst durch die Ausnahmenvorschriften, die das Legalitätsprinzip auflockern, eröffnet: §§ 153 ff StPO.

Im Bußgeldverfahren gilt dem Grundsatz nach und ubiquitär das Opportunitätsprinzip, § 47 OWiG. Die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten liegt im pflichtgemäßen Ermessen der Verwaltungsbehörde, § 47 Abs. 1 OWiG. Sie kann von vornherein von der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens absehen oder ein bereits eingeleitetes Ermittlungsverfahren einstellen, § 47 Abs. 1 S. 2 OWiG. Auch im gerichtlichen Bußgeldverfahren nach Einspruchseinlegung liegt die Verfahrensfortsetzung im Ermessen des Gerichts, § 47 Abs. 2 OWiG. Das Gesetz macht den Verfolgungsverzicht bzw. die Verfahrenseinstellung nicht von bestimmten Voraussetzungen – z. B. geringe Schuld – abhängig. Auch bei schwerwiegenden Ordnungswidrigkeiten ist das Absehen von Verfolgung grundsätzlich nicht ausgeschlossen. Für die Verfolgungsbehörde und das Gericht folgt aus

dieser Regelung ein wesentlich breiterer Spielraum der Reaktion auf Ordnungswidrigkeiten. Unter anderem kann das Opportunitätsprinzip auch praktisch dazu eingesetzt werden, rechtlich zweifelhaften Entscheidungen aus dem Weg zu gehen. Beispielsweise ist es möglich, einer eindeutigen Stellungnahme zu einer Ahndungsgrundlage mit bedenklich geringem Bestimmtheitsgrad dadurch auszuweichen, dass von einer Verfolgung und Ahndung abgesehen wird. Anders als das Strafverfahrensrecht stellt das Bußgeldverfahrensrecht also ein prozessuales Instrument zur Verfügung, mit dem rechtsstaatlich fragwürdige Schuldsprüche und Sanktionierungen sowie die darüber geführten Auseinandersetzungen vermieden werden können. Damit wird die Gefahr ungerechtfertigter hoheitlicher Eingriffe durch Bußgeldentscheidungen gemindert. In diesem Rahmen sind Deliktsbeschreibungen mit schwächer ausgeprägter Konturierung des tatbestandsmäßigen Verhaltens in größerem Ausmaß erträglich als im strafrechtlichen und strafprozessrechtlichen Rahmen.

Der geringere Grad an Eingriffsintensität, der das Ordnungswidrigkeitenrecht generell vom Strafrecht unterscheidet, schlägt sich des Weiteren im Ausschluss oder der Beschränkung einschneidender prozessualer Zwangsmaßnahmen nieder. Die grundsätzliche Anlehnung des Bußgeldverfahrensrechts an das Strafverfahrensrecht gem. § 46 Abs. 1, Abs. 2 OWiG erfährt in § 46 Abs. 3, Abs. 4 OWiG erhebliche Ausnahmen. Schwerwiegende Freiheitsbeschränkungen wie Untersuchungshaft und vorläufige Festnahme, die bereits den Verdacht einer Straftat als einen Sachverhalt erscheinen lassen, der für den Betroffenen erhebliche Freiheitseinbußen zur Folge haben kann, sind im Bußgeldverfahren unzulässig. Die Schärfe hoheitlicher Eingriffe, die mit der Begehung einer Ordnungswidrigkeit verbunden sind, ist auch aus diesem Grund deutlich geringer.

c) Adressatenhorizont

Das Erfordernis der Gesetzesbestimmtheit dient der Rechtssicherheit. Zum einen soll dem zuständigen Rechtsanwender mit einer bestimmten Gesetzesvorschrift eine klare und eindeutige Grundlage für seine rechtlichen Maßnahmen und Entscheidungen gegeben werden. In dieser Hinsicht hat das Bestimmtheitsgebot leitende Funktion für die Rechtsanwendung. Zum anderen soll dem Normadressat eine sichere Orientierung für die Einstellung seines Verhaltens ermöglicht werden. In dieser Hinsicht hat das Bestimmtheitsgebot verhaltensleitende Funktion. Der Gesetzestext soll dem angesprochenen Normadressaten signalisieren, mit welchen Verhaltensweisen er das Risiko strafrechtlicher Ahndung eingeht bzw. welche Verhaltensweisen strafrechtlich unbedenklich sind und daher die Gefahr strafrechtlicher Verfolgung nicht begründen³⁶. Da der Gesetzestext diesbezüglich die verbindliche Informationsquelle ist, muss er so gefasst sein, dass dem Normadressaten eine zuverlässige Information möglich ist. Er muss so gefasst sein, dass er vom Normadressaten verstanden werden kann und ihm ein präzises Bild des Regelungsgegenstandes vermittelt.

Das Gelingen der Information hängt von der Verständlichkeit des informierenden Textes ab. Verständlichkeit ist jedoch keine Eigenschaft des Textes, die diesem per se anhaftet und losgelöst von jeglicher Beziehung zu einem wirklichen oder gedachten Rezipienten festgestellt werden könnte. Verständlich ist ein Text relativ zu einem Leser, der durch den Text informiert werden will. Der Informationserfolg hängt deshalb stets auch vom Vermögen des Lesers ab, den Text zu verstehen und den Gegenstand des Textes zu erkennen. Je nach Verständnishorizont des Lesers kann die Verständlichkeit eines Textes unterschiedlich sein. Bei-

³⁶ v. Münch/Kunig Art. 103 Rn 28: „...auf einen hypothetischen Straftäter abzustellen, der sein Verhalten an einer Interpretation des StGB orientierte, ist zwar wirklichkeitsfern, aber als Ausgangspunkt unerlässlich.“

spielsweise ist ein wissenschaftlicher Text für einen Akademiker verständlicher als für einen Nichtakademiker. Wenn also die Verständlichkeit eines bestimmten Textes beurteilt werden soll, muss stets der Personenkreis berücksichtigt werden, für den der Text bestimmt ist und für den er deshalb verständlich sein muss.

Die Anforderungen, die an die sprachliche Gestalt des Textes zu stellen sind, damit er für den Adressatenkreis hinreichend verständlich ist, stehen also in einer Wechselbeziehung zum Verständnishorizont der dem Adressatenkreis angehörenden Personen³⁷. Die Fassung des Textes muss diesem Horizont angepasst werden. Je ausgeprägter das Vermögen der Adressaten ist, einen Gegenstand des Textes bereits anhand einer kurzen Gattungsbezeichnung oder Nennung eines Namens exakt zu erfassen, desto geringer sind die Anforderungen an den Text, den Gegenstand durch Aufzählung seiner Eigenschaften, Merkmale und Kennzeichen aufwendig und detailreich zu beschreiben. Richtet sich beispielsweise eine Vorschrift über „Subventionen“ ausschließlich an Personen, die auf Grund ihrer beruflichen Tätigkeit wissen, was eine Subvention ist, braucht der Gesetzestext nur das Wort „Subvention“ zu enthalten, um ausreichend bestimmt und verständlich zu sein. Spricht die Vorschrift jedoch auch Personen an, die in Bezug auf Subventionen Laien sind, muss im Gesetzestext erläutert werden, was unter einer Subvention zu verstehen ist, vgl. § 264 Abs. 7 StGB.

Im Strafrecht und noch viel mehr im Ordnungswidrigkeitenrecht gibt es viele Deliktvorschriften, die sonderdeliktisches Verhalten regeln. Unter Sonderdelikten versteht man Straftaten bzw. Ordnungswidrigkeiten, die nur von besonderen Personen täterschaftlich begangen werden können. Täter eines Sonderdelikts kann nicht jedermann sein, sondern nur ein Mensch, der die besonderen persönlichen Eigenschaften hat, die der Gesetzestext voraussetzt. Sonderdeliktvorschriften betreffen immer

³⁷ BVerfGE 48, 48 (57).

deliktisches Verhalten in einem speziellen Lebensbereich. Die zum Täterkreis gehörenden Personen sind in diesem Lebensbereich tätig und verfügen deshalb in der Regel über spezielle Kenntnisse und Fähigkeiten. Sie haben deshalb auch einen speziellen fachbezogenen Verständnishorizont in Bezug auf Texte, die sich auf das spezielle Regelungsgebiet beziehen. Der Informationsgehalt eines derartigen Textes ist für die diesem Personenkreis angehörenden Menschen deshalb höher als für externe Personen. Für die Textgestaltung folgt daraus, dass zur Erreichung eines ausreichenden Bestimmtheits- und Verständlichkeitsgrades geringere Anforderungen bestehen als bei einem Text, der sich an jedermann und damit auch an Nichtspezialisten richtet. Ein Text, der für Laien nicht hinreichend bestimmt wäre, kann für den Fachmann, an den er sich richtet, ausreichend bestimmt sein.

d) Auslegungsfähigkeit

Art. 103 Abs. 2 GG verbietet eine analoge Gesetzesanwendung, nicht aber eine Gesetzesanwendung, bei der die Geltung des Gesetzestextes für den konkret zu behandelnden Fall erst im Wege einer Auslegung festgestellt wird. Daraus folgt, dass auch Bestimmtheit und Auslegungsbedürftigkeit des Tatbestandes kein Widerspruch sind. Denn wären nur Tatbestände bestimmt genug, deren Anwendung auf den Einzelfall niemals der Sinnentfaltung durch Auslegung bedarf, dann gäbe es im Strafrecht keine strafbegründende oder strafschärfende Auslegung. Auslegungsfähigkeit ist deshalb ein integraler Bestandteil von Bestimmtheit. Bestimmt ist eine Strafvorschrift auch dann, wenn sie vor ihrer Auslegung zwei unterschiedliche Schlussfolgerungen für die Behandlung des konkreten Falles trägt (Die Tat ist tatbestandsmäßig, die Tat ist nicht tatbestandsmäßig), nach der Auslegung jedoch insofern ein eindeutiges Ergebnis und eine eindeutige Entscheidung vorzeichnet. Insbesondere Zweifeln an der Verfassungsmäßigkeit von Strafvorschriften in Bezug auf

Art. 103 Abs. 2 GG oder in Bezug auf Grundrechtsnormen der Art. 1 ff GG kann die als Auslegungsmethode im Strafrecht anerkannte „verfassungskonforme Auslegung“ Bedeutung erlangen. Die Anwendung dieser Auslegungsmethode kann bewirken, dass eine unbestimmt und daher verfassungswidrig erscheinende Strafvorschrift „verfassungskonform gemacht“ werden kann.

2. Kompensation reduzierter Bestimmtheit

Soweit eine Regelung nach Maßgabe der oben skizzierten Kriterien den erforderlichen Mindestbestimmtheitsgrad nicht aufweist, ist diese wegen Verstoßes gegen Art. 103 Abs. 2 GG grundsätzlich unwirksam. Diese Konsequenz ist jedoch vermeidbar, wenn dem Schutzzweck des Art. 103 Abs. 2 GG trotz Bestimmtheitsmangel Geltung verschafft werden kann. Das Bestimmtheitsgebot dient dem Schutz des Normadressaten, der nicht mit unvorhersehbarer Verfolgung wegen des Verdachts einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit belastet werden soll. Der Unvorhersehbarkeit wirkt eine präzise bestimmte Beschreibung des ahndbaren Verhaltens entgegen. Unvorhersehbare Strafrechtsanwendung ist jedoch auch auf der Grundlage einer relativ unbestimmten Tatbeschreibung vermeidbar, wenn die subjektiven Voraussetzungen der Ahndbarkeit so streng ausgestaltet werden, dass nur ein Täter, der das Bewusstsein tatbestandmäßigen und rechtswidrigen Verhaltens hat, eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit begehen kann. Die Regeln über den vorsatzausschließenden Tatbestandsirrtum (§ 16 StGB, § 11 Abs. 1 OWiG) und den unvermeidbaren schuldausschließenden Verbotsirrtum (§ 17 StGB, § 11 Abs. 2 OWiG) schützen den Täter vor einer Ahndung seines Verhaltens, die er wegen der mangelnden Bestimmtheit des von ihm übertretenen Gesetzes nicht vorhersehen konnte bzw. konkret nicht vorhergesehen hat³⁸.

³⁸ *Lenckner JuS 1968, 304 (310).*

Das Bundesverfassungsgericht hat dies so ausgedrückt:

„In Grenzfällen wird die strafrechtliche Irrtumsregelung angemessene Lösungen ermöglichen.“³⁹

Ein Täter, der das Vorstellungsbild einer tatbestandsmäßigen und rechtswidrigen Tat hat, hat das Bewusstsein das Risiko einer Verfolgung wegen Straftat oder Ordnungswidrigkeit einzugehen, wenn er eine solche Tat begeht. Die Bußgeldvorschrift des § 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 RStV erfasst nur vorsätzliches Verhalten. Fahrlässige Tatbegehung ist also nicht berücksichtigt, § 10 OWiG. Der Vorwurf, der Täter hätte erkennen müssen, dass sein Verhalten den Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit erfüllt, ist also unerheblich. Auf der Grundlage einer nicht hinreichend bestimmten gesetzlichen Tatbeschreibung wäre ein derartiger Vorwurf illegitim. Da § 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 RStV ein Fahrlässigkeitsahndbarkeit aber nicht vorsieht, ist auch der Vorwurf des fahrlässigen Nichterkennens irrelevant.

3. Konsequenzen für RStV und GWS

Aus obigen Ausführung folgt für die Bußgeldtatbestände des § 49 Abs. 1 S. 2 Nr.5 RStV iVm §§ 46 S.1, 8 a RStV iVm § 13 Abs. 1 GWS, dass die Anforderungen an den Bestimmtheitsgrad recht gering sind.

a) Die Deliktstatbestände haben nicht die Rechtsnatur von Straftaten im engeren Sinn, sondern von Ordnungswidrigkeiten. Der Eingriff, der mit der Anwendung der hier zu begutachtenden Vorschriften verbunden ist, ist deutlich geringer als der Eingriff, der mit der Anwendung von Vorschriften des StGB verbunden ist.

b) Die geregelte Materie gehört einem speziellen und eng begrenzten Lebensbereich an. Die Normadressaten sind Personen, die berufsmäßig in diesem Lebensbereich tätig sind. Sie kennen die geregelten Gegen-

³⁹ BVerfGE 75, 329 (343).

stände, Abläufe und Vorgänge und sie sind mit der Nomenklatur der Gegenstände vertraut. Der Normgeber kann bei den Normadressaten ein qualifiziertes Vorverständnis voraussetzen und ist deshalb nicht gehalten, die normierten Gegenstände in laienkompatibler Diktion zu beschreiben.

c) § 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 RStV iVm §§ 46 S. 1, 8 a RStV iVm § 13 Abs. 1 GWS bedroht ausschließlich vorsätzliche Taten mit Geldbuße, §10 OWiG. Fahrlässiges Fehlverhalten hat keine Ordnungswidrigkeiten-Qualität. Ein Täter, der bei seiner objektiv tatbestandsmäßigen Tat nicht die Vorstellung von der Tatbestandsmäßigkeit hat, begeht keine Ordnungswidrigkeit.

§ 4 Merkmale der Ordnungswidrigkeit und Bestimmtheitsgebot

I. Rechtsgrundlage

Die Verfassungskonformität der Vorschriften, die ein Verhalten als Ordnungswidrigkeit qualifizieren und daran die Sanktionierbarkeit mit Geldbuße knüpfen, hängt von ihrer hinreichenden Bestimmtheit ab. Das folgt allgemein aus dem grundgesetzlichen Gebot einer rechtsstaatlichen Ausgestaltung der hoheitlichen Beziehungen zwischen Staatsgewalt und Bürger, Art. 20 Abs. 3 GG⁴⁰. In spezieller Ausprägung für das Verhältnis des mit Straf- bzw. Bußgeldgewalt dem Bürger gegenüber tretenden Staates folgt das Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 Abs. 2 GG. Als Spezialvorschrift hat Art. 103 Abs. 2 GG im Verhältnis zu Art. 20 Abs. 3 GG Vorrang und verdrängende Wirkung⁴¹. Die aus Art. 103 Abs. 2 GG abzuleitenden Anforderungen an die Gesetzesbestimmtheit sind höher als die, die gem. Art. 20 Abs. 3 GG an nichtstrafrechtliche Gesetze gestellt werden⁴².

II. Gegenstand des Bestimmtheitsgebots

Art. 103 Abs. 2 GG bezieht sich auf alle materiell-strafrechtlichen Vorschriften, von deren Anwendung im Einzelfall abhängt, ob ein Bürger wegen einer Straftat schuldig gesprochen werden kann, welche Art von Sanktion gegen ihn wegen der Tat angeordnet werden kann und welches Sanktionsmaß durch die Tat veranlasst wird. Bestimmtheit ist also eine Anforderung an die Regelung der Strafbarkeitsvoraussetzungen und an

⁴⁰ Jarass/Pieroth Art. 20 Rn 57.

⁴¹ Jarass/Pieroth Art. 103 Rn 43.

⁴² Jarass/Pieroth Art. 103 Rn 51.

die Regelung der Rechtsfolgen⁴³. Dies gilt – wie oben dargelegt – für Straftaten im engeren Sinn und für Ordnungswidrigkeiten (Straftaten im weiteren Sinn)⁴⁴. Es gilt demgemäß auch für Rechtsfolgen des Ordnungswidrigkeitenrechts, also in erster Linie für die Geldbuße.

III. Voraussetzungen der Ordnungswidrigkeit

1. Allgemeines

Eine Ordnungswidrigkeit ist ein tatbestandsmäßiges, rechtswidriges und vorwerfbares Verhalten, § 1 Abs. 1 OWiG. Die Feststellung einer Ordnungswidrigkeit im konkreten Fall ist mit Art. 103 Abs. 2 GG also nur zu vereinbaren, wenn sie auf gesetzlichen Vorschriften beruht, die mit einem ausreichenden Grad an Bestimmtheit die objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale der Ordnungswidrigkeit, sowie die Voraussetzungen der Rechtswidrigkeit und der Vorwerfbarkeit bezeichnen. Dabei ist es unschädlich, wenn diese Merkmale der Ordnungswidrigkeiten in verschiedenen Gesetzen normiert sind. Die Verfassungskonformität des Rundfunkstaatsvertrags und der Gewinnspielsatzung als Rechtsgrundlagen von Ordnungswidrigkeiten scheidet deswegen nicht am Fehlen von Regelungen zu einzelnen Voraussetzungen der Ordnungswidrigkeit, soweit diese in anderen Gesetzen normiert sind, vorausgesetzt diese beziehen sich auch auf die Ordnungswidrigkeiten nach dem RStV und der GWS.

⁴³ Jarass/Pieroth Art. 103 Rn 46; v. Münch/Kunig Art. 103 Rn 27, 31.

⁴⁴ Jarass/Pieroth Art. 103 Rn 44.

2. Rechtswidrigkeit

a) Rechtsgrundlagen der Rechtswidrigkeit

Die Voraussetzungen der Rechtswidrigkeit sind zum einen – ohne dass dies explizit durch Erwähnung des Wortes „rechtswidrig“ o. ä. erklärt wird – in den gesetzlichen Tatbestandsmerkmalen enthalten und haben somit ihre Rechtsgrundlage in den Vorschriften, die die Tatbestandsmäßigkeit des Delikts normieren. Die Tatbestandsmäßigkeit „indiziert“ die Rechtswidrigkeit⁴⁵. Zum anderen ist die Rechtswidrigkeit Gegenstand von Vorschriften, die Rechtfertigungsgründe normieren. Rechtfertigungsgründe schließen die Rechtswidrigkeit aus. Rechtfertigungsgründe sind in anderen Vorschriften geregelt als die Tatbestandsmerkmale. Die für das Ordnungswidrigkeitenrecht wichtigsten Rechtfertigungsgründe regeln §§ 15, 16 OWiG. Darüber hinaus gibt es zahlreiche Rechtfertigungsgründe in anderen Vorschriften sowie auf gewohnheitsrechtlicher Grundlage⁴⁶. Die Ge- und Verbote des Art. 103 Abs. 2 GG gelten für Rechtfertigungsgründe nur eingeschränkt. Insbesondere das Bestimmtheitsgebot greift hier nicht, da es bei gewohnheitsrechtlich anerkannten Rechtfertigungsgründen von vornherein ins Leere ginge. Deshalb ergeben sich aus Art. 103 Abs. 2 GG auch keine Normgestaltungsanforderungen an den Rundfunkstaatsvertrag im Hinblick auf das Fehlen hinreichend bestimmter Vorschriften über Rechtfertigungsgründe. Mit anderen Worten : Die Tatsache, dass weder § 49 RStV noch die Gewinnspielsatzung regeln, unter welchen Voraussetzungen tatbestandsmäßiges Verhalten gerechtfertigt sein kann, begründet keine Verletzung des Bestimmtheitsgebotes.

⁴⁵ KKWiG-Rogall § 1 Rn 7.

⁴⁶ KKWiG-Rengier vor § 15 Rn 1 ff.; *Kleszczewski*, Ordnungswidrigkeitenrecht, 2010, Rn 237.

b) Konsequenzen für RStV und GWS

aa) Rundfunkstaatsvertrag und Gewinnspielsatzung enthalten keine Regelungen über die Rechtswidrigkeit der Verhaltensweisen, die in § 49 RStV iVm § 13 GWS als Ordnungswidrigkeiten mit Geldbuße bedroht sind.

bb) Die Vorschriften über Rechtfertigungsgründe im OWiG und in anderen Gesetzen bzw. im Gewohnheitsrecht gelten auch für die Ordnungswidrigkeiten, die ihre Rechtsgrundlage in § 49 RStV in Verbindung mit der Gewinnspielsatzung haben. Das folgt aus § 2 OWiG⁴⁷. Für § 49 RStV und die Gewinnspielsatzung folgt daraus, dass die Voraussetzungen der Rechtswidrigkeit grundsätzlich weder im Rundfunkstaatsvertrag noch in der Gewinnspielsatzung geregelt zu werden brauchen. Anders ist es nur, wenn es wegen der speziellen Ausformung der Tatbestandsvoraussetzungen auch spezieller Rechtfertigungsgründe bedarf, die unspezifischen Rechtfertigungsgründe – z. B. Notstand, Einwilligung, Wahrnehmung berechtigter Interessen – also nicht ausreichen, um für jeden Anwendungsfall des Tatbestandes eine verhältnismäßige Regelung der Rechtswidrigkeit zu gewährleisten. Ist dies nicht der Fall, genügen die allgemeinen Rechtfertigungsgründe.

cc) Das Fehlen von Vorschriften über die Rechtswidrigkeit im Rundfunkstaatsvertrag und in der Gewinnspielsatzung hat nicht die Verfassungswidrigkeit der Bußgeldvorschriften in § 49 RStV iVm § 13 GWS zur Folge.

3. Vorwerfbarkeit

a) Bestandteile und Rechtsgrundlagen der Vorwerfbarkeit

„Vorwerfbarkeit“ ist ein Synonym für „Schuld“. Wie im Strafrecht setzt sich im Ordnungswidrigkeitenrecht die Vorwerfbarkeit aus mehreren Kompo-

⁴⁷ KKOWiG-Rogall § 2 Rn 1.

nennten zusammen⁴⁸: Der Täter muss verantwortlich (schuldfähig) sein, er muss Unrechtsbewusstsein haben und seine Tat darf nicht entschuldigt sein. Die Regelungen der Vorwerfbarkeitselemente finden sich im OWiG. Die Verantwortlichkeit ist in § 12 OWiG geregelt, das Unrechtsbewusstsein bzw. der Verbotsirrtum in § 11 Abs. 2 OWiG und die Entschuldigung der Tat wegen Notwehrexzess in § 15 Abs. 3 OWiG⁴⁹. Für den im OWiG nicht geregelten Entschuldigungsgrund „entschuldigender Notstand“ wird auf die entsprechende Anwendung des § 35 StGB zurückgegriffen⁵⁰.

b) Konsequenzen für RStV und GWS

aa) Rundfunkstaatsvertrag und Gewinnspielsatzung enthalten keine Regelungen über die Vorwerfbarkeit des Verhaltens, das in § 49 RStV iVm § 13 GWS als Ordnungswidrigkeit mit Geldbuße bedroht ist.

bb) Die Voraussetzungen der Vorwerfbarkeit bzw. die Umstände, die die Vorwerfbarkeit ausschließen, sind umfassend im OWiG geregelt. Die Regelungen sind auf die Ordnungswidrigkeiten des § 49 RStV in Verbindung mit der Gewinnspielsatzung einschränkunglos anwendbar. Das Thema „Vorwerfbarkeit“ braucht also im Rundfunkstaatsvertrag und in der Gewinnspielsatzung nicht geregelt zu werden.

cc) Daraus folgt, dass die Verfassungsmäßigkeit der Vorschriften des Rundfunkstaatsvertrages und der Gewinnspielsatzung über Ordnungswidrigkeiten nicht deshalb fraglich ist, weil Rundfunkstaatsvertrag und Gewinnspielsatzung keine Regelungen zur Vorwerfbarkeit enthalten.

⁴⁸ KKWiG-Rogall § 1 Rn 8; *Kluszczewski*, Ordnungswidrigkeitenrecht, Rn 327.

⁴⁹ KKWiG-Rengier § 15 Rn 42.

⁵⁰ KKWiG-Rengier vor § 15 Rn 58.

4. Tatbestandsmäßigkeit

Die Tatbestände von Ordnungswidrigkeiten haben objektive und subjektive Komponenten. Dementsprechend unterscheidet man objektiven Tatbestand und subjektiven Tatbestand⁵¹. Die Merkmale des Tatbestandes müssen eine gesetzliche Verankerung haben. Insbesondere muss die gesetzliche Beschreibung des Tatbestandes dem Bestimmtheitsgebot entsprechen. Auf der Stufe des Tatbestandes entfaltet das Bestimmtheitsgebot seine stärkste Verpflichtungswirkung.

a) Objektiver Tatbestand

Der objektive Tatbestand enthält die Merkmale, die das äußere Erscheinungsbild der Ordnungswidrigkeit prägen. Unverzichtbare Bestandteile des objektiven Tatbestandes sind ein Tätermerkmal und ein Verhaltensmerkmal. Der objektive Tatbestand muss erkennen lassen, wer Täter der Ordnungswidrigkeit sein kann. Des Weiteren muss der objektive Tatbestand die Art des Täterverhaltens beschreiben, an das die Bußgeldvorschrift die Geldbußandrohung knüpft. Gegebenenfalls enthält der objektive Tatbestand auch noch Merkmale, die die Wirkung des Täterverhaltens beschreiben, also etwa einen Gefährdungs- oder Verletzungserfolg oder die Eignung der Handlung eine Beeinträchtigung hervorzurufen.

b) Subjektiver Tatbestand

Der subjektive Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit besteht in erster Linie aus dem Vorsatz, § 10 OWiG. Bei manchen Delikten kommen weitere subjektive Tatbestandsmerkmale hinzu. Alternativ zum Vorsatz reicht bei vielen Ordnungswidrigkeiten Fahrlässigkeit aus, § 10 OWiG. Ob eine

⁵¹ KKWiG-*Bohnert* Einleitung Rn 162; *Kleszczewski*, Ordnungswidrigkeitenrecht, Rn 165.

Ordnungswidrigkeit im subjektiven Tatbestand Vorsatz voraussetzt oder Fahrlässigkeit ausreicht, ob neben dem Vorsatz weitere subjektive Voraussetzungen erfüllt sein müssen, bedarf einer exakten gesetzlichen Regelung. Eine allgemeine Regelung dieser Materie ist § 10 OWiG. Danach ist grundsätzlich bei jeder Ordnungswidrigkeit zur Erfüllung des subjektiven Tatbestandes Vorsatz erforderlich, aber auch ausreichend. Einer darüber hinaus gehenden Regelung bedarf es nicht, wenn der Gesetzgeber weder fahrlässiges Handeln mit Geldbuße bedrohen will noch zum Vorsatz hinzutretende weitere subjektive Tatbestandsmerkmale zur Voraussetzung der Geldbuße erklären will. Eine besondere Regelung ist nur erforderlich für fahrlässige Ordnungswidrigkeiten und für Ordnungswidrigkeiten mit einem zusätzlichen – die Ahndbarkeit vorsätzlichen Verhaltens einschränkenden – subjektiven Tatbestandsmerkmal.

Weder in § 10 OWiG noch in einer sonstigen Vorschrift ist der Vorsatzbegriff definiert. Die Voraussetzungen, unter denen das Verhalten eines Menschen als vorsätzlich qualifiziert werden kann, sind also nicht vollständig gesetzlich festgelegt. Lediglich das Wissenselement spiegelt sich in der Regelung seines Gegenstücks, des Tatbestandsirrtums in § 11 Abs. 1 OWiG. Dagegen äußert sich das positive Recht nicht zu sonstigen Vorsatzbestandteilen, insbesondere nicht zum Willenselement. Daraus folgt jedoch nicht die Verfassungswidrigkeit des Vorsatzerfordernisses wegen mangelnder Bestimmtheit. Über die zentralen Bestandteile des Vorsatzbegriffs herrscht in Rechtsprechung und Rechtswissenschaft seit langem Einigkeit. Der Gesetzgeber konnte deswegen auf eine langjährige Rechtsanwendungspraxis und darauf bezogenes Einvernehmen der Rechtswissenschaft verweisen.

c) Konsequenzen für RStV und GWS

aa) Der hier zu begutachtende § 49 Satz 2 RStV äußert sich nicht zu den Merkmalen des subjektiven Tatbestandes. Dasselbe trifft auf § 13 GWS

zu. Anders als § 49 Satz 1 RStV, wo ausdrücklich die vorsätzliche oder fahrlässige Begehungsweise erwähnt ist, enthält § 49 Satz 2 RStV weder das Wort „vorsätzlich“ noch das Wort „fahrlässig“.

bb) § 10 OWiG ist auf § 49 S. 2 RStV iVm § 13 GWS anwendbar. Das Schweigen des § 49 Satz 2 RStV und des § 13 GWS zu Vorsatz und Fahrlässigkeit hat zur Folge, dass gem. § 10 OWiG nur vorsätzliche Verhaltensweisen nach § 49 S. 2 RStV iVm § 13 GWS die Qualität einer Ordnungswidrigkeit haben. Fahrlässiges Verhalten ist nicht erfasst.

cc) § 49 Satz 2 RStV und § 3 GWS sind nicht deswegen verfassungswidrig, weil sie keine ausdrückliche Regelung zum Vorsatz- oder Fahrlässigkeitserfordernis enthalten.

dd) § 49 RStV und § 13 GWS enthalten vielfältige objektive Tatbestandsmerkmale. Die Beschreibung des objektiv tatbestandsmäßigen Tatbildes der Ordnungswidrigkeiten ist die Hauptfunktion des § 49 RStV und des § 13 GWS. Das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot hat hier seine größte Bedeutung. Daher sind sämtliche Bestandteile des § 49 RStV und der durch Verweisung angebundenen Vorschriften der GWS dahingehend zu überprüfen, ob sie insgesamt eine hinreichend bestimmte Tatbeschreibung enthalten (dazu ausführlich unten § 5).

§ 5 Die einzelnen Bußgeldtatbestände des § 13 Abs. 1 GWS

Da der Tatbestand der Ordnungswidrigkeit durch eine Blankettnorm und eine Ausfüllungsnorm beschrieben wird und die Ausfüllungsnorm kein Gesetz im formellen Sinne ist, ist die Frage der Bestimmtheit der tatbestandsbeschreibenden Normen unter zwei Gesichtspunkten zu würdigen:

1. Blankett- und Ausfüllungsnorm zusammen müssen das tatbestandsmäßige Verhalten ausreichend präzise beschreiben,
2. der formelle Gesetzgeber – also der Gesetzgeber des Rundfunkstaatsvertrages – muss die wesentlichen Ahndungsentscheidungen selbst treffen und daher in der Blankettnorm den Tatbestand in Grundzügen vorzeichnen. Dem Satzungsgeber dürfen nur noch Spezifizierungen der Tatbestandsbeschreibung überlassen bleiben

Die Frage 1 ist im Wege einer Gesamtbetrachtung von § 49 Abs. 1 S. 2 Nr.5, § 46 S. 1, § 8a RStV und § 13 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 11 GWS zu beantworten.

Bei Frage 2 sind §§ 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5, 46 S. 1, 8 a RStV und § 13 GWS miteinander zu vergleichen. Es ist zu ermitteln, wie die Anteile der Tatbestandsbeschreibung auf die Normen des Rundfunkstaatsvertrages einerseits und auf § 13 der Gewinnspielsatzung andererseits verteilt sind (dazu § 6).

I. §§ 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5, 46 S. 1, 8 a RStV iVm § 13 Abs. 1 Nr. 1 GWS

1. Gesetzestext

(1) Eine Ordnungswidrigkeit nach § 49 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 des Rundfunkstaatsvertrags begeht, wer

1. entgegen § 3 Abs. 1 bei konkreten Anhaltspunkten für die Minderjährigkeit einer Nutzerin oder eines Nutzers, bzw. die Minderjährigkeit unter 14 Jahren, das Alter der Nutzerin oder des Nutzers nicht überprüft oder bei erwiesener Minderjährigkeit einer Nutzerin oder eines Nutzers, bzw. einer Minderjährigkeit unter 14 Jahren, dessen weitere Teilnahme sowie die Gewinnsauszahlung nicht unterbindet

§ 3 Abs. 1: Minderjährigen darf die Teilnahme an Gewinnspielsendungen nicht gestattet werden. Minderjährigen unter 14 Jahren darf die Teilnahme an Gewinnspielen nicht gestattet werden. Soweit eine Teilnahme untersagt ist, dürfen keine Gewinne ausgeschüttet werden.

2. Erläuterungen

Der objektive Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit setzt sich – wie gesehen – zusammen aus dem täterbeschreibenden Merkmal, dem verhaltensbeschreibenden Merkmal und gegebenenfalls einem erfolgsbeschreibenden Merkmal.

a) Tätermerkmal allgemein: Veranstalter privaten Rundfunks

aa) Das Tätermerkmal der Ordnungswidrigkeiten, die in § 13 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 11 GWS beschrieben sind, setzt § 49 Abs. 1 Satz 2 RStV selbst nicht fest: Wer Täter dieser Ordnungswidrigkeiten sein kann, ergibt sich letztlich erst aus den Vorschriften der Gewinnspielsatzung, auf die § 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 RStV verweist. Dies wäre anders, wenn die Täterbe-

zeichnung des § 49 Abs. 1 **Satz 1** RStV auch für die Bußgeldbestimmungen des § 49 Abs. 1 Satz 2 RStV Geltung beanspruchen könnte. Dann wäre Täter der „Veranstalter von bundesweit verbreitetem privaten Rundfunk“. Dieses Tätermerkmal ist hinreichend bestimmt. Einer darüber hinausgehenden Konkretisierung des Täterkreises durch Satzungsbestimmung bedarf es nicht.

§ 49 Abs. 1 **Satz 2** RStV greift jedoch diese Täterbeschreibung nicht auf, sondern verwendet zur Bezeichnung des Täters lediglich das Wort „wer“. Das gilt für alle Nummern (1 bis 16) des Satzes 2, also auch für die Nr. 5 in § 49 Abs. 1 S. 2 RStV. Demnach kann nach dem Rundfunkstaatsvertrag Täter jedermann ein, der tatsächlich in die Situation kommt, gegen Regeln der Gewinnspielsatzung zu verstoßen. Nach dem gesetzgeberischen Willen, der dem Rundfunkstaatsvertrag zugrunde liegt, können Täter somit nicht nur Veranstalter von bundesweit verbreitetem privatem Rundfunk sein. Denn die engere Täterbezeichnung des Satzes 1 ist nicht in Satz 2 einbezogen. Überhaupt ist nur so die Entscheidung des Gesetzgebers zu erklären, den ersten Absatz des § 49 RStV in zwei eigenständige Sätze zu gliedern. Sollten hingegen auch die Bußgeldbestimmungen des Satzes 2 allein für Veranstalter von bundesweit verbreitetem privatem Rundfunk gelten, hätte der Gesetzgeber den Satz 1 nicht nach Nr. 24 beendet und den Gesetzestext mit dem Satz 2 und neuer bei 1. beginnender Nummerierung fortgesetzt. Vielmehr hätte er in Satz 1 der Nr. 24 die Nummern 25, 26, 27 usw. folgen lassen. Für diese hätte dann wie für die Nrn. 1. bis 24. die Täterbezeichnung im Einleitungssatz gegolten: „... wer als Veranstalter von bundesweit verbreitetem privaten Rundfunk ...“. Aus der Gesetzessystematik folgt jedoch eindeutig, dass der Täterkreis in § 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 RStV nicht auf Veranstalter von bundesweit verbreitetem privatem Rundfunk beschränkt ist.

Dass § 49 RStV insgesamt eine Vorschrift ist, deren Geltungsbereich nicht auf den privaten Rundfunk beschränkt ist, folgt auch aus der Systematik des Rundfunkstaatsvertrages: Dessen Abschnitt I enthält „Allge-

meine Vorschriften“, die für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk und für den privaten Rundfunk gelten. Abschnitt II „Vorschriften über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk“ betrifft ausschließlich den öffentlich-rechtlichen Rundfunk. Abschnitt III „Vorschriften für den privaten Rundfunk“ betrifft ausschließlich den privaten Rundfunk. § 49 RStV ist Teil des Abschnitts IV „Revision, Ordnungswidrigkeiten“. Dieser Abschnitt differenziert nicht zwischen öffentlich-rechtlichem Rundfunk und privatem Rundfunk.

bb) Auch § 8 a RStV, auf den 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 RStV verweist, erfasst sowohl den öffentlich-rechtlichen als auch den privaten Rundfunk.

cc) Dennoch handelt es sich bei der Gewinnspielsatzung nach 46 RStV iVm § 8a RStV letztlich um ein Gesetz im materiellen Sinn, dessen Geltungsbereich auf den privaten Rundfunk und seine Veranstalter begrenzt ist. Daraus folgt, dass Normadressaten der Bußgeldvorschrift § 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 RStV nur **Veranstalter des privaten Rundfunks** sind. Denn § 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 RStV verweist auf eine „Satzung nach § 46 Satz 1“. § 46 RStV gehört zum III. Abschnitt des Rundfunkstaatsvertrages und damit zu dem Normbereich, der ausschließlich den privaten Rundfunk betrifft. Da § 49 Abs. 1 Satz 2 Nr. RStV nicht unmittelbar auf den – auch für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk geltenden – § 8a RStV verweist, sondern diesen beiden Verweisungskettengliedern § 46 RStV „zwischen-geschaltet“ ist, verengt sich der Anwendungsbereich des § 49 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 RStV auf den privaten Rundfunk, bevor der Zusammenhang mit § 8 a RStV hergestellt ist. Bestätigt wird dies durch die Regelung des § 16 f RStV, die für den Bereich des öffentlich-rechtlichen Rundfunks auf § 8 a RStV verweist.

Entgegen dem – durch die einleitenden Worte des Satzes 2 erweckten – Eindruck, § 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 RStV beschreibe als Täter der Ordnungswidrigkeiten sowohl Veranstalter des privaten Rundfunks als auch Veranstalter des öffentlich-rechtlichen Rundfunks beschränkt die Vorschrift den Kreis tauglicher Täter auf Veranstalter des privaten Rund-

funks. Im Lichte des Art. 103 Abs. 2 GG stößt dies nicht auf Bedenken. Die Regelung ist weder unklar noch widersprüchlich, weil sie einerseits Teil eines Satzes ist, der einleitend nicht zwischen privaten und öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstaltern differenziert, andererseits aber doch auf private Rundfunkveranstalter beschränkt ist. Dass § 49 Abs. 1 Satz 2 RStV am Anfang – anders als Satz 1 – den Täterkreis nicht durch die Worte „Veranstalter von bundesweit verbreitetem privaten Rundfunk“ einschränkt, ist damit zu erklären, dass einige der in Satz 2 normierten Tatbestände (z. B. Nr. 11) nicht auf private Anbieter beschränkt sind. Aus der Verweisung in Nr. 5 auf § 46 RStV ergibt sich jedoch eindeutig die Beschränkung auf Täter, die dem Bereich des privaten Rundfunks angehören. Dem denkbaren Einwand, aus diesem Grund hätte die Vorschrift in § 49 Abs. 1 Satz 1 RStV einbezogen werden müssen, ist entgegenzuhalten dass dann sämtliche in der Satzung geregelten Ordnungswidrigkeiten in die generelle Fahrlässigkeitsahndbarkeit einbezogen worden wären. Eben dies war aber vom Rundfunkgesetzgeber nicht gewollt. Daher war diese – auf den ersten Blick etwa umständliche – Regelung notwendig.

dd) Eine Verletzung des **Gleichbehandlungsgrundsatzes (Art. 3 GG)** folgt aus der Beschränkung des Täterkreises ebenfalls nicht. Zum einen schließt § 49 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 RStV nicht aus, dass für öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten gleichlautende Bußgeldvorschriften geschaffen werden. Dass dies nicht durch die gemeinsame Satzung der Landesmedienanstalten bewirkt wurde, ist mit deren begrenzter Zuständigkeit für den Bereich des privaten Rundfunks zu erklären. Sollte das Fehlen einer Regelung für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk insgesamt gesehen einen gleichheitswidrigen Zustand schaffen bzw. bestehen lassen, ist dies nicht der vorhandenen Regelung für den privaten Rundfunk anzulasten. Sofern den Regelungen, die sich an den privaten Rundfunk richten, ausreichende sachliche Regelungsmotive zugrunde liegen, die für den Bereich des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in gleicher Weise relevant sind, wird gegen den Gleichheitssatz nicht durch die für den Bereich

des privaten Rundfunks bestehende Normierung, sondern durch das **Fehlen** der erforderlichen Normierung für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk verstoßen. Die Anwendung der existierenden Vorschrift für den privaten Rundfunk wird deswegen nicht unzulässig. Die Anwendung des § 248 b StGB ist auch nicht deswegen ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG, weil das Strafrecht die unbefugte Benutzung von – beispielsweise – Pferdefuhrwerken, Hundeschlitten, Reitpferden und Land-, Luft- und Wasserfahrzeugen, die nicht durch Maschinenkraft bewegt werden⁵², nicht unter Strafdrohung stellt. Es muss nicht etwa mit der Anwendung so lange gewartet werden, bis auch die fehlende Vorschrift geschaffen und damit der gleichheitswidrige Rechtszustand beseitigt worden ist. Ein von der per se nicht zu beanstandenden existenten Vorschrift bezüglich privaten Rundfunks konkret betroffener Normadressat kann sich nicht auf eine Verletzung des Art. 3 GG berufen, weil ein fiktiver Normadressat aus dem Bereich des öffentlich-rechtlichen Rundfunks bislang nicht zur Verantwortung gezogen werden könnte. Dass letzteres rechtlich nicht akzeptabel ist, hat keinen Einfluss auf die rechtliche, insbesondere verfassungsrechtliche Qualität der Regelung und Rechtsanwendung gegenüber Normadressaten aus dem Bereich des privaten Rundfunks. Insofern gilt der Grundsatz „keine Gleichheit im Unrecht“⁵³. Wer rechtmäßig in Anspruch genommen wird, kann aus der unrechtmäßigen Nichtinanspruchnahme eines an sich gleich zu behandelnden anderen nicht unter Berufung auf Art. 3 GG verlangen, dass er ebenso unrechtmäßig nicht in Anspruch

⁵² *Schönke/Schröder/Eser/Bosch* § 248 b Rn 3.

⁵³ *Bonner Kommentar-Rüfner* GG, Art. 3 Rn 181; *Dreier/Heun*, GG, 1996, Art. 3 Rn 52; *Jarass/Pieroth* Art. 3 Rn 36; v. *Mangoldt/Klein/Starck*, GG, 6. Aufl. 2010, Art. 3 Rn 274; *Sachs/Osterloh*, GG, 5. Aufl. Art. 3 Rn 47 ff.; *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau/Kannengießner* GG, 11. Aufl. 2008, Art. 3 Rn 46.

genommen wird⁵⁴. Die einzige Konsequenz, die aus dem gleichheitswidrigen Rechtszustand zu ziehen ist, ist dessen Beseitigung durch Schaffung der bislang fehlenden Regelung.

b) Das Tätermerkmal des § 13 Abs. 1 Nr. 1 GWS

aa) Die soeben begründete Beschränkung des Anwendungsbereichs der Ordnungswidrigkeiten-Tatbestände des § 13 Abs. 1 GWS auf den Bereich des privaten Rundfunks hat keine bestimmende und keine begrenzende Wirkung im Hinblick auf den Kreis möglicher Täter dieser Ordnungswidrigkeiten. Weder folgt daraus, dass ausschließlich Personen, die einem privaten Rundfunkunternehmen angehören, Täter sein können noch, wer aus diesem Personenkreis als Täter der Ordnungswidrigkeit konkret in Frage kommt. § 13 Abs. 1 Nr. 11 GWS iVm § 12 Abs. 3 GWS zeigt, dass in die Durchführung von Gewinnspielen oder Gewinnspielsendungen durch private Rundfunkveranstalter auch externe Personen involviert sein können und gegebenenfalls als Täter einer Ordnungswidrigkeit in Betracht zu ziehen sind.

bb) § 13 Abs. 1 Nr. 1 GWS enthält kein personenbezogenes Tätermerkmal. Das einzige auf den Täter bezogene Wort im Text des § 13 Abs. 1 GWS ist das vor den 11 Tatbestands-Alternativen stehende Wort „wer“. Dieses bringt hier wie auch sonst im Strafrecht und im Ordnungswidrigkeitenrecht zum Ausdruck, dass das Tätermerkmal in das Verhaltensmerkmal integriert ist. Täter – im Sinne der unmittelbaren Täterschaft – ist, „wer“ durch eigenes Verhalten das tatbestandsmäßige Verhaltens-

⁵⁴ Schönke/Schröder/Eser/Hecker § 1 Rn 25: „Das Verbot täterbelastender Analogie kann zu einer Ungleichbehandlung ähnlich gelagerter Sachverhalte führen, was aber wegen der fragmentarischen Natur des Strafrechts grds. hinzunehmen ist und in der Logik der freiheitssichernden Funktion des Gesetzlichkeitsprinzips liegt.“

merkmal (unten c) erfüllt, vgl. § 25 Abs. 1 Alt. 1 StGB. In Bezug auf § 13 Abs. 1 Nr. 1 GWS bedeutet das konkret, dass Täter ist, wer nicht das Alter überprüft bzw. nicht die weitere Teilnahme und die Gewinnausschüttung unterbindet. Da das Verhaltensmerkmal unterlassungsdeliktischen Charakter hat, handelt es sich bei § 13 Abs. 1 Nr. 1 GWS um ein echtes Unterlassungsdelikt. Bei Unterlassungsdelikten lässt sich aber die Person des Täters nicht allein aus dem Verhaltensmerkmal ableiten. Denn dass eine bestimmte Handlung nicht vorgenommen worden ist – hier: Überprüfung des Alters bzw. Unterbindung der Teilnahme – trifft auf sehr viele Menschen zu, zumindest auf all diejenigen, die in der Lage gewesen wären, die unterbliebene Handlung zu vollziehen. Die Teilnahme eines 13-jährigen Anrufers zu unterbinden wäre z. B. auch den Geschwistern und Eltern des Kindes möglich, die gemeinsam im heimischen Wohnzimmer die Gewinnspielsendung verfolgen und nichts gegen die Teilnahme des Bruders bzw. Sohnes unternehmen. Weder Rundfunkstaatsvertrag noch Gewinnspielsatzung haben aber den Zweck, den Jugendschutz im Verhältnis zu Eltern und sonstigen Angehörigen eines Minderjährigen durchzusetzen. Der Kreis tauglicher Täter muss daher auf die Personen beschränkt sein, die auf der Anbieterseite an der Durchführung von Gewinnspielen und Gewinnspielsendungen mitwirken. Aber auch in diesem Rahmen wäre der Bußgeldtatbestand noch zu uferlos, wenn es keine weitere Eingrenzung gäbe.

Deswegen muss der Täterkreis durch ein zusätzliches Merkmal eingeschränkt werden. Bei unechten Unterlassungsdelikten ist dies das Merkmal „Garantenstellung“, § 8 OWiG. Bei echten Unterlassungsdelikten muss sich die Beschränkung aus der Tatbestandsvorschrift unmittelbar ergeben, hier also aus § 13 Abs. 1 Nr. 1 GWS, gegebenenfalls aus § 3 Abs. 1 GWS, auf den § 13 Abs. 1 Nr. 1 GWS verweist.

cc) Tatsächlich lässt sich aus dem Text des § 13 Abs. Nr. 1 GWS ein begrenzter Kreis von Personen herausarbeiten, die durch eigene Untätig-

keit das Verhaltensmerkmal des § 13 Abs. 1 Nr. 1 GWS verwirklichen und dadurch zum Täter des Delikts werden können:

(1) Die Tatbestandsalternative „Alter ... nicht überprüft“ kommt nur zum Zuge, wenn „konkrete Anhaltspunkte für die Minderjährigkeit“ vorliegen. Damit ist nicht nur gemeint, dass objektive Anzeichen für Minderjährigkeit eines Nutzers vorliegen, sondern auch, dass eine an der Durchführung des Gewinnspiels oder der Gewinnspielsendung mitwirkende Person von diesen Anhaltspunkten Kenntnis erlangt hat. Sofern man dieses subjektive Erfordernis nicht bereits direkt aus dem Merkmal „konkrete Anhaltspunkte“ ableiten will, folgt es zumindest aus dem Vorsatzerfordernis gem. § 10 OWiG. Die Ordnungswidrigkeit kann überhaupt nur begehen, wer Vorsatz bezüglich der konkreten Anhaltspunkte hat. Täter ist deshalb nur, wer die auf Minderjährigkeit deutenden Anzeichen wahrgenommen und daraufhin die Vorstellung hat, der Nutzer sei eine noch nicht erwachsene Person. Damit ist der Kreis tauglicher Täter auf ein vernünftiges Maß reduziert. Jeder, der die konkreten Anhaltspunkte für die Minderjährigkeit kennt und die Möglichkeit hat, das Alter des Nutzers zu überprüfen, ist Täter der Ordnungswidrigkeit, wenn er die Überprüfung unterlässt. Man erkennt hier, dass der Tatbestand des § 13 Abs. 1 Nr. 1 GWS ähnlich konstruiert ist wie die echten Unterlassungsdeliktstatbestände Nichtanzeige geplanter Straftaten (§ 138 StGB) und Unterlassene Hilfeleistung (§ 323 c StGB): Auch dort wird der Täterkreis nicht durch ein explizit personenbezogenes Tätermerkmal eingegrenzt. Täter scheint jeder zu sein, wer die Anzeige des Verbrechensvorhabens oder die Erbringung erforderlicher Hilfeleistungen unterlässt. Tatsächlich macht sich aus § 138 StGB aber nur strafbar, wer das Straftatvorhaben nicht anzeigt, obwohl er von ihm glaubhaft erfahren hat. „Glaubhaft erfahren“ zu haben bedeutet aber nichts anders als konkrete Anhaltspunkte für ein geplantes bevorstehendes Verbrechen wahrgenommen zu haben. Bei § 323 c StGB ist es die physische Anwesenheit des Hilfeleistungspflichtigen am Ort des Unglücksfalls, verbunden mit der Wahrnehmung der Hilfebedürftigkeit, die

den Kreis tauglicher Täter begrenzt. Jeder, aber auch nur derjenige, der sich mit der Unglückssituation konfrontiert sieht und durch die wahrgenommenen Umstände zum Eingreifen aufgefordert fühlt, wird zum Täter des Unterlassungsdelikts, wenn er – trotz Möglichkeit und Zumutbarkeit aktiver Hilfe – untätig bleibt. Auch hier wird das zunächst uferlos erscheinende Tätermerkmal durch die Kriterien „Kenntnis der Umstände“ und „Möglichkeit des Handelns“ auf einen kleinen Kreis von Personen zurückgeführt.

(2) Bei der Tatbestandsalternative „weitere Teilnahme sowie die Gewinnausschüttung nicht unterbindet“ verhält es sich ebenso. Diese Alternative greift ein, wenn die Minderjährigkeit des Nutzers „erwiesen“ ist. Wer von der Minderjährigkeit keine Kenntnis hat, kommt schon aus diesem Grund als Täter nicht in Betracht. Innerhalb des Bereichs derjenigen, die von der Minderjährigkeit Kenntnis haben, verringert sich der Kreis potentieller Täter auf die Personen, die die Möglichkeit haben, die weitere Teilnahme oder die Gewinnausschüttung aktiv zu unterbinden.

dd) Wie bei jeder Ordnungswidrigkeit ist auch bei § 13 Abs. 1 Nr. 1 GWS jeder Täter, wer sich an der den Tatbestand des § 13 Abs. 1 Nr. 1 GWS rechtswidrig und vorsätzlich verwirklichenden Tat eines anderen beteiligt, § 14 OWiG.

c) Verhaltensmerkmal

aa) Das tatbestandsmäßige Verhalten besteht in der Unterlassung der Maßnahmen,

- mit denen das Alter einer bestimmten Nutzerin oder eines bestimmten Nutzers ermittelt werden kann (1. Alternative)
- mit denen die weitere Teilnahme einer bestimmten Nutzerin oder eines bestimmten Nutzers verhindert werden kann (2. Alternative)

- mit denen die Auszahlung eines Gewinnes an eine bestimmte Nutzerin oder einen bestimmten Nutzer verhindert werden kann (3. Alternative).

bb) Unter welchen Voraussetzungen eine Verpflichtung zur Vornahme der unterlassenen Handlungen besteht, ergibt sich aus § 13 Abs. 1 Nr. 5 GWS iVm § 3 Abs. 1 GWS:

Minderjährige, also Personen unter 18 Jahren, dürfen nicht an entgeltlichen Gewinnspielsendungen teilnehmen.

Handelt es sich also um eine Gewinnspielsendung, greifen alle drei Alternativen (oben aa) gegenüber diesem Personenkreis.

- Bei konkreten Anhaltspunkten für ein Alter von weniger als 18 Jahren muss das Alter der Nutzerin oder des Nutzers überprüft werden. Da bei Gewinnspielsendungen in der Regel Kommunikation per Telefon stattfindet, ergeben sich die „konkreten Anhaltspunkte“ in erster Linie aus akustisch wahrnehmbaren Kennzeichen der Stimme der Nutzerin / des Nutzers. Die Stimme eines Kindes oder Jugendlichen ist im Regelfall von der Stimme eines Erwachsenen zu unterscheiden. Hat die für den Ablauf der Gewinnspielsendung verantwortliche Person den Eindruck, die Stimme einer Anruferin / eines Anrufers gehöre einer minderjährigen Person, muss sie das Alter überprüfen. Bietet die Stimme hingegen keinen Anhaltspunkt für eine derartige Schlussfolgerung und liegen auch keine anderen Indizien für Minderjährigkeit vor, besteht keine Prüfungspflicht. Da die Gewinnspielsatzung keine bestimmten Überprüfungsmaßnahmen vorschreibt, ist es dem für die Gewinnspielsendung Verantwortlichen überlassen, geeignet erscheinende Maßnahmen zu ergreifen. Da der Bußgeldtatbestand nur an die Überprüfungshandlung, nicht aber an einen Überprüfungserfolg anknüpft, wird der Ordnungswidrigkeitstatbestand schon dann nicht erfüllt, wenn geeignet erscheinende

zumutbare Überprüfungsversuche unternommen worden sind, dabei aber eine zuverlässige zutreffende Information über das Alter der Nutzerin / des Nutzers nicht erlangt werden konnte. Wird also mit den gebotenen Überprüfungsmaßnahmen das richtige Alter der Nutzerin / des Nutzers nicht in Erfahrung gebracht oder gelingt es überhaupt nicht, eine Altersangabe zu erlangen, wird durch das Unterlassen weiterer Überprüfungsmaßnahmen keine Ordnungswidrigkeit begangen.

- Minderjährige dürfen an Gewinnspielsendungen nicht teilnehmen. Dieses Verbot besteht unabhängig von der Erkennbarkeit oder von dem Nachweis des Alters. Der Bußgeldtatbestand knüpft hingegen an den Nachweis des Alters an. Bei einem erwiesenen Alter von noch nicht 18 Jahren muss die weitere Teilnahme der Nutzerin / des Nutzers an der Gewinnspielsendung unterbunden werden. Die für den Tatbestand der Ordnungswidrigkeit relevante Pflicht zur Unterbindung der weiteren Teilnahme besteht also nicht schon dann, wenn eine Nutzerin / ein Nutzer noch nicht 18 Jahre alt ist. Ist dieses Alter nicht erwiesen, besteht zwar ein Teilnahmeverbot, jedoch keine bußgeldbewehrte Pflicht zur Unterbindung der weiteren Teilnahme. Hier erkennt man, dass eine erfolglose Altersüberprüfung (s. o.) kein Ordnungswidrigkeitsrisiko birgt: Die Teilnahme eines Minderjährigen an einer Gewinnspielsendung begründet keine Ordnungswidrigkeit, wenn der Verantwortliche das wirkliche Alter nicht kennt oder irrtümlich von einem Alter von über 18 Jahren ausgeht. Da fahrlässiges Verhalten generell nicht erfasst ist (vgl. § 10 OWiG), kann der Vorwurf einer Ordnungswidrigkeit nicht damit begründet werden, dass der Verantwortliche das wirkliche Alter hätte kennen können und müssen.
- Minderjährigen dürfen keine Gewinne ausgezahlt werden. Dieses Verbot besteht unabhängig davon, ob das Alter der Nutzerin / des

Nutzers bekannt bzw. erwiesen ist. Der Tatbestand der Ordnungswidrigkeit knüpft jedoch an den Nachweis des Alters an. Bei einem erwiesenen Alter von noch nicht 18 Jahren muss die Auszahlung eines Gewinns an die Nutzerin / den Nutzer unterbunden werden. Auch hier besteht die Bußgeldbewehrung der Pflicht zur Verhinderung der Gewinnauszahlung nicht bereits bei einem Alter der Nutzerin / des Nutzers unter 18 Jahren, sondern erst und nur, wenn dieses Alter erwiesen ist. Wie bei der 2. Alternative steht § 10 OWiG einer Verantwortlichkeit für eine unzulässige Gewinnauszahlung an eine Nutzerin / einen Nutzer, deren / dessen Minderjährigkeit nicht bekannt war, aber hätte ermittelt werden können, entgegen. Fahrlässig unzulässige Gewinnauszahlung an einen Minderjährigen ist keine Ordnungswidrigkeit.

Minderjährige unter 14 Jahren dürfen weder an entgeltlichen Gewinnspielsendungen noch an entgeltlichen Gewinnspielen teilnehmen. Für diese Altersgruppe wird also der Tatbestand auf Gewinnspiele jenseits von Gewinnspielsendungen ausgedehnt. Im Übrigen bestehen dieselben Handlungspflichten wie bei den Minderjährigen im Alter zwischen 14 und 18 Jahren. Auch knüpft der Bußgeldtatbestand an dieselben Umstände an wie bei den 14- bis 18-jährigen Minderjährigen: Die Verletzung der Pflicht zur Altersüberprüfung ist nur bei konkreten Anhaltspunkten eine Ordnungswidrigkeit, die Verletzung der Pflicht zur Unterbindung der Teilnahme ist nur bei erwiesenem Alter unter 14 Jahren eine Ordnungswidrigkeit, die Verletzung der Pflicht zur Unterbindung der Gewinnauszahlung ist nur bei erwiesenem Alter unter 14 Jahren eine Ordnungswidrigkeit.

3. Bestimmtheit

a) Tätermerkmal

Das Tätermerkmal weist den erforderlichen Bestimmtheitsgrad auf. Aus den obigen Erläuterungen ergibt sich, dass der Gesetzestext den Täter dadurch bestimmt, dass er seine Stellung gegenüber der Situation beschreibt, die ein aktives Handeln (Überprüfung des Alters, Unterbindung der weiteren Teilnahme bzw. der Gewinnausschüttung) herausfordert. Anhand dieser Kriterien lässt sich zweifelsfrei feststellen, wer durch eigene Untätigkeit zum Täter der Ordnungswidrigkeit werden kann und wer nicht.

b) Verhaltensmerkmal

aa) Die Tatbestandsmerkmale „Gewinnspiel“ und Gewinnspielsendung“ sind in § 2 Nr. 1, Nr. 2 GWS sehr ausführlich und merkmalsreich definiert.

Dass der Bußgeldtatbestand nur entgeltliche Gewinnspiele und Gewinnspielsendungen betrifft, ergibt sich eindeutig aus § 3 Abs. 4 GWS, der unentgeltliche Gewinnspiele und Gewinnspielsendungen vom Anwendungsbereich des § 3 Abs. 1 GWS ausnimmt.

Die Abgrenzung der Entgeltlichkeit von der Unentgeltlichkeit ist in § 2 Nr. 4 GWS präzise geregelt.

Soweit die Veranstalter von Gewinnspielen und Gewinnspielsendungen Mehrwertdienste verwenden, übersteigt das von dem Nutzer zu entrichtende Entgelt die in § 2 Nr. 4 GWS festgesetzten Grenzen. Aus diesem Grund ist für den Veranstalter ohne weiteres erkennbar, ob es sich um ein entgeltliches oder ein unentgeltliches Gewinnspiel handelt.

Der Begriff der „Teilnahme“ ist in § 2 Nr. 3 GWS definiert. An der hinreichenden Bestimmtheit dieser Definitionen besteht kein Zweifel.

bb) Bedenken hinsichtlich der erforderlichen Bestimmtheit könnten bestehen im Hinblick auf die „konkreten Anhaltspunkte“ sowie im Hinblick auf die Maßnahmen zur Prüfung des Alters, deren Unterlassung den Tatbestand der Ordnungswidrigkeit erfüllt.

Letztendlich sind derartige Bedenken jedoch unbegründet.

(1) Welche Umstände konkrete Indizien für ein bestimmtes Alter eines Menschen sind, ergibt sich aus der konkreten Situation, in der jemand mit dieser Person Umgang hat. Ist die Person sichtbar, kann an das äußere Bild der physischen Erscheinung einschließlich sprachlicher Äußerungen angeknüpft werden. Im Falle von Telekommunikation ohne Bildübertragung stehen Stimme und Sprache als Anknüpfungstatsachen zur Verfügung. Eine präzisere sprachliche Beschreibung der relevanten Altersindizien im Text der Bußgeldvorschrift ist vor allem deswegen nicht geboten, weil die Bußgelddrohung lediglich an vorsätzliches Verhalten anknüpft, § 10 OWiG. Für den Verpflichteten besteht nicht die Gefahr, dass ihm eine Geldbuße auferlegt wird, weil er bestimmte auf das Alter der Person hindeutende Tatsachen übersehen hat.

(2) Auf welche Weise eine Altersüberprüfung durchzuführen ist, schreibt die Gewinnspielsatzung nicht vor. Der Veranstalter der Gewinnspielsendung bzw. des Gewinnspiels hat also einen Handlungsspielraum, den er nach eigenem Ermessen ausfüllen kann. Die Gewinnspielsatzung überlässt dem Veranstalter die Organisation der Gewinnspielsendung bzw. des Gewinnspiels einschließlich des Verfahrens der Altersüberprüfung. Erforderlich ist nur, dass überhaupt eine Überprüfung des Alters stattfinden kann. Ist dies der Fall und wird es im konkreten Fall praktiziert, begeht der Veranstalter keine Ordnungswidrigkeit. Im Normalfall wird es genügen, die Nutzerin / den Nutzer zur Angabe des Alters aufzufordern. Da der Bußgeldtatbestand nicht auf die Erlangung einer wahrheitsgemäßen Altersangabe abstellt, begeht der Veranstalter keine Ord-

nungswidrigkeit, wenn er eine Prüfungsmethode anwendet, die ihm keine wahrheitsgemäße Altersangabe verschafft.

II. §§ 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5, 46 S. 1, 8 a RStV iVm § 13 Abs. 1 Nr. 2 GWS

1. Gesetzestext

(1) Eine Ordnungswidrigkeit nach § 49 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 des Rundfunkstaatsvertrags begeht, wer

2. entgegen § 8a Abs. 1 Satz 6 des Rundfunkstaatsvertrags ein Gewinnspiel / eine Gewinnspielsendung anbietet, für das / die insgesamt ein Entgelt von mehr als 50 Cent erhoben wird

§ 8 a Abs. 1 S. 6 RStV: Für die Teilnahme darf nur ein Entgelt bis zu 0,50 Euro verlangt werden

2. Erläuterungen

a) Tätermerkmal

§ 13 Abs. 1 Nr. 2 GWS enthält kein besonderes personenbezogenes Tätermerkmal. Täter ist, „wer“ durch eigenes Verhalten das tatbestandsmäßige Verhaltensmerkmal erfüllt. Das Verhaltensmerkmal ist das Anbieten eines Gewinnspiels oder einer Gewinnspielsendung. Täter ist also der Anbieter der Gewinnspielsendung oder des Gewinnspiels.

Die im Kommentar zum Rundfunkstaatsvertrag von **Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner** bei Rn 86 zu § 49 RStV artikulierten Zweifel bezüglich des Kreises der Verbotsadressaten sind jedenfalls an dieser Stelle unbegründet:

„... ob sich das gesetzliche Verbot – naheliegenderweise – an den Rundfunk- bzw. Telemedienanbieter richtet, der durch Verwendung einer Mehrwertenummer ein Entgelt ‘verlangt’, oder an den Telefonanbieter, der das aus Spieleinsatz und Gegenleistung für die Telekommunikationsdienstleistung zusammengesetzte Entgelt beim Endkunden – ggf. zuzüglich individueller Entgelte der Mobilfunkbetreiber – ‘erhebt’“.

Es mag sein, dass der Text des § 8a Abs. 1 S. 6 RStV unterschiedliche Deutungen zulässt. Denn vom Kunden des Telekommunikationsdienstleisters „verlangt“ wird das Entgelt von Seiten eben dieses Dienstleisters. Man kann daher durchaus die Auffassung vertreten, dass sich § 8 a Abs. 1 S. 6 RStV dem Wortlaut nach nicht ausschließlich an die Veranstalter von Gewinnspielen und Gewinnspielsendungen, sondern auch an die mit diesen kooperierenden Telekommunikationsdienstleister richtet. Dies schlägt jedoch nicht auf das Tätermerkmal des in § 13 Abs. 1 Nr. 2 GWS normierten Ordnungswidrigkeitentatbestands durch. Denn die Ordnungswidrigkeit wird weder durch das Verlangen noch durch das Erheben eines Entgelts, sondern durch das Anbieten des Gewinnspiels oder der Gewinnspielsendung begangen. Täter wird man nicht durch das Verlangen oder Erheben von Entgelt, sondern durch das Anbieten des Gewinnspiels bzw. der Gewinnspielsendung. Dass Telekommunikationsdienstleister keine Gewinnspiele und Gewinnspielsendungen anbieten, steht außer Zweifel, selbst wenn sie an der Realisierung eines Gewinnspiels oder einer Gewinnspielsendung mitwirken.

b) Verhaltensmerkmal

aa) Die Teilnahme an Gewinnspielsendungen und Gewinnspielen erfolgt durch Nutzung von Telekommunikationseinrichtungen. Für die Nutzung dieser Telekommunikationsdienste iSd § 3 Nr. 24 TKG wird eine Gebühr fällig. Diese ist an den Teilnehmernetzbetreiber zu entrichten. Die Veranstalter von Gewinnspielsendungen sind in diesem Zusammenhang

Mehrwertediensteanbieter, die eine telekommunikationsgestützte Dienstleistung iSd § 3 Nr. 25 TKG erbringen, für die der Nutzer ein zusätzliches Entgelt schuldet. Um an einer Gewinnspielsendung oder einem Gewinnspiel teilnehmen zu können, muss der Nutzer also eine entgeltliche Telekommunikationsdienstleistung und eine entgeltliche telekommunikationsgestützte Dienstleistung in Anspruch nehmen. Denn „Teilnahme“ iSd § 2 Nr. 3 GWS setzt sich zusammen aus der „Nutzung eines dafür geeigneten Kommunikationsweges“ (Telekommunikationsdienstleistung iSd § 3 Nr. 24 TKG) und dem „Versuch Kontakt zu dem Anbieter im Hinblick auf den Erhalt einer Gewinnmöglichkeit aufzunehmen“ (telekommunikationsgestützte Dienstleistung iSd § 3 Nr. 25 TKG). Für beide Dienstleistungen muss der Nutzer ein Entgelt entrichten. Die Summe der beiden Entgelte darf gemäß § 8 a Abs. 1 S. 6 RStV einen Gesamtbetrag von 50 Cent nicht übersteigen. Diese Betragsgrenze markiert die Erheblichkeitsschwelle, die wiederum für die Abgrenzung der Gewinnspiele von den – einer staatlichen Genehmigung bedürftigen – Glücksspielen relevant ist⁵⁵. Das bedeutet, dass der Veranstalter eines Gewinnspiels oder einer Gewinnspielsendung das für die telekommunikationsgestützte Dienstleistung geforderte Entgelt so bemessen muss, dass der Gesamtbetrag von 0,50 € nicht überschritten wird.

bb) Das den Ordnungswidrigkeiten-Tatbestand erfüllende Verhalten besteht darin, dass der Veranstalter eine Gewinnspielsendung oder ein Gewinnspiel durchführt, nachdem er die Höhe des Entgelts für die telekommunikationsgestützte Dienstleistung so bemessen hat, dass der Nutzer für eine Teilnahme insgesamt ein Entgelt von mehr als 0,50 € entrichten muss.

⁵⁵ Schönke/Schröder/Heine § 284 Rn 6.

3. Bestimmtheit

Durch die Festlegung einer betragsmäßig gekennzeichneten Grenze (0,50 €) ist ein Höchstmaß an Tatbestandsbestimmtheit gewährleistet.

Zwei Probleme bedürfen an dieser Stelle der Erörterung, weil der Text des § 13 Abs. 1 Nr. 2 GWS dazu keine explizite Aussage trifft:

aa) Die Entgeltgrenze von 0,50 € wird bei einem Anruf aus dem Festnetz nicht überschritten, sie wird jedoch bei mehreren aufeinanderfolgenden Anrufen überschritten. Daher könnte fraglich sein, ob der Tatbestand des § 13 Abs. 1 Nr. 2 GWS erfüllt ist, wenn ein Nutzer durch mehrmaliges Anrufen eine Entgeltzahlungspflicht begründet, deren Gesamtbetrag über 0,50 € liegt. Der Text des § 13 Abs. 1 Nr. 2 GWS äußert sich nämlich unmittelbar nicht dazu, zu welchem entgeltpflichtigen Sachverhalt der Grenzbetrag von 0,50 € in Beziehung zu setzen ist, insbesondere, ob es auf den zeitlichen Abstand zwischen den Anrufen ankommt.

Aufklärung gibt in diesem Punkt jedoch § 8 a Abs. 1 S. 6 RStV, auf den in § 13 Abs. 1 Nr. 2 GWS verwiesen wird. Dort ist die Entgeltgrenze von 0,50 € in Beziehung gesetzt zu der „Teilnahme“. Diese wiederum ist gem. § 2 Nr. 3 GWS der Versuch des Nutzers, mit Kommunikationsmitteln Kontakt zum Anbieter aufzunehmen. Teilnahme ist also der einzelne Anruf oder die einzelne abgesandte Postkarte. Jeder weitere Anruf, jede weitere abgesandte Postkarte ist eine neue Teilnahme, für die die Grenze von 0,50 € gilt. Eine Kumulation der Einzelbeträge findet nicht statt, weil die 0,50-Euro-Grenze auf einen einzigen Teilnahmevorgang bezogen und begrenzt ist. Ein Veranstalter verstößt also nicht gegen § 8 a Abs. 1 S. 6 RStV und begeht keine Ordnungswidrigkeit nach § 13 Abs. 1 Nr. 2 GWS, wenn er es zulässt, dass Nutzer mit mehreren Versuchen an einem Gewinnspiel bzw. einer Gewinnspielsendung teilnehmen und dabei eine Entgeltzahlungspflicht begründen, deren Gesamtbetrag über 0,50 € liegt. Nur so ist es im Übrigen zu erklären, warum § 8 Abs. 1 GWS die Aufforderung zu wiederholter Teilnahme untersagt. Dieses Verbot wäre über-

flüssig, wenn schon die Ermöglichung wiederholter Teilnahme ein Verstoß gegen § 8 a Abs. 1 S. 6 RStV wäre.

bb) Zu einer Überschreitung der 0,50-Euro-Grenze schon durch eine einzige Teilnahme kann es kommen, wenn ein Nutzer die Kontaktaufnahme mit einem Anruf mittels eines Mobilfunkgeräts versucht. Denn während die Entgelttarife für Festnetzanrufe durch die Bundesnetzagentur einheitlich festgelegt werden, legen Mobilfunkbetreiber die Entgelte eigenständig fest. Die Tarife sind demzufolge auch erheblich höher als im Festnetzbereich. Die Frage ist, ob aus diesem Grund ein Verstoß gegen § 8 a Abs. 1 S. 6 RStV vorliegt, wenn Teilnahme am Gewinnspiel bzw. an der Gewinnspielsendung mittels Mobilfunknetz ermöglicht wird. Die Frage wäre eindeutig zu bejahen, sofern eine Teilnahme allein auf diese Weise und auf diesem Kommunikationsweg möglich wäre. Dann nämlich wäre jeder Teilnehmer gezwungen, schon bei einmaliger Teilnahme eine Entgeltschuld einzugehen, die die Erheblichkeitsgrenze von 0,50 € überschreitet. Ist dagegen die telefonische Teilnahme aus dem Festnetz möglich, kann jeder Teilnehmer seine Gewinnchance mit einem einmaligen Einsatz von nicht mehr als 0,50 € wahrnehmen. Ob er von dieser Möglichkeit Gebrauch macht oder ob er mit einem Mobiltelefon anruft, liegt ebenso außerhalb des Einflussbereichs des Veranstalters wie die Zahl der wiederholten Teilnahmeversuche eines Nutzers. Für die Einhaltung des von § 8a Abs. 1 S. 6 RStV gesetzten Rahmens reicht es deshalb aus, wenn der Veranstalter eine Teilnahmemöglichkeit zur Verfügung stellt, bei deren Wahrnehmung ein Entgelt von nicht mehr als 0,50 € fällig wird.

cc) Die in dem RStV-Kommentar von **Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/ Stettner** bei Rn 86 zu § 49 RStV aufgestellte Nichtigkeitsbehauptung bzgl. § 13 Abs. 1 Nr. 2 GWS ist nachvollziehbar, im Ergebnis jedoch nicht durchgreifend und deshalb zurückzuweisen:

„Der Wortlaut der Bestimmung lässt eine Interpretation nicht mehr zu, welche den Höchstbetrag von 50 Cent auf den einzelnen Teilnahmevorgang bezieht, wie es das Gesetz tut, denn das wäre eindeutig kein ‘für die Gewinnspielsendung insgesamt’ erhobener Betrag. § 13 Abs. 1 Nr. 2 GWS dürfte nichtig sein ...“

Aus der Bezugnahme auf § 8 a Abs. 1 S. 6 RStV in § 13 Abs. 1 Nr. 2 GWS ist ersichtlich, dass die Entgeltobergrenze von 50 Cent, die übereinstimmend sowohl in § 8 a Abs. 1 S. 6 RStV dem Verbot als auch in § 13 Abs. 1 Nr. 2 GWS dem Tatbestand der Ordnungswidrigkeit zugrunde gelegt wird, auf den einzelnen Akt einer „Teilnahme“ bezogen ist. Der Kritik ist zwar zuzugeben, dass der Ausdruck „Teilnahme“ in § 13 Abs. 1 Nr. 2 GWS nicht verwendet wird und deshalb bei oberflächlicher Betrachtung auch ein anderer Entgelt-Zusammenhang hergestellt werden könnte. Dafür gibt es jedoch weder einen sachlichen Grund noch einen Anknüpfungspunkt im Text des § 13 Abs. 1 Nr. 2 GWS. Zutreffend weist der Kommentator darauf hin, dass die Worte „für das / die“ in § 13 Abs. 1 Nr. 2 GWS das Element „50 Cent erhoben“ verbinden mit den Worten „ein Gewinnspiel / eine Gewinnspielsendung“. Es ist jedoch offensichtlich, dass die Leistung, für die als Gegenleistung ein Entgelt von maximal 50 Cent zu entrichten ist, nicht das Gewinnspiel oder die Gewinnspielsendung als solche/s sein kann. Von wem sollte dieses Entgelt auch entrichtet werden? Nur Gewinnspielteilnehmer zur Zahlung heranzuziehen, wäre vollkommen ungerechtfertigt, wenn nicht ihre individuelle Teilnahme die Leistungsanspruchnahme wäre, für die das Entgelt verlangt wird. Abwegig wäre es vor allem, das Entgelt für „die Gewinnspielsendung insgesamt“ in den Kontext einer Telekommunikationsdienstleistung zu stellen. Nicht die Durchführung des Gewinnspiels / der Gewinnspielsendung, sondern die Eröffnung der Möglichkeit zur Teilnahme an ihm / ihr ist die Leistung, die über Telekommunikationseinrichtungen angenommen werden kann und für die das Entgelt von maximal 50 Cent zu entrichten ist. Die Leistung „Gewinnspiel“ oder „Gewinnspielsendung“ wird allen Fern-

sehzuschauern erbracht, auch solchen, die nicht am Gewinnspiel teilnehmen. Keiner dieser Fernsehzuschauer muss für das Anschauen der Sendung ein Entgelt entrichten.

dd) Zugegebenermaßen ist der Text des § 13 Abs.1 Nr. 2 GWS nicht völlig frei von missverständlichen Bestandteilen. Die Wortlaute von § 8a Abs. 1 S. 6 RStV einerseits und § 13 Abs. 1 Nr. 2 GWS andererseits sind nicht optimal aufeinander abgestimmt. Dies ist in Anbetracht der Verweisung aus § 13 Abs. 1 Nr. 2 GWS auf § 8 a Abs. 1 S. 6 RStV misslich. Irreführend ist zudem die Verwendung des Wortes „insgesamt“ in § 13 Abs. 1 Nr. 2 GWS. Empfehlenswert ist eine sprachliche Umgestaltung des § 13 Abs. 1 Nr. 2 GWS, durch die klargestellt wird, dass die Bußgeldandrohung nur Vorgänge erfasst, bei denen ein einzelner Teilnehmer für einen einzelnen Teilnahme-Akt (ein Telefonanruf) mehr als 50 Ct Entgelt aufwenden muss. Eine klarere Formulierung ist also wünschenswert und auch möglich: Statt „Entgelt“ könnte man präzisierend den Ausdruck „Teilnahmeentgelt“ verwenden. Das Wort „insgesamt“, dessen Sinn im vorliegenden Zusammenhang in der Tat fraglich ist, könnte ersatzlos gestrichen werden.

Beispiel: „entgegen § 8 a Abs. 1 S. 6 RStV ein Gewinnspiel / eine Gewinnspielsendung anbietet, bei dem / der für eine Teilnahme ein Entgelt von mehr als 50 Ct zu entrichten ist“

Insgesamt lassen sich die Unklarheiten jedoch auch auf der Grundlage des geltenden Normtextes mit einer Auslegung überwinden, die den Zusammenhang des § 13 Abs. 1 Nr. 2 GWS mit § 8 a Abs. 1 S. 6 RStV in den Blick nimmt und auswertet. Das Verdikt der Nichtigkeit ist überzogen.

III. §§ 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5, 46 S. 1, 8 a RStV iVm § 13 Abs. 1 Nr. 3 GWS

1. Gesetzestext

(1) Eine Ordnungswidrigkeit nach § 49 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 des Rundfunkstaatsvertrags begeht, wer

3. entgegen § 5 Abs. 1 Satz 2 nicht für die von ihm veranstalteten Gewinnspiele und Gewinnspielsendungen verbindliche allgemeine Teilnahmebedingungen aufstellt oder diese nicht veröffentlicht,

§ 5 Abs. 1: Gewinnspiele und Gewinnspielsendungen sind transparent zu gestalten. Hierzu hat der Anbieter im Vorfeld allgemein verständliche Teilnahmebedingungen aufzustellen und auf seiner Webseite und – sofern vorhanden – im Fernsehangebot zu veröffentlichen.

2. Erläuterungen

a) Tätermerkmal

aa) Aus § 13 Abs. 1 Nr. 3 GWS geht hervor, dass Täter der Veranstalter von Gewinnspielen oder Gewinnspielsendungen ist. Denn das Verhaltensmerkmal „nicht aufstellt“ oder „nicht veröffentlicht“ ist verbunden mit den Worten „von ihm“. Die Person, die nicht aufstellt / nicht veröffentlicht ist also identisch mit der Person, die das Gewinnspiel / die Gewinnspielsendung veranstaltet. Durch die Bezugnahme des § 13 Abs. 1 Nr. 3 GWS auf § 5 Abs. 1 GWS wird darüber hinaus deutlich gemacht, dass Täter der „Anbieter“ ist. „Anbieter“ hat in Bezug auf die Gewinnspiele oder Gewinnspielsendungen dieselbe Bedeutung wie „Veranstalter“.

bb) Da das Merkmal „Anbieter“ ein besonderes persönliches Merkmal ist, können unter den Voraussetzungen des § 9 OWiG auch Organe, Vertreter usw. des Anbieters Täter der Ordnungswidrigkeit sein.

cc) Personen, die nicht Anbieter bzw. Veranstalter des Gewinnspiels / der Gewinnspielsendung sind und auch nicht gem. § 9 OWiG als solche behandelt werden, sich aber an dem tatbestandsmäßigen Verhalten des Anbieters / Veranstalters beteiligen, sind gem. § 14 OWiG dem Täter gleichgestellt.

b) Verhaltensmerkmal

Das tatbestandsmäßige Verhalten besteht in der Nichterfüllung von zwei Pflichten, die in § 5 Abs. 1 S. 2 GWS beschrieben sind:

- Aufstellung allgemein verständlicher Teilnahmebedingungen
- Veröffentlichung der Teilnahmebedingungen auf der Webseite sowie gegebenenfalls im Fernsehtextangebot.

Beide Pflichten sind „im Vorfeld“ zu erfüllen, also vor Beginn einer Gewinnspielsendungen oder eines Gewinnspieles.

Der objektive Tatbestand der Ordnungswidrigkeit wird also durch Unterlassen erfüllt:

- Unterlassung der Aufstellung allgemein verständlicher Teilnahmebedingungen,

darunter fällt auch:

- Aufstellung von Teilnahmebedingungen, die inhaltlich unzureichend sind (nicht allgemein verständlich, unvollständig, intransparent)
- Zu späte Aufstellung der Teilnahmebedingungen (nicht im Vorfeld)
- Unterlassung der Veröffentlichung der Teilnahmebedingungen,

darunter fällt auch:

- Veröffentlichung inhaltlich unzulänglicher Teilnahmebedingungen
- Zu späte Veröffentlichung der Teilnahmebedingungen

3. Bestimmtheit

Zweifel an hinreichender Bestimmtheit könnten hinsichtlich der erforderlichen Qualität der Teilnahmebedingungen bestehen. Denn § 13 Abs. 1 Nr. 3 GWS iVm § 5 Abs. 1 S. 2 GWS schreibt nicht vor, welchen (Mindest-)Inhalt die Teilnahmebedingungen haben müssen.

Außerdem wird nicht definiert, welche Anforderungen die Formulierung von Teilnahmebedingungen erfüllen muss, um „allgemein verständlich“ zu sein.

Eine abstrakte gesetzliche Festlegung des Inhalts der Teilnahmebedingungen ist jedoch nicht sinnvoll, da der Veranstalter das Gewinnspiel / die Gewinnspielsendung gestaltet und danach sich die Teilnahmebedingungen richten, deren Einhaltung einen geordneten Ablauf des Gewinnspiels/ der Gewinnspielsendung gewährleistet. Aus den Anforderungen des konkreten Gewinnspiels / der konkreten Gewinnspielsendung ergibt sich, die Erfüllung welcher Bedingungen von den Teilnehmern zu verlangen ist. Im Hinblick auf das Risiko, durch eine insuffiziente inhaltliche Ausgestaltung der Teilnahmebedingungen eine Ordnungswidrigkeit gem. § 13 Abs. 1 Nr. 3 GWS zu begehen, ist auf folgendes hinzuweisen: Dieses Risiko wird hier wie bei sämtlichen Tatbeständen des § 13 Abs. 1 GWS durch den Ausschluss einer Fahrlässigkeitshaftung (§ 10 OWiG) reduziert. Wenn der Veranstalter ein Gewinnspiel / eine Gewinnspielsendung durchführt und dabei die Vorstellung hat, ausreichende Teilnahmebedingungen aufgestellt und veröffentlicht zu haben, hat er nicht den Vorsatz, den objektiven Tatbestand dieser Ordnungswidrigkeit zu erfüllen. Handelt es sich dabei um eine fahrlässige Fehlvorstellung, begründet dies keine Ordnungswidrigkeit. Des Weiteren wird die Gefahr einer Ordnungswidrigkeit

durch die zeitliche Konstellation zwischen Aufstellung und Veröffentlichung der Teilnahmebedingungen und Durchführung des Gewinnspiels / der Gewinnspielsendung gemindert. Die Teilnahmebedingungen sind im Vorfeld aufzustellen und zu veröffentlichen. Der objektive Tatbestand der Ordnungswidrigkeit kann frühestens verwirklicht werden, wenn ein Gewinnspiel / eine Gewinnspielsendung gestartet wird, ohne dass zuvor Teilnahmebedingungen aufgestellt und veröffentlicht wurden. In dem Zeitraum zwischen Aufstellung und Veröffentlichung der Teilnahmebedingungen und Gewinnspiel / Gewinnspielsendung hat der Veranstalter die Möglichkeit, die Teilnahmebedingungen der Aufsichtsbehörde vorzulegen und von ihr prüfen zu lassen. Auf Verlangen ist er dazu sogar verpflichtet, § 12 Abs. 1 Nr. 2 GWS. Zweifel über die Korrektheit und Vollständigkeit der Teilnahmebedingungen können auf diese Weise beseitigt werden. Zudem wird für den Veranstalter ein Vertrauenstatbestand geschaffen, wenn die Aufsichtsbehörde die vorgelegten Teilnahmebedingungen nicht beanstandet. Die Aufsichtsbehörde kann daher später nicht den Vorwurf einer Ordnungswidrigkeit mit der Begründung erheben, es wären keine ausreichenden Teilnahmebedingungen aufgestellt oder veröffentlicht worden.

Auch bezüglich des Kriteriums „allgemein verständlich“ bestehen im Ergebnis keine durchgreifenden Einwände gegen die ausreichende Bestimmtheit. Diese Eigenschaft eines Textes lässt sich nicht in einem Gesetzestext präzisieren. Zu vielfältig sind die Möglichkeiten der sprachlichen Gestaltung von Teilnahmebedingungen. Mehr als Selbstverständlichkeiten könnte der Gesetzgeber nicht aufführen, wenn er den Versuch unternähme, das Qualitätsmerkmal „allgemein verständlich“ zu definieren. Entscheidend ist auch hier wieder die Möglichkeit des Veranstalters, die aufgestellten Teilnahmebedingungen der Aufsichtsbehörde vorzulegen und sich von ihr entweder Allgemeinverständlichkeit bestätigen oder Empfehlungen zu einer verständlicheren Gestaltung der Teilnahmebedingungen geben zu lassen. Wiederum entsteht ein Vertrauenstatbestand,

wenn dem Text entweder Allgemeinverständlichkeit attestiert wird oder die von der Aufsichtsbehörde gegebenen Empfehlungen zur Verbesserung der Verständlichkeit aufgenommen und umgesetzt werden.

Der Tatbestand der Ordnungswidrigkeit ist daher hinreichend bestimmt.

IV. §§ 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5, 46 S. 1, 8 a RStV iVm § 13 Abs. 1 Nr. 4 GWS

1. Gesetzestext

(1) Eine Ordnungswidrigkeit nach § 49 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 des Rundfunkstaatsvertrags begeht, wer

4. bei einem technischen Auswahlverfahren entgegen § 5 Abs. 2 eine technische Protokollierung des Ablaufs des Auswahlmechanismus nicht sicherstellt bzw. das Nutzerinnen- und Nutzeraufkommen nicht protokolliert

§ 5 Abs. 2: Für den Fall, dass der Anbieter eines Gewinnspiels / einer Gewinnspielsendung eine Auswahl unter den Nutzerinnen und Nutzern im Hinblick auf die Unterbreitung eines Lösungsvorschlags vornimmt, hat der Anbieter den Einsatz des eingesetzten Auswahlverfahrens, den Auswahlmechanismus selbst und / oder seine Parameter zu protokollieren. Für jeden Zeitpunkt des laufenden Spiels ist die Anzahl der Nutzerinnen und Nutzer zu protokollieren und zu belegen.

2. Erläuterungen

a) Tätermerkmal

Der Text des § 13 Abs. 1 Nr. 4 GWS enthält kein personenbezogenes Tätermerkmal. Das Tätermerkmal ist daher in das Verhaltensmerkmal integriert. Täter ist, „wer“ durch sein Verhalten das Verhaltensmerkmal

des § 13 Abs. 1 Nr. 4 GWS verwirklicht. Da das Verhaltensmerkmal des § 13 Abs. 1 Nr. 4 GWS unterlassungsdeliktischen Charakter hat, bedarf es einer Einschränkung des Kreises tätertauglicher Personen. Es muss festgelegt werden, wer die Pflicht zur Vornahme der Handlung hat, deren Unterlassung dem Verhaltensmerkmal des § 13 Abs. 1 Nr. 4 GWS entspricht. Anderenfalls wäre jeder Unterlassende Täter, der die Möglichkeit zur Vornahme dieser Handlung hat. Täter sollen aber nur Personen ein, die die Pflicht zur Vornahme der Handlungen haben, deren Unterlassung mit Geldbuße bedroht ist. § 13 Abs. 1 Nr. 4 GWS grenzt den Täterkreis nicht ein.

Eine Täterbestimmung ist aber dem § 5 Abs. 2 GWS zu entnehmen, auf den § 13 Abs. 1 Nr. 4 GWS verweist: Danach obliegt die Protokollierungspflicht, deren Nichterfüllung § 13 Abs. 1 Nr. 4 GWS mit Geldbuße bedroht, dem „Anbieter“ des Gewinnspiels / der Gewinnspielsendung. Unmittelbare Täter der Ordnungswidrigkeit können also nur Anbieter von Gewinnspielen / Gewinnspielsendungen sein.

§ 9 OWiG erweitert den Täterkreis auf Organe, Vertreter usw.

Sonstige Personen können durch Beteiligung an tatbestandsmäßigem Verhalten des Anbieters gem. § 14 OWiG dem Täter gleichgestellt werden.

b) Verhaltensmerkmal

Das Verhaltensmerkmal dieser Ordnungswidrigkeit setzt sich aus zwei Komponenten zusammen:

aa) Mit der Bezugnahme auf ein „technisches Auswahlverfahren“ legt die Gewinnspielsatzung fest, dass tatbestandsmäßiges Verhalten nur bei einer bestimmten Gestaltung des Spielablaufs möglich ist. Wie diese Gestaltung konkret beschaffen sein muss, ergibt sich aus § 5 Abs. 2 GWS. Danach handelt es sich um ein Gewinnspiel, bei dem nur ein Teil der Nutzer, die mittels Kommunikationseinrichtungen Kontakt mit dem

Spielveranstalter aufzunehmen versuchen, tatsächlich die Gelegenheit erhält, einen Lösungsvorschlag zu unterbreiten. Aus der Vielzahl der Teilnehmer werden also einige ausgewählt, die anderen scheitern mit ihrem Versuch der Teilnahme schon an dieser Schwelle. Der Bußgeldtatbestand bezieht sich allein auf technische Auswahlverfahren, für die § 5 Abs. 2 GWS besondere Bedingungen aufstellt.

bb) Mit den Worten „nicht sicherstellt“ und „nicht protokolliert“ bringt die Gewinnspielsatzung zum Ausdruck, dass das tatbestandsmäßige Verhalten ein Unterlassen ist. Dies ist allerdings so nicht vollkommen zutreffend, wie der Blick auf die in Bezug genommene Vorschrift § 5 Abs. 2 GWS zeigt. Dem tatbestandsmäßigen Unterlassen korrespondiert eine Handlung, zu deren Vornahme der Satzungsadressat verpflichtet ist. Die Art der Handlung ist in § 5 Abs. 2 GWS beschrieben. Danach hat der Anbieter dafür zu sorgen, dass während des Auswahlverfahrens im Rahmen einer Gewinnspielsendung technisch protokolliert wird, auf welche Weise der Auswahlmechanismus unter den Teilnehmern die Auswahl derjenigen trifft, die einen Lösungsvorschlag unterbreiten können. Anhand der Protokollierung soll im Nachhinein erklärt werden können, warum ein bestimmter Teilnehmer ausgewählt wurde und andere Teilnehmer nicht ausgewählt wurden. Diese Erklärung wiederum ermöglicht die Prüfung, ob die Bedingungen des § 5 Abs. 2 GWS eingehalten worden sind oder nicht.

Die in § 5 Abs. 2 S. 1 GWS beschriebene Handlung ist vom Anbieter vor dem Gewinnspiel / der Gewinnspielsendung vorzunehmen. Er muss vor der Veranstaltung die technischen Voraussetzungen dafür schaffen, dass während des Gewinnspiels / der Gewinnspielsendung die vorgeschriebene Protokollierung stattfindet. Die Unterlassung dieser Maßnahmen ist der erste Akt des tatbestandsmäßigen Verhaltens. Der zweite Akt ist die Durchführung des Gewinnspiels / der Gewinnspielsendung ohne Protokollierungsvorgang.

cc) Tatbestandsmäßig ist daher letztendlich die Durchführung eines Gewinnspiels oder einer Gewinnspielsendung mit einem technischen Auswahlverfahren, bei dem das Wirken des Auswahlmechanismus nicht technisch protokolliert wird, weil der Anbieter es zuvor unterlassen hat, die technischen Voraussetzungen für die Protokollierung während des Gewinnspiels / der Gewinnspielsendung zu schaffen.

Hier nicht berücksichtigt wird die Tatbestandsalternative „das Nutzerinnen- und Nutzeraufkommen nicht protokolliert“, da die korrespondierende Vorschrift § 5 Abs. 2 S. 2 GWS durch Urteil des BayVGh vom 28.10.2009 für den Bereich des Freistaats Bayern für ungültig erklärt wurde.

3. Bestimmtheit

a) Die ausfüllende Vorschrift des § 5 Abs. 2 S. 1 GWS beschreibt das tatbestandsmäßige Verhalten so präzise, dass der von der Norm angesprochene Anbieter erkennen kann, welches konkrete Verhalten von ihm verlangt wird und durch welches Fehlverhalten er eine Ordnungswidrigkeit begeht.

b) Dennoch wäre eine bessere Abstimmung des § 13 Abs.1 Nr. 4 GWS mit § 5 Abs. 2 S. 1 GWS wünschenswert. Der Text des § 13 Abs. 1 Nr. 4 GWS erweckt den Eindruck, dass das tatbestandsmäßige Verhalten allein in der Unterlassung der Sicherstellung bestehe. Dies ist jedoch so nicht richtig, weil diese Unterlassung so lange irrelevant ist, wie kein Gewinnspiel / keine Gewinnspielsendung veranstaltet wird. Erst mit der tatsächlichen Durchführung eines Gewinnspiels / einer Gewinnspielsendung gewinnt die vorherige Unterlassung Bedeutung für die Verwirklichung des Bußgeldtatbestandes. Die eigentliche Tathandlung ist daher die Durchführung des Gewinnspiels / der Gewinnspielsendung. Das tatbestandsmäßige Verhalten ist also die Durchführung des Gewinnspiels / der Gewinnspielsendung unter technischen Voraussetzungen, die eine Protokollierung des technischen Auswahlverfahrens nicht gewährleisten.

Besser wäre daher eine Formulierung des § 13 Abs. 1 Nr. 4 GWS etwa in folgender Weise:

„entgegen § 5 Abs. 2 ein Gewinnspiel oder eine Gewinnspielsendung mit einem technischen Auswahlverfahren veranstaltet, bei dem [oder: bei dessen Anwendung] eine technische Protokollierung des Ablaufs des Auswahlmechanismus nicht sichergestellt ist.“

V. §§ 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5, 46 S. 1, 8 a RStV iVm § 13 Abs. 1 Nr. 5 GWS

1. Gesetzestext

(1) Eine Ordnungswidrigkeit nach § 49 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 des Rundfunkstaatsvertrags begeht, wer

5. entgegen § 6 Abs. 1 falsche, irreführende oder widersprüchliche Angaben macht

§ 6 Abs. 1 : Aussagen jeglicher Art, die falsch, zur Irreführung geeignet oder widersprüchlich sind, insbesondere über die Spieldauer, den Gewinn, die Lösungslogik der Aufgabe, die Anzahl der Nutzerinnen und Nutzer, den Schwierigkeitsgrad eines Spiel sowie über die allgemeinen Teilnahmebedingungen und das Verfahren zur Auswahl der Nutzerinnen und Nutzer, einschließlich der Möglichkeit, ausgewählt zu werden, sind unzulässig. Die Vorspiegelung eines Zeitdrucks ist unzulässig.

2. Erläuterungen

a) Tätermerkmal

Wie oben erläutert, legt § 49 Abs. 1 S. 2 RStV den Kreis tauglicher Täter nicht allgemein fest. Dasselbe gilt für § 13 Abs. 1 GWS. Diese Vorschrift

enthält in ihrem einleitenden Halbsatz im Hinblick auf den Täter lediglich das Wort „wer“. Daraus ergibt sich zunächst einmal, dass der Kreis tauglicher Täter nicht von vornherein – in Bezug auf die einzelnen Bußgeldtatbestände also gewissermaßen „vor die Klammer gezogen“ – beschränkt ist. Täter kann jedermann sein. Wer bei den verschiedenen in § 13 Abs. 1 GWS normierten Ordnungswidrigkeiten Täter sein kann, ergibt sich jeweils erst aus der Tatbeschreibung des einzelnen Bußgeldtatbestandes. Enthält diese kein personenbezogenes Merkmal, ist der Täter bzw. der Kreis der Personen, die Täter sein können, in die Verhaltensbeschreibung integriert. Da dem Ordnungswidrigkeitenrecht wie dem Strafrecht das Modell des restriktiven Täterbegriffs zugrunde liegt, ist Täter jede Person, die das als ordnungswidrig beschriebene Verhalten unmittelbar eigenhändig vollzieht. Da im Ordnungswidrigkeitenrecht das Einheitstäterprinzip gilt, ist Täter auch, wer nach Maßgabe des § 14 OWiG an der Tat eines anderen Täters beteiligt ist.

Der Text des § 13 Abs. Nr. 5 GWS enthält kein personenbezogenes täterbeschreibendes Merkmal. Daher ist Täter jede Person, die im Zusammenhang mit einem Gewinnspiel oder einer Gewinnspielsendung falsche, irreführende oder widersprüchliche Angaben macht.

Der Text des § 6 Abs. 1 GWS enthält ebenfalls kein personenbezogenes täterbeschreibendes Merkmal. Deshalb bleibt es bei der Aussage, die zur Beschreibung des Täterkreises in § 13 Abs. 1 Nr. 5 GWS gemacht wurde.

b) Verhaltensmerkmal

aa) Angaben machen

Das tatbestandsmäßige Verhalten ist als aktives Tun beschrieben. Tatbestandsmäßig ist das „Machen“ von Angaben, die falsch, irreführend oder widersprüchlich sind. Der Tatbestand kann jedoch auch durch Unterlassen verwirklicht werden. Dazu ist erforderlich, dass jemand eine Garan-

tenstellung hat und auf Grund dieser Stellung verpflichtet ist, Irrtümer zu verhindern oder zu beseitigen, § 8 OWiG. Dies kommt z. B. in Betracht, wenn der Täter zunächst fahrlässig – und daher gem. § 10 OWiG noch nicht in ahndbarer Weise – eine falsche Aussage gemacht hat, die er später vorsätzlich nicht korrigiert. Die fahrlässig falsche Angabe begründet eine Garantenstellung (Ingerenz)⁵⁶ und verpflichtet zur Vornahme von Handlungen, die geeignet sind, die Folgen der fahrlässig falschen Angabe zu verhindern oder zu beseitigen.

bb) Täuschende Angaben

Die drei Eigenschaften, die gem. § 13 Abs. 1 Nr. 5 GWS einer Aussage die Rechtsqualität einer tatbestandsmäßigen Angabe verleihen, überschneiden sich teilweise. Man kann sie – ähnlich wie im Straftatbestand „Betrug“ (§ 263 Abs. 1 StGB), wo ebenfalls die drei Verhaltensmerkmale (Vorspiegeln, Entstellen, Unterdrücken) in dem einheitlichen Merkmal der „Täuschung“ aufgehen⁵⁷ – als Erscheinungsformen täuschenden Verhaltens bezeichnen. Das Machen falscher Angaben ist eine Täuschung, ebenso das Machen irreführender oder widersprüchlicher Angaben.

cc) Falsche Angaben

Begriffskern aller drei Täuschungsvarianten ist die Unwahrheit der Aussage, die Abweichung des Erklärungsinhalts von der Realität, auf die die Erklärung Bezug nimmt. Ob eine Angabe falsch ist, ist durch Vergleich des Erklärungsinhalts mit der Realität zu ermitteln. Stimmen Erklärung und Realität nicht überein, ist die Angabe falsch. Wichtig ist, dass die Angabe die Behauptung impliziert, die Erklärung sei wahr. Wer die Unwahrheit sagt, jedoch zugleich darauf hinweist, dass die Aussage unwahr

⁵⁶ KKOWiG-Rengier § 8 Rn 38.

⁵⁷ MK-Hefendehl § 263 Rn 43.

ist, macht zwar partiell eine falsche Angabe, der Gesamtaussagegehalt ist jedoch nicht unwahr. Er macht daher keine falsche Angabe.

dd) Irreführende Angaben

Irreführend ist eine Angabe, die beim Adressaten falsche Vorstellungen von der Wirklichkeit hervorruft. Das ist zunächst dann der Fall, wenn die Aussage falsch ist und der durchschnittliche Adressat nicht erkennen kann, dass sie falsch ist. Irreführend kann jedoch auch eine Aussage sein, die per se wahr ist, dennoch falsche Vorstellungen beim Adressaten erzeugt, weil dieser auf Grund der Art und Begleitumstände der Aussage annehmen muss, es handele sich um eine Angabe mit einem anderen Erklärungsinhalt. Darunter fallen vor allem zwei- und mehrdeutige Aussagen, die so in einen kommunikativen Kontext gestellt werden, dass der Adressat von den verschiedenen Inhalten denjenigen für zutreffend erachtet, der der Realität nicht korrespondiert, also unwahr ist.

Die sprachliche Diskrepanz der Texte in § 6 Abs. 1 GWS einerseits und § 13 Abs.1 Nr. 5 GWS andererseits bzgl. des Irreführungs-Merkmals ist unschädlich. § 6 Abs. 1 GWS verbietet „zur Irreführung geeignete“ Aussagen, § 13 Abs. 1 Nr. 5 GWS bewertet „irreführende“ Angaben als ordnungswidriges Verhalten. Zwischen beiden Texten besteht sachlich allenfalls ein geringfügiger Unterschied. Die Charakterisierung „zur Irreführung geeignet“ (§ 6 Abs.1 GWS) beschreibt das Irreführungspotential einer bestimmten Aussage aus der **ex-ante**-Position. Diese Charakterisierung erfolgt somit zu einem Zeitpunkt, in dem es noch nicht zu einer Kommunikation mit irreführender Wirkung gekommen ist. Dagegen beinhaltet die Charakterisierung als „irreführend“ (§ 13 Abs. 1 Nr. 5 GWS) eine **ex post** getroffene Feststellung, die auf der Erfahrung basiert, dass durch die gemachte Angabe tatsächlich mindestens eine Person in die Irre geführt worden ist. Der sich in der ex-post-Betrachtung ergebende Irreführungseffekt bestätigt, dass die tatgegenständliche Angabe ex ante zur Irreführung geeignet gewesen ist.

Die Wahl unterschiedlicher Formulierungen in § 6 Abs. 1 GWS einerseits und in 13 Abs. 1 Nr. 5 GWS andererseits ist keine redaktionelle Ungenauigkeit, sondern sachlich begründet. Denn § 6 Abs. 1 GWS ist eine **präventive** Vorschrift mit verhaltenslenkender Zweckbestimmung. Präventiv verbieten kann man nicht Falschangaben, die schon zu einem Irreführungserfolg geführt haben, sondern nur Falschangaben, die künftig einen Irreführungserfolg herbeiführen können, weil sie zur Irreführung geeignet sind. Demgegenüber ist § 13 Abs.1 Nr. 5 GWS eine **repressive** Vorschrift mit ahndender Zweckbestimmung. Sie knüpft an ein Geschehen in der Vergangenheit an. Sie kann daher auch an einen schon eingetretenen Irreführungserfolg anknüpfen. Indem § 13 Abs. 1 Nr. 5 GWS die tatbestandsmäßige Angabe als „irreführend“ und nicht als „zur Irreführung geeignet“ bezeichnet, bringt der Text zum Ausdruck, dass die Tatbestandsmäßigkeit des Verhaltens eine tatsächlich eingetretene Irreführungswirkung voraussetzt. Im Ergebnis ist § 13 Abs. 1 Nr. 5 GWS daher enger als § 6 Abs. 1 GWS. Das Verbot (§ 6 Abs. 1 GWS) erfasst bereits zur Irreführung geeignete Angaben, die Sanktion (§ 13 Abs. 1 Nr. 5 GWS) erfasst hingegen erst irreführende Angaben, bei denen sich die Eignung zur Irreführung bereits bestätigt hat. Dass die repressive Sanktionsnorm kürzer greift als die korrespondierende Verhaltensnorm, entspricht dem verfassungsrechtlichen **ultima-ratio**-Gebot: nicht alles, was verboten ist, muss auch bestraft bzw. geahndet werden.

Obige Interpretation der sprachlichen Unterschiede in § 6 Abs. 1 GWS einerseits und § 13 Abs. 1 Nr. 5 GWS durch den Gutachter steht allerdings im Widerspruch zu der Intention des Satzungsgebers, die Bußgeldbewehrung in § 13 Abs. 1 Nr. 5 GWS auf Sachverhalte zu erstrecken, die unter das Merkmal „zur Irreführung geeignet“ subsumiert werden können, deren Subsumtion unter „irreführend“ (so der Text des § 13 Abs. 1 Nr. 5 GWS) hingegen fraglich sein könnte. Wegen der abweichenden Terminologie ist die Verweisung von § 13 Abs. 1 Nr. 5 GWS auf § 6 Abs. 1 GWS („entgegen § 6 Abs. 1“) jedoch nicht so klar, wie der Satzungsgeber es

sich offenbar vorgestellt hat. Denn „entgegen § 6 Abs. 1“ erfolgt selbstverständlich auch eine Aussage, die nicht nur zur Irreführung geeignet, sondern wirklich irreführend ist. Die vom Gutachter dem Text des § 13 Abs. 1 Nr. 5 GWS entnommene tatbestandliche Reduktion des Bußgeldtatbestandes und die pauschale Verweisung auf § 6 Abs. 1 GWS in ein und derselben Norm stehen zueinander also nicht in Widerspruch. Der Umstand, dass der Text des § 13 Abs. 1 Nr. 5 GWS nicht den Ausdruck „zur Irreführung geeignet“, sondern „irreführend“ verwendet, ist ein Indiz für eine engere Fassung der Bußgeldnorm als der Verbotsnorm. Wenn der Satzungsgeber etwas anderes will, nämlich völlige Kongruenz von § 6 Abs. 1 GWS und § 13 Abs. 1 Nr. 5 GWS, kann er dies durch vollkommen übereinstimmende sprachliche Fassungen zum Ausdruck bringen und sollte dies der Vermeidung von Unklarheiten wegen auch tun.

Es empfiehlt sich daher, den Text des § 13 Abs. 1 Nr. 5 GWS dem Text des § 6 Abs. 1 GWS auf folgende Weise anzupassen:

„... 5. entgegen § 6 Abs. 1 falsch, zur Irreführung geeignete oder widersprüchliche Angaben macht“

ee) Widersprüchliche Angaben

Angaben sind widersprüchlich, wenn sie zu ein und demselben Thema unterschiedliche Aussagen treffen, die nicht miteinander vereinbar sind. Diese Tatbestandsvariante bezieht sich also auf die Konstellation, dass zu einem identischen Gegenstand mindestens zwei Angaben gemacht worden sind. Diese Angaben stehen zueinander in einem inhaltlichen Widerspruch. Daraus folgt, dass wenigstens eine der Angaben falsch ist. Möglich ist auch, dass beide bzw. sämtliche Angaben falsch sind. Besteht die Konstellation aus einer wahren und einer oder mehreren falschen Angaben, erfüllen sämtliche der ersten Angabe nachfolgenden Angaben den Tatbestand, die den Widerspruch mit begründen und nicht aufheben. Die erste Angabe kann noch nicht widersprüchlich sein, weil das inhaltliche Verhältnis eines Widerspruchs noch nicht existieren kann, solange

keine wenigstens zweite – von der ersten abweichende – Angabe gemacht worden ist. Werden zwei konträre Angaben gleichzeitig gemacht, sind beide widersprüchlich. Da alle drei Tatbestandsvarianten Ausprägungen des Merkmals „Täuschung“ sind (s. o. bb), ist das Merkmal „widersprüchlich“ restriktiv dahin auszulegen, dass der Widerspruch nicht klar erkennbar sein muss. Die Gefahr einer Irrtumserregung wird durch widersprüchliche Angaben dann begründet, wenn der Widerspruch versteckt ist und vom durchschnittlichen Adressaten der Angaben nicht erkannt werden kann. Besonders groß ist die Gefahr, wenn eine der widersprüchlichen Angaben – erkennbar – wahr ist und die Widersprüchlichkeit – und daraus resultierende Falschheit – einer anderen Aussage nicht bemerkt werden kann.

Nicht tatbestandsmäßig handelt, wer zu der Widerspruchskonstellation zwar eine Angabe beiträgt, zugleich aber den Widerspruch aufhebt. Dies ist offensichtlich, wenn seine eigene Angabe wahr ist und er zugleich darüber aufklärt, dass die anderen – widersprechenden – Angaben falsch sind.

ff) Der Bußgeldtatbestand des § 13 Abs. 1 Nr. 5 GWS bezieht durch die Verweisung auf „§ 6 Abs. 1“ auch die „Vorspiegelung eines Zeitdrucks“ (§ 6 Abs. 1 S. 2 GWS) ein. Das folgt zunächst formell daraus, dass die Verweisung in § 13 Abs. 1 Nr. 5 GWS explizit nicht auf § 6 Abs. 1 Satz 1 GWS beschränkt ist, sondern sich auf § 6 Absatz 1 GWS richtet, also auf beide Sätze des Absatzes 1. Sachlich folgt die Zugehörigkeit des § 6 Abs. 1 S. 2 GWS daraus, dass eine „Vorspiegelung“ eine Täuschung über Tatsachen (vgl. § 263 Abs. 1 StGB) und daher als Spezialfall „falscher“ Aussagen iSd § 6 Abs. 1 S. 1 GWS zu qualifizieren ist. Daher ist § 6 Abs. 1 S. 2 GWS an sich überflüssig. Es ist aber eine durchaus übliche Gesetzestechnik, in einem Tatbestand, der bestimmtes Verhalten mittels eines Oberbegriffes definiert, noch einen diesem Oberbegriff unterfallenden speziellen Begriff aufzunehmen, weil es sich dabei um einen praktisch besonders häufig vorkommenden oder aus sonstigen Gründen besonders

hervorhebenswerten Anwendungsfall handelt. Das Strafgesetzbuch bietet dafür in § 259 Abs. 1 StGB ein Beispiel: Die Variante „ankauft“ ist ein Spezialfall des allgemeinen Verhaltensmerkmals „sich verschafft“.

3. Bestimmtheit

a) Tätermerkmal

Das Fehlen eines unmittelbar die Person bezeichnenden Tätermerkmals steht der Bestimmtheit nicht entgegen, wenn sich aus dem Verhaltensmerkmal mit dem erforderlichen Grad an Vorhersehbarkeit entnehmen lässt, wer als Täter der Ordnungswidrigkeit in Frage kommt. Das ist hier der Fall. Das Verbot der Täuschung dient dem Schutz derjenigen, die Kommunikationseinrichtungen nutzen, um an einem Gewinnspiel oder einer Gewinnspielsendung teilzunehmen. Deshalb muss es sich bei den falschen, irreführenden oder widersprüchlichen Angaben um solche handeln, die an potentielle oder aktuelle Teilnehmer gerichtet sind. Angaben, die keinen Adressaten haben, der in den persönlichen Schutzbereich der Gewinnspielsatzung einbezogen ist, erfüllen den Tatbestand der Ordnungswidrigkeit nicht. Wer in dem Organisationskreis einer Gewinnspielveranstaltung lediglich eine Position hat, von der ein kommunikativer Kontakt zu potentiellen oder aktuellen Gewinnspielteilnehmern nicht hergestellt wird, scheidet aus dem Kreis potentieller Täter aus. Täter kann daher jeder sein, der auf Grund seiner konkreten Art der Mitwirkung am Angebot eines Gewinnspiels oder einer Gewinnspielsendung Gelegenheit hat, mit potentiellen oder aktuellen Teilnehmern zu kommunizieren.

b) Verhaltensmerkmal

aa) Die Umschreibung der Verhaltensmerkmal weist den gleichen Grad an Exaktheit auf wie die Varianten des Verhaltensmerkmals im Betrugstatbestand (§ 263 Abs. 1 StGB): „Vorspiegelung falscher, Entstellung oder

Unterdrückung wahrer Tatsachen“ und in den betrugsähnlichen Tatbeständen der §§ 264 Abs. 1, 264 a Abs. 1, 265 b Abs. 1 StGB: „unrichtige oder unvollständige Angaben macht“, „unrichtige vorteilhafte Angaben macht“. Diese Tatbestandsmerkmale werden als hinreichend bestimmt anerkannt. Dabei ist besonders darauf hinzuweisen, dass sie als Bestandteile von Kriminalstrafatbeständen den strengeren Anforderungen des Bestimmtheitsgebots entsprechen müssen.

Bei der Beurteilung der Tatbestände der Gewinnspielsatzung geht es hingegen „nur“ um Tatbestände von Ordnungswidrigkeiten. Wegen deren geringerer Eingriffs- und Belastungsschwere sind auch die Anforderungen an die Bestimmtheit niedriger. Wenn also die Tatbestandsmerkmale in den Straftatbeständen ausreichend bestimmt sind, dann sind es die entsprechenden Tatbestandsmerkmale in dem Ordnungswidrigkeitentatbestand erst recht.

bb) Insbesondere die Verwendung des Begriffs „irreführend“ zur Kennzeichnung tatbestandsmäßigen Täuschungsverhaltens ist üblich und an verschiedenen Stellen der Rechtsordnung anzutreffen.

(1) Das Lebensmittelrecht enthält mit § 27 LFGB „Vorschriften zum Schutz vor Täuschung“, in denen das Verbot des Inverkehrbringens kosmetischer Mittel „unter irreführender Bezeichnung, Angabe oder Aufmachung“ bzw. das Verbot der Werbung mit „irreführenden Darstellungen“ aufgestellt wird. In § 27 Abs. 1 S. 2 LFGB wird der Irreführungs-Begriff näher erläutert. Nach § 59 Abs. 1 Nr. 13 LFGB ist der vorsätzliche Verstoß gegen § 27 Abs. 1 LFGB eine Straftat.

(2) Das Arzneimittelrecht enthält in § 8 AMG ein ähnlich formuliertes Irreführungsverbot zum Schutz vor Täuschung. Der vorsätzliche Verstoß gegen § 8 Abs. 1 Nr. 2 AMG ist gem. § 96 Nr. 3 AMG eine Straftat.

Das Merkmal „Irreführung“ und seine Synonyme sind daher Gegenstand umfangreicher Rechtsprechung und Literatur. Es ist nicht zu befürchten, dass die Verwendung dieser Begriffe in einem anderen rechtlichen Kon-

text zu unlösbaren Auslegungsproblemen führt. Deshalb bestehen auch im Kontext des § 13 Abs. 1 Nr. 5 GWS keine diesbezüglichen Bedenken.

VI. §§ 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5, 46 S. 1, 8 a RStV iVm § 13 Abs. 1 Nr. 6 GWS

1. Gesetzestext

(1) Eine Ordnungswidrigkeit nach § 49 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 des Rundfunkstaatsvertrags begeht, wer

6. entgegen § 7 Eingriffe in ein laufendes Gewinnspiel oder eine laufende Gewinnspielsendung vornimmt

§ 7: Veränderungen in einem laufenden Gewinnspiel oder einer Gewinnspielsendung, insbesondere durch die Abänderung von Spielregeln, die Vorspiegelung weiterer Nutzerinnen und Nutzer oder fehlender Nutzerinnen und Nutzer oder Eingriffe in Nutzerinnen- und Nutzerauswahl, Rätsellösung oder die Reduzierung des Gewinns sind unzulässig.

2. Erläuterungen

a) Tätermerkmal

Der Normtext enthält kein besonderes personenbezogenes Merkmal. Die einzige unmittelbar auf die Person des Täters bezogene Komponente des Normtextes ist das Wort „wer“. Die Täterbeschreibung ist daher in die Beschreibung des tatbestandsmäßigen Verhaltens integriert. Täter ist, wer durch eigenes Verhalten das Verhaltensmerkmal erfüllt bzw. sich als Beteiligter iSd § 14 OWiG an der Tat eines Täters beteiligt. Da das Verhaltensmerkmal begehungsdeliktischen Charakter hat, bedarf es keiner

zusätzlichen Einschränkung des Täterkreises durch ein besonderes pflichtbegründendes Merkmal.

b) Verhaltensmerkmal

aa) Aus den Merkmalen „laufendes Gewinnspiel“ und „laufende Gewinnspielsendung“ ergibt sich, dass die tatbestandsmäßige Handlung – der Eingriff – entweder während eines laufenden Gewinnspiels / einer laufenden Gewinnspielsendung vollzogen werden muss oder sich die Eingriffswirkung einer zuvor vollzogenen Handlung während des laufenden Gewinnspiels / der laufenden Gewinnspielsendung entfalten muss.

Das Tatbestandsmerkmal kann auch durch Unterlassen verwirklicht werden. Vorausgesetzt ist eine Garantenstellung (§ 8 OWiG). Der Inhaber einer Garantenstellung, der nicht dagegen einschreitet, dass ein Eingriff in ein laufendes Gewinnspiel / eine laufende Gewinnspielsendung vollzogen wird, verwirklicht durch dieses Unterlassen selbst das tatbestandliche Verhaltensmerkmal „Eingriff“.

bb) Die tatbestandliche Beschaffenheit des Eingriffs ist in § 7 GWS beschrieben, auf den § 13 Abs. 1 Nr. 6 GWS verweist. Danach ist ein tatbestandsmäßiger Eingriff eine Handlung, die in einem laufenden Gewinnspiel oder in einer laufenden Gewinnspielsendung die Spielregeln ändert, nicht vorhandene Nutzerinnen und Nutzer vorspiegelt, das Fehlen tatsächlich vorhandener Nutzerinnen und Nutzer vorspiegelt, die Organisation der Nutzerinnen- und Nutzerauswahl verändert, die Rätsellösung verändert oder den Gewinn reduziert.

Alle diese Formen der Gewinnspielmanipulation sind Beispiele für „Veränderungen“. Das Merkmal „Veränderung“ ist ein Oberbegriff, dem die Merkmale „Abänderung von Spielregeln“ usw. untergeordnet sind. Alle Unterbegriffe sowie der Oberbegriff füllen das Tatbestandsmerkmal „Eingriff“ (§ 13 Abs. 1 Nr. 6 GWS) aus.

Die Unterbegriffe haben den Charakter von Regelbeispielen, Sie konkretisieren das Merkmal „Veränderung“ sowie das Merkmal „Eingriff“ und tragen damit vor allem zur Bestimmtheit des Tatbestandes bei. Die Aufzählung der Beispiele ist aber nicht abschließend. Das wird durch das Wort „insbesondere“ angezeigt. Das Merkmal „Veränderung“ in § 7 GWS und das Merkmal „Eingriff“ in § 13 Abs. 1 Nr. 6 GWS kann also auch durch andere Arten verändernder oder eingreifender Handlungen erfüllt werden. Dies ist im Hinblick auf das Erfordernis der Tatbestandsbestimmtheit nicht unproblematisch und bedarf unter diesem Gesichtspunkt einer besonderen Erörterung (dazu sogleich).

3. Bestimmtheit

a) Tätermerkmal

Die Bestimmung des Täters durch die Beschreibung des täterschaftlichen Verhaltens ist im Strafrecht und im Ordnungswidrigkeitenrecht eine übliche Gesetzestechnik. Wenn das tatbestandsmäßige Verhalten hinreichend bestimmt beschrieben ist, ist auch der Kreis tätertauglicher Personen hinreichend bestimmt beschrieben.

b) Verhaltensmerkmal

aa) Die Beschreibung des tatbestandsmäßigen Verhaltens ist bestimmt, da durch die Bezugnahme auf ein „laufendes“ Gewinnspiel bzw. eine „laufende“ Gewinnspielsendung eine enge zeitliche Begrenzung für tatbestandsmäßige Eingriffe vorgegeben ist. Des Weiteren erhält der Tatbestand Konturen durch die Auflistung einiger markanter Fälle der Gewinnspielmanipulation im Text des § 7 GWS. Das relativ blasse Merkmal „Veränderungen“ bekommt dadurch Farbe und Struktur.

bb) Im Lichte des Bestimmtheitsgebotes problematisch ist die Öffnung des Tatbestandes für unbenannte Formen der Veränderung bzw. des

Eingriffs durch das Wort „insbesondere“. Dadurch werden Handlungen in den Tatbestand einbezogen, die sich nicht unter die benannten Beispiele subsumieren lassen, sondern die direkt unter „Veränderungen“ subsumiert werden müssen. Man könnte die Auffassung vertreten, dass der Tatbestand zu unbestimmt wäre, wenn das Merkmal „Veränderungen“ allein den gesamten Bereich tatbestandsmäßiger Verhaltensweise definieren müsste, es also im Normtext keine konkretisierenden Beispiele gäbe. Ob dem so ist, kann dahingestellt bleiben. Denn da der Satzungsgeber neben den Oberbegriff „Veränderung“ einige Regelbeispiele gestellt hat, sind hier die Bedenken gegen die Bestimmtheit des Tatbestandes zerstreut. Durch diese sehr konkret gefassten Verhaltensmerkmale sind Orientierungsmarken gesetzt, die Kriterien für die Auslegung des Merkmals „Veränderungen“ geben und die Subsumtion unbenannter Verhaltensweisen unter den Tatbestand leiten und begrenzen. Das sonstige Veränderungsverhalten muss nämlich den benannten Beispielen ähnlich und gleich(un)wertig sein, um als tatbestandsmäßiges Verhalten anerkannt werden zu können. Daher ist der Bereich unbenannter tatbestandsmäßiger Verhaltensweisen nicht unbegrenzt und uferlos.

Mit der Erfassung „ähnlicher“ Verhaltensweisen wird auch nicht gegen das Verbot analoger Rechtsanwendung verstoßen. Denn es handelt sich um eine innertatbestandliche Analogie, die der Normgeber mit dem Wort „insbesondere“ selbst angeordnet und zugelassen hat. Beispiele für diese Gesetzestechnik findet man auch im Kriminalstrafrecht, etwa in § 238 Abs. 1 Nr. 5 StGB („eine andere vergleichbare Handlung“) und in §§ 315 Abs. 1 Nr. 4, 315 b Abs. 1 Nr. 3 StGB („ähnlichen, ebenso gefährlichen Eingriff“). Auch in diesen Strafvorschriften wird das generalklauselartige Tatbestandsmerkmal flankiert von hinreichend konkreten Verhaltensbeschreibungen (§ 238 Abs. 1 Nr. 1-4 StGB, §§ 315 Abs. 1 Nr. 1-3, 315 b Abs. 1 Nr. 1, 2 StGB), auf die durch die Worte „vergleichbare“, „ähnlichen“ und „ebenso“ inhaltlich Bezug genommen wird. Bedenken bezüglich ausreichender Bestimmtheit der weit gefassten Tatbestandsalternativen wer-

den dort durch die Anlehnung an die konkret und eng gefassten Tatbestandsvarianten ausgeräumt⁵⁸.

Wenn eine derartige Tatbestandsgestaltungstechnik im Kriminalstrafrecht akzeptiert wird, muss sie im Ordnungswidrigkeitenrecht erst recht hinnehmbar sein.

VII. §§ 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5, 46 S. 1, 8 a RStV iVm § 13 Abs. 1 Nr. 7 GWS

1. Gesetzestext

(1) Eine Ordnungswidrigkeit nach § 49 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 des Rundfunkstaatsvertrags begeht, wer

7. entgegen § 8 Nutzer nicht vor übermäßiger Teilnahme schützt

§ 8 I: Die Aufforderung zu wiederholter Teilnahme ist unzulässig.

§ 8 II: Es darf kein besonderer Anreiz zu wiederholter Teilnahme gesetzt werden. Insbesondere unzulässig sind:

1. der Vergleich zwischen Teilnahmeentgelt und Gewinnsumme,
2. Hinweise auf erhöhte Gewinnmöglichkeiten bei Mehrfachteilnahme und
3. die Darstellung des Gewinns als Lösung für persönliche Notsituationen.

§ 8 III: Vergünstigungen, die einen Anreiz zur Mehrfachteilnahme darstellen, sind unzulässig.

⁵⁸ *Mosbacher* NSTZ 2007, 665(668); *Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Hecker* § 315 b Rn 9; krit. – zu § 238 Abs. 1 Nr. 5 StGB – aber *Fischer* StGB, 58. Aufl. 2011, § 238 Rn 17 c.

2. Erläuterungen

In seinem Urteil vom 28. Oktober 2009 hat der Bayerische Verwaltungsgerichtshof § 8 der Gewinnspielsatzung vollständig für ungültig erklärt. Den zutreffenden Ausführungen des Senats in Rn 86 bis 89 seiner Entscheidungsgründe ist mit Blick auf § 13 Abs. 1 Nr. 7 GWS hier folgendes hinzuzufügen:

a) Die Ungültigerklärung wirkt sich unmittelbar auf den Tatbestand der Ordnungswidrigkeit aus. Denn das tatbestandsmäßige Verhalten besteht auf Grund der in § 13 Abs. 1 Nr. 7 GWS enthaltenen Verweisung in der Vornahme der in § 8 Absatz 1, 2 und 3 GWS beschriebenen Handlungen. Die Verweisung bezieht sich jedoch auch darauf, dass diese Handlungen gem. § 8 GWS „unzulässig“ – also verboten – sind. Das folgt aus der Verweisungskomponente „entgegen § 8“. Dies besagt nämlich so viel wie „unter Verstoß gegen § 8“ oder „unter Verletzung des in § 8 GWS ausgesprochenen Verbots“. Das Verbot besteht jedoch nur, wenn die Verbotsnorm gültig ist. Das ist infolge der Entscheidung des BayVGH nicht der Fall.

Ein Handeln „entgegen § 8“ ist nicht möglich. Der Tatbestand des § 13 Abs. 1 Nr. 7 GWS kann durch Handlungen, wie § 8 GWS sie beschreibt, nicht verwirklicht werden.

b) Selbst unter der Voraussetzung, dass § 8 GWS gültig ist, bestünden gegen den Bußgeldtatbestand § 13 Abs. 1 Nr. 7 GWS erhebliche Bedenken. Die Satzung stellt nämlich ein Verhalten unter Bußgeldandrohung, das seinem Wesen nach Teilnahme an selbstschädigendem Verhalten ist. Der Gewinnspielteilnehmer schädigt sein Vermögen durch übermäßig häufige Teilnahme. Wer ihn dazu auffordert, begeht eine Anstiftung zur Schädigung des eigenen Vermögens.

Dass die Veranlassung zu selbstschädigenden Vermögensverfügungen mit dem Mittel des Strafrechts bekämpft werden darf, zeigen die Straftatbestände Erpressung (§ 253 StGB) und Betrug (§ 263 StGB). Jedoch

liegen diesen Straftatbeständen Handlungen zugrunde, die sich nicht in der bloßen Teilnahme an einer eigenverantwortlichen Selbstschädigung erschöpfen. Vielmehr wird der Vermögensinhaber durch Nötigung oder Täuschung in eine Lage versetzt, in der er nicht mehr eigenverantwortlich über sein Vermögen verfügt. Bei Erpressung und Betrug ist das Opfer schutzwürdig und schutzbedürftig.

Wer dagegen durch eine Aufforderung ohne Nötigungs- oder Täuschungscharakter den Inhaber eines Vermögens zu Handlungen veranlasst, die das eigene Vermögen verringern, begeht keine Straftat und auch keine Ordnungswidrigkeit. Denn das Opfer dieses Täters ist nicht schutzbedürftig. Es kann sich durch eigenes Verhalten selbst vor dem Vermögensverlust schützen. Dieser Umstand steht jedenfalls der Schaffung eines Straf- oder Bußgeldtatbestandes entgegen, der die Veranlassung eines eigenverantwortlich handelnden Vermögensinhabers zu vermögensschädigender Teilnahme an Gewinnspielen mit Strafe oder Geldbuße bedroht. Denn das Strafrecht und auch das Ordnungswidrigkeitenrecht ist im System des rechtlichen Rechtsgüterschutzes ultima ratio und subsidiär gegenüber anderen tauglichen Schutzinstrumenten. Diese Subsidiarität besteht auch im Verhältnis zum Selbstschutz des Rechtsgutsinhabers. Sanktionsdrohungen, die diese Grenze überschreiten, sind verfassungsrechtlich nicht legitimiert.

Auch bei der Reglementierung von Gewinnspielen und Gewinnspielendungen gilt der Vorrang des Selbstschutzes zu eigenverantwortlichem Handeln fähiger Teilnehmer. Eine Pflicht zur Unterbindung übermäßiger selbstschädigender Teilnahme darf deshalb nur im Verhältnis zu Teilnehmern begründet werden, denen die Fähigkeit zum Selbstschutz fehlt. Das sind in erster Linie Kinder und Jugendliche, aber auch Erwachsene, soweit sie z. B. durch Irreführung zu selbstschädigend häufiger Teilnahme verführt werden. Dem tragen die Bußgeldtatbestände, die auf Jugendschutz (§ 13 Abs. 1 Nr. 1 GWS) bzw. auf das Irreführungsverbot (§ 13 Abs. 1 Nr. 5 GWS) abstellen, Rechnung. Daneben ist für einen

Bußgeldtatbestand, der auch eigenverantwortlich handelnde erwachsene Teilnehmer vor selbstverschuldeter Vermögensschädigung auf Grund häufiger Spielteilnahme schützen soll, kein Platz.

c) Über die obenstehenden Einwände hinaus begegnet § 13 Abs. 1 Nr. 7 GWS weiteren rechtlichen Bedenken: Fragwürdig ist die in § 13 Abs. 1 Nr. 7 GWS praktizierte Verweisungstechnik. Die Ordnungswidrigkeitentatbestände werden hier durch eine Pauschalverweisung auf den in Bezug genommenen Paragraphen (§ 8) und auf die Überschrift dieses Paragraphen (Schutz der Nutzerinnen und Nutzer vor übermäßiger Teilnahme) modelliert. Natürlich kann man daraus schließen, dass alle konkreten Verhaltensbeschreibungen in § 8 Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 3 GWS dadurch zum Gegenstand des § 13 Abs. 1 Nr. 7 GWS gemacht worden sind. Dennoch fragt man sich, warum der Satzungsgeber hier – anders als z. B. bei § 13 Abs. 1 Nr. 5 GWS, wo immerhin auf die Kernbegriffe des Normtextes in § 6 Abs. 1 GWS verwiesen wurde – nicht auf den Normtext des § 8 GWS verwiesen hat. Vermutlich wurde dies deswegen nicht getan, weil anderenfalls Probleme mit der Einbeziehung des § 8 Abs. 2 S. 2 GWS in den Ordnungswidrigkeitentatbestand entstanden wären. § 8 Abs. 2 GWS enthält nämlich keine abschließende Umschreibung der verbotenen Verhaltensweisen, sondern nur Regelbeispiele. Das wird durch das Wort „insbesondere“ am Anfang von § 8 Abs. 2 S. 2 GWS zum Ausdruck gebracht. Das Verbot erstreckt sich also auf weitere Verhaltensweisen, die in § 8 GWS nicht konkret umschrieben sind. Das Wort „insbesondere“ wäre als Komponente eines Straf- oder Ordnungswidrigkeitentatbestandes aber inakzeptabel. Denn damit wird ein erhebliches und mit Art. 103 Abs. 2 GG nicht mehr zu vereinbarendes Maß an Offenheit und Unbestimmtheit in den Tatbestand eingeführt. Das verdeutlicht § 243 Abs. 1 S. 2 StGB, der auf Grund seiner Unbegrenztheit („in der Regel“) eben keine Tatbestandsnorm, sondern eine strafrahmenmodifizierende Vorschrift ist. Durch die Verweisung auf die Überschrift des § 8 GWS wird das verschleiert.

Abgesehen von der durch das Wort „insbesondere“ erzeugten Unbestimmtheit sind auch sonstige Teile der Verbotsnorm recht unkonkret. So fragt man sich, was ein „besonderer“ Anreiz zu wiederholter Teilnahme ist. Interpretationshilfe gibt § 8 Abs. 2 S. 2 GWS, durch die Öffnung für weitere Anreizformen („insbesondere“) wird der Verdeutlichungseffekt jedoch verdünnt. Auch die „Vergünstigungen“ in Absatz 3 sollten in ähnlicher Weise, wie das in § 8 Abs. 2 S. 2 GWS für die „besonderen Anreize“ geschehen ist, nach Möglichkeit abschließend konkretisiert werden.

Insgesamt ist die Bußgeldnorm des § 13 Abs. 1 Nr. 7 GWS aus mehreren Gründen verfassungswidrig. Sie bedarf daher auch außerhalb des Zuständigkeitsbereichs der BLM einer Überarbeitung.

Empfehlenswert wäre die Streichung des Wortes „insbesondere“ in § 8 Abs. 2 S. 2 GWS, Kompensierung dieser Streichung durch Erweiterung des Katalogs der Anreizformen in § 8 Abs. 2 S. 2 GWS, sowie die Aufstellung eines ähnlichen abschließenden Katalogs für Vergünstigungsformen in § 8 Abs. 3 GWS.

Die Verweisung in § 13 Abs. 1 Nr. 7 GWS auf § 8 GWS könnte dann in etwa lauten:

„entgegen § 8 Nutzer zu wiederholter Teilnahme auffordert, besondere Anreize zu wiederholter Teilnahme setzt oder Vergünstigungen verspricht, die einen Anreiz zur Mehrfachteilnahme darstellen“

VIII. §§ 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5, 46 S. 1, 8 a RStV iVm § 13 Abs. 1 Nr. 8 GWS

1. Gesetzestext

(1) Eine Ordnungswidrigkeit nach § 49 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 des Rundfunkstaatsvertrags begeht, wer

8. bei Durchführung und Gestaltung des Spiels gegen die Vorgaben des § 9 verstößt

§ 9 I: Die Spielgestaltung und Durchführung der Spiele richtet sich nach den verbindlichen Teilnahmebedingungen.

§ 9 II: Die Lösung eines Spiels muss allgemein verständlich und insbesondere auch mit Hilfe der technischen Ausstattung eines durchschnittlichen Haushalts nachvollziehbar sein.

§ 9 III: Bei Wortfindungsspielen dürfen nur Begriffe verwendet werden, die in allgemein zugänglichen Nachschlagewerken oder allgemein zugänglicher Fachliteratur enthalten sind.

§ 9 IV: Der ausgelobte Gewinn ist auszuschütten, wenn die in den gem. § 5 verbindlichen Teilnahmebedingungen benannten Bedingungen erfüllt sind.

§ 9 V: Ist die Teilnahme per Telefon vorgesehen, ist für den Fall, dass eine durchgestellte Nutzerin oder ein durchgestellter Nutzer keinen Lösungsvorschlag abgibt, sofort eine weitere Nutzerin oder ein weiterer Nutzer durchzustellen.

§ 9 VI: Ein Gewinnspiel ist nach seinem Ablauf aufzulösen. Die Auflösung ist auf der Website des Veranstalters und – soweit vorhanden – im Fernsehtext zu veröffentlichen und dort für die Dauer von mindestens drei Tagen nach Ablauf des Spiels vorzuhalten. Die Auflösung hat vollständig und allgemein verständlich unter Erläuterung der Lösungslogik zu erfolgen. Sie muss genau zuzuordnen und nachvollziehbar sein. Bei Gewinn-

spielsendungen im Rundfunk muss zudem die deutlich wahrnehmbare und allgemein verständliche Darstellung der Auflösung im Programm erfolgen. In diesem Fall kann die Auflösung auch am Ende der Sendung erfolgen.

§ 9 VII: Wird im Rahmen einer Gewinnspielsendung eine Auswahl unter den Nutzerinnen und Nutzern vorgenommen, so hat die Auswahl einer Nutzerin oder eines Nutzers innerhalb eines Zeitraums von höchstens 30 Minuten zu erfolgen.

§ 9 VIII: Gewinnspielsendungen dürfen höchstens eine Dauer von 3 Stunden haben.

2. Erläuterungen

a) Tätermerkmal

§ 13 Abs. 1 Nr. 8 GWS und § 9 GWS, auf den verwiesen wird, enthalten keine explizit personenbezogenen Tätermerkmale. Die Bestimmung des Personenkreises der tauglichen Täter ist also Teil der Beschreibung des täterschaftlichen Verhaltens. Täter ist, wer das Spiel durchführt und/oder gestaltet und dabei gegen die Regeln des § 9 GWS verstößt. Da an der Durchführung und Gestaltung eines Spiels gewiss eine Vielzahl von Personen mitwirkt, richtet sich die Verantwortlichkeit als Täter nach den allgemeinen dogmatischen Grundsätzen des Strafrechts bzw. des Ordnungswidrigkeitenrechts über die Voraussetzungen von Täterschaft. Täter ist demnach, wer durch eigenhändiges aktives Handeln ein Verbot des § 9 GWS übertritt bzw. wer es unterlässt, für eine gebotskonforme Durchführung und Gestaltung des Spiels zu sorgen, obwohl er dafür zuständig und dazu verpflichtet ist. Wer diese Kriterien nicht erfüllt, sich jedoch an verbots- oder gebotswidrigem Verhalten des Täters beteiligt, ist gem. § 14 OWiG ebenfalls Täter der Ordnungswidrigkeit.

b) Verhaltensmerkmal

aa) Die Beschreibung des tatbestandsmäßigen Verhaltens ergibt sich aus der Zusammenschau des § 13 Abs. 1 Nr. 8 GWS und der verschiedenen Absätze des § 9 GWS, auf die in § 13 Abs. 1 Nr. 8 GWS verwiesen wird. Daraus resultiert eine Vielzahl von Tatbestandsalternativen. Allen ist gemeinsam, dass ein Gewinnspiel stattfindet, auf dessen Durchführung oder Gestaltung sich konkretes Fehlverhalten eines Täters bezieht. Dieses Fehlverhalten muss gegen eine der in § 9 GWS enthaltenen Durchführungs- oder Gestaltungsbestimmungen („Vorgaben“ iSd § 13 Abs. 1 Nr. 8 GWS) verstoßen.

bb) Die Vorgaben in § 9 Abs. 7 GWS und in § 9 Abs. 8 GWS bleiben hier unberücksichtigt, nachdem der BayVGH diese Regelungen in seinem Urteil vom 28. 10. 2009 für unwirksam erklärt hat.

cc) Tatbestandsmäßiges Verhalten des § 13 Abs. 1 Nr. 8 GWS iVm § 9 Abs. 1 GWS ist die Durchführung eines Gewinnspiels, bei dem von den verbindlichen Teilnahmebedingungen abgewichen wird. Der Tatbestand kann also nur erfüllt werden, wenn Teilnahmebedingungen tatsächlich existieren. Zur Aufstellung und Veröffentlichung von Teilnahmebedingungen ist der Gewinnspielveranstalter gem. § 5 Abs. 1 S. 2 GWS verpflichtet. Die Nichterfüllung dieser Pflicht ist in § 13 Abs. 1 Nr. 3 GWS mit Geldbuße bedroht. Ein Anbieter, der ein Gewinnspiel durchführt ohne zuvor Teilnahmebedingungen aufgestellt zu haben, kann zwar nicht den Bußgeldtatbestand § 13 Abs. 1 Nr. 8 GWS iVm § 9 Abs. 1 GWS erfüllen. Er kann dadurch aber nicht die Bußgeldnorm insgesamt unterlaufen, weil er auf der Grundlage des § 13 Abs. 1 Nr. 3 GWS die Voraussetzungen einer Ordnungswidrigkeit erfüllt.

Welche Erscheinung das tatbestandsmäßige Verhalten im Einzelfall hat, richtet sich nach dem Teil der Teilnahmebedingungen, von dem abgewichen wird. Je nachdem kann es sich um aktives Tun oder Unterlassen handeln.

dd) Tatbestandsmäßiges Verhalten des § 13 Abs. 1 Nr. 8 GWS iVm § 9 Abs. 2 GWS ist die Gestaltung einer Lösung des Spiels, die nicht allgemein verständlich ist, insbesondere mit der technischen Ausstattung eines durchschnittlichen Haushalts nicht nachvollzogen werden kann.

Aus der Systematik des § 9 GWS ist zu schlussfolgern, dass mit „Lösung“ in § 9 Abs. 2 GWS etwas anderes gemeint ist als mit „Auflösung“, die im Zentrum des § 9 Abs. 6 GWS steht. „Auflösung“ ist nach allgemeinem Sprachgebrauch die nach Beendigung des Spiels gegebene Mitteilung der richtigen Antwort, nach der in dem Spiel gefragt war. „Lösung“ kann man zwar allgemein auch in diesem Sinne definieren („Des Rätsels Lösung“). Jedoch muss im Gefüge des § 9 GWS mit diesem Wort ein anderer Bedeutungsgehalt verbunden sein, da andernfalls ein unauflösbarer Konflikt mit § 9 Abs. 6 GWS bestünde. „Lösung“ soll in § 9 Abs. 2 GWS im Sinne eines „Lösungswegs“ den Denkvorgang bezeichnen, der den Spieler von der Fragestellung zur richtigen Antwort führt. Der Satzungsgeber meint hier mit „Lösung“ offenbar die Art der Fragestellung oder Aufgabenstellung. Diese muss klar und verständlich sein, damit die Teilnehmer überhaupt eine Chance haben, den richtigen Lösungsweg einzuschlagen, die richtige Antwort zu finden und den ausgelobten Gewinn zu erzielen. Dies wird bestätigt durch den erläuternden Hinweis auf die „technische Ausstattung eines durchschnittlichen Haushalts“. Dieser Hinweis dürfte sich auf die Tatsache beziehen, dass heutzutage in jedem durchschnittlichen Haushalt ein Personalcomputer vorhanden ist und überwiegend Internetzugang besteht. Diese Ausstattung wird nicht benötigt, um die vom Veranstalter nach Ablauf des Gewinnspiels mitgeteilte Auflösung verstehen zu können (§ 9 Abs. 6 GWS), sondern um erfolgversprechende Recherchen nach dem gesuchten Ergebnis anstellen zu können.

ee) Tatbestandsmäßiges Verhalten des § 13 Abs. 1 Nr. 8 GWS iVm § 9 Abs. 3 GWS ist im Rahmen von Wortfindungsspielen die Verwendung

von Begriffen, die nicht in allgemein zugänglichen Nachschlagewerken oder allgemein zugänglicher Fachliteratur enthalten sind.

Allgemein zugänglich sind Informationsquellen, wenn sie in öffentlichen Einrichtungen – z. B. einer kommunalen Bibliothek – vorgehalten werden, zu denen jedermann Zutritt hat. An der allgemeinen Zugänglichkeit fehlt es, wenn die einzige Informationsquelle, die den Begriff enthält, in Privatbesitz ist.

ff) Tatbestandsmäßiges Verhalten des § 13 Abs. 1 Nr. 8 GWS iVm § 9 Abs. 4 GWS ist die Nichtausschüttung des ausgelobten Gewinns, obwohl die Voraussetzungen erfüllt sind, die dafür in den verbindlichen Teilnahmebedingungen aufgestellt worden sind.

Fraglich ist, ob der Tatbestand auch den umgekehrten Fall erfasst, dass nämlich der ausgelobte Gewinn ausgeschüttet wird, obwohl die dafür in den Teilnahmebedingungen formulierten Bedingungen nicht erfüllt sind. Der Konditionalsatz („wenn .. erfüllt sind“) lässt die Subsumtion dieses Sachverhalt unter die Bußgeldnorm durchaus zu. Allerdings hätte dies die sehr ungewöhnliche Konstellation zur Folge, dass der Tatbestand eines – durch aktives Tun begangenen – Handlungsdelikts durch den Verstoß gegen ein Gebot – also eine Handlungspflicht – umschrieben wäre. Handlungsdelikte werden aber durch Verletzung von Verboten begangen. Der erste Halbsatz des § 9 Abs. 4 GWS formuliert kein Verbot („Der ausgelobte Gewinn darf nicht (oder: nur) ausgeschüttet werden, wenn ...“), sondern ein Gebot. Die Pflichtnorm richtet sich also gegen eine Gewinnvorenthaltung durch den Veranstalter. Dementsprechend soll auch mit der Bußgeldnorm allein die Ahndung der Unterlassung gebotener Gewinnausschüttung angedroht werden. Zudem bestünde für den Fall grundloser Gewinnausschüttung auch kein Schutzbedürfnis. Der Gewinnspielveranstalter, der einen Gewinn auszahlt, obwohl die dafür aufgestellten Bedingungen nicht erfüllt sind, schädigt sich selbst. Aus diesem Grund wird ein derartiger Fall praktisch nicht vorkommen.

gg) Tatbestandsmäßiges Verhalten des § 13 Abs. 1 Nr. 8 GWS iVm § 9 Abs. 5 GWS ist bei telefonischer Teilnahme die Unterlassung oder Verzögerung der Durchstellung einer/s weiteren Nutzerin/Nutzers, nachdem eine durchgestellte Nutzerin/ ein durchgestellter Nutzer keinen Lösungsvorschlag abgegeben hat. Das tatbestandsmäßige Verhalten ist also ein Unterlassen. Voraussetzung der Ordnungswidrigkeit ist deshalb die Möglichkeit der Handlung, deren Unterlassung die Bußgeldvorschrift mit Geldbuße bedroht. Im Rahmen des § 9 Abs. 5 GWS bedeutet dies, dass überhaupt eine weitere Nutzerin/ein weiterer Nutzer in der Leitung sein muss, um durchgestellt werden zu können. Ist das nicht der Fall, kann die Nichtdurchstellung kein tatbestandsmäßiges Unterlassen sein. Dasselbe gilt für das Tatbestandsmerkmal "sofort": Ist die Durchstellung in Ermangelung einer aktuellen Nutzerin/eines aktuellen Nutzers nur mit zeitlicher Verzögerung möglich, liegt wegen Unmöglichkeit kein Verstoß gegen das Gebot sofortiger Durchstellung vor. Aus diesem Grund wäre die Verwendung des Wortes „unverzüglich“ anstelle von „sofort“ der Sache angemessener.

hh) Tatbestandsmäßiges Verhalten des § 13 Abs. 1 Nr. 8 GWS iVm § 9 Abs. 6 GWS ist

- bei Gewinnspielen:

- (1) die Nichtauflösung des Gewinnspiels nach seinem Ablauf,
- (2) die Nichtveröffentlichung der Auflösung auf der Website des Veranstalters und gegebenenfalls im Fernsehtext,
- (3) die Nichtvorhaltung der Auflösung in den oben genannten Medien für die Dauer von mindestens drei Tagen,
- (4) die Formulierung einer Auflösung, die entweder unvollständig oder nicht allgemein verständlich ist oder die Lösungslogik nicht erläutert,
- (5) die Formulierung einer Auflösung, die entweder nicht genau zuordenbar oder nicht nachvollziehbar ist.

- bei Gewinnspielsendungen:

(1) die Unterlassung einer deutlich wahrnehmbaren und allgemein verständlichen Darstellung der Auflösung im Programm.

3. Bestimmtheit

a) Die meisten Tatbestandsalternativen sind hinreichend bestimmt beschrieben. Insbesondere hat es der Gewinnspielveranstalter überwiegend selbst in der Hand, die „Vorgaben“ des § 9 GWS mit Inhalt zu füllen. So stellt er die Teilnahmebedingungen auf, nach denen er sich anschließend bei der Durchführung und Gestaltung der Spiele zu richten hat, § 13 Abs. 1 Nr. 8, § 9 Abs. 1 GWS. Er gestaltet die Spiele, wählt die Worte aus, nach denen die Spielteilnehmer suchen sollen, § 13 Abs. 1 Nr. 8 GWS iVm § 9 Abs. 2, Abs. 3 GWS. Für die Erfüllung der Vorgaben hat der Veranstalter vor der Durchführung des Spiels zu sorgen. Er ist daher mit der Aufgabe, eine „allgemein verständliche“ Aufgabenstellung zu verfassen (§ 9 Abs. 2 GWS) oder sich der „allgemeinen Zugänglichkeit“ (§ 9 Abs. 3 GWS) zu vergewissern, nicht überfordert. Zweifel darüber, ob ein Nachschlagewerk, in dem ein zu suchendes Wort auffindbar ist, „allgemein zugänglich“ ist, können ebenfalls im Vorfeld des Gewinnspiels geklärt werden. Im Zeitpunkt des Spiels herrscht demnach Klarheit darüber, ob die Vorgaben des § 9 GWS eingehalten werden oder nicht.

b) In bedenklicher Weise unbestimmt ist jedoch § 13 Abs. 1 Nr. 8 GWS iVm § 9 Abs. 2 GWS.

aa) Schwierigkeiten bereitet schon die Bestimmung des Sinngehalts des Wortes „Lösung“ in dem konkreten Normkontext. Allein die erforderliche Abstimmung mit § 9 Abs. 6 GWS, wo von „Auflösung“ die Rede ist, gibt bei der Suche nach der Bedeutung des Wortes „Lösung“ einige Orientierung (s. o. 2 b dd). Dessen Verwendung ist gleichwohl nicht glücklich, weil „Lösung“ und „Auflösung“ im allgemeinen Sprachgebrauch häufig syno-

nym verwendet und verstanden werden. Der Verständlichkeit des Normtextes wäre an dieser Stelle daher durch Verwendung eines anderen Wortes besser gedient. Vorgeschlagen sei etwa „Aufgabenstellung“, „Aufgabenbeschreibung“ oder einfach „Aufgabe“, vorausgesetzt, dies entspricht tatsächlich der Regelungsintention des Satzungsgebers.

bb) Unklar ist, was mit dem Wort „nachvollziehbar“ gemeint ist. Unter Nachvollziehen versteht man allgemein eine Gedankenoperation, bei der jemand eine vorgegebene schrittweise Herleitung eines Ergebnisses aus bestimmten Prämissen einer Überprüfung unterzieht, indem er dieselben Gedankenschritte an die Prämissen anknüpfend ausführt und am Ende dieses Vorgangs entweder die Bestätigung oder die Widerlegung der Richtigkeit des Ergebnisses erhält. Diese Definition des Begriffs „nachvollziehen“ würde hier aber nur zu der vom Spielveranstalter mitgeteilten Auflösung des Spiels passen. Diese ist jedoch erst in § 9 Abs. 6 GWS Regelungsgegenstand. In § 9 Abs. 2 GWS muss der Begriff „Lösung“ aber einen anderen Bedeutungsgehalt haben (s. o. 2 b dd). Deutet man diesen im Sinne von „Aufgabenstellung“, dann muss man unter „nachvollziehbar“ wohl die Möglichkeit der Durchführung der erforderlichen Aufgabenbewältigungsschritte mit dem in einem durchschnittlichen Haushalt zur Verfügung stehenden Equipment verstehen. Überspitzt ausgedrückt darf der Veranstalter keine Spiele anbieten, bei denen der Teilnehmer sich in das Rechenzentrum einer modern ausgestatteten Universität begeben und womöglich noch die Hilfe von Experten in Anspruch nehmen muss, um überhaupt eine Chance zu haben, die gesuchte Antwort zu finden. Anstelle des Wortes „nachvollziehbar“ wäre deshalb z. B. das Wort „lösbar“ passender. Dieses darf selbstverständlich nicht mit dem Substantiv „Lösung“ verknüpft werden, was oben ja bereits eliminiert wurde. Sprachlich gefällig wäre z. B. die Formulierung „Die Aufgabe(nstellung) eines Spiels muss verständlich beschrieben und ... lösbar sein“.

IX. §§ 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5, 46 S. 1, 8 a RStV iVm § 13 Abs. 1 Nr. 9 GWS

1. Gesetzestext

(1) Eine Ordnungswidrigkeit nach § 49 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 des Rundfunkstaatsvertrags begeht, wer

9. entgegen § 10 Abs. 3 in den Teilnahmebedingungen nicht auf das Teilnahmeentgelt, den Jugendschutz gem. § 3 Abs. 1, den Ausschluss von der Teilnahme gem. § 4, die konkrete Ausgestaltung eines eingesetzten Verfahrens zur Auswahl der Nutzerinnen und Nutzer (wie beispielsweise Vorzähl- bzw. Vorschaltfaktor) und die allgemeinen Bedingungen für die Ausschüttung eines Gewinns hinweist

§ 10 III : In den Teilnahmebedingungen muss insbesondere auf das Teilnahmeentgelt, den Jugendschutz gem. § 3 Abs. 1, den Ausschluss von der Teilnahme gem. § 4, die konkrete Ausgestaltung eines eingesetzten Verfahrens zur Auswahl der Nutzerinnen und Nutzer (wie beispielsweise Vorzähl- bzw. Vorschaltfaktor), die allgemeinen Bedingungen für die Ausschüttung eines Gewinns sowie alle Umstände, die für die Einschätzung der eigenen Gewinnmöglichkeit, insbesondere unter Berücksichtigung der Funktionsweise des eingesetzten Auswahlverfahrens aus Sicht der Nutzerinnen und Nutzer relevant sind, sowie auf etwaige Spielvarianten allgemein verständlich hingewiesen werden.

2. Erläuterungen

a) Tätermerkmal

aa) In Ermangelung eines explizit personenbezogenen Tätermerkmals ergibt sich der Kreis tätertauglicher Personen aus der Verhaltensbeschreibung. Wer sich bei Gewinnspielen und Gewinnspielsendungen mit der Aufgabe befasst, die Teilnahmebedingungen zu verfassen, ist Täter, wenn er diese Aufgabe nicht so erfüllt, wie § 10 Abs. 3 GWS es vor-

schreibt. Rundfunkstaatsvertrag und Gewinnspielsatzung bestimmen nicht, wer für die Erfüllung dieser Aufgabe zuständig ist. Vorgeschrieben ist nur, dass diese Position überhaupt besetzt und die Aufgabe erfüllt wird. Die Aufgabenverteilung ist Sache des Gewinnspielveranstalters. Da die Tatbestandsalternativen nur verwirklicht werden können, wenn Teilnahmebedingungen tatsächlich aufgestellt worden sind (s. u. b), ist gewährleistet, dass es jemanden gibt, dessen Verhalten daraufhin überprüft werden kann, ob die Anforderungen des § 10 Abs. 3 GWS umgesetzt wurden oder nicht. Diese Person ist Täter im Sinne dieses Tatbestands.

bb) Tatbeteiligte, die selbst nicht unmittelbar tatbestandsmäßiges Verhalten vollziehen, sich jedoch an täterschaftlichem Verhalten eines anderen beteiligen, gelten gem. § 14 OWiG ebenfalls als Täter.

b) Verhaltensmerkmal

aa) Die Satzungsnorm § 10 Abs. 3 GWS, mit der die Verweisungsnorm § 13 Abs. 1 Nr. 9 GWS ausgefüllt wird, bezweckt die Aufstellung inhaltlich vollständiger Teilnahmebedingungen. § 13 Abs. 1 Nr. 9 GWS ist die Rechtsgrundlage für die repressive Reaktion auf die Verletzung dieser in § 10 Abs. 3 GWS verankerten Pflicht. Diese Pflicht – und damit auch ihre Erfüllung bzw. Verletzung – setzt voraus, dass Teilnahmebedingungen überhaupt aufgestellt und veröffentlicht worden sind. Sind keine Teilnahmebedingungen aufgestellt worden, macht es keinen Sinn, das Fehlen einzelner Bestandteile der Teilnahmebedingungen zu beanstanden und zu ahnden. Unter diesen Umständen kann also der Tatbestand des § 13 Abs. 1 Nr. 9 GWS nicht erfüllt werden. Daraus folgt jedoch nicht, dass die vollkommene Untätigkeit bzgl. der Teilnahmebedingungen bußgeldrechtlich nicht erfasst werden kann und somit keine Ordnungswidrigkeit ist. Die Verletzung der vorrangigen Pflicht zur Aufstellung und Veröffentlichung von Teilnahmebedingungen ist Gegenstand des Bußgeldtatbestandes § 13 Abs. 1 Nr. 3 GWS, der auf § 5 Abs. 1 GWS verweist.

§ 13 Abs. 1 Nr. 9 GWS erfasst also nur den Fall, dass Teilnahmebedingungen aufgestellt und veröffentlicht worden sind, ihr Inhalt aber nicht den Anforderungen des § 10 Abs. 3 GWS entspricht. Da die Deliktsbeschreibung in § 13 Abs. 1 Nr. 9 GWS das Verhalten des Täters mit den Worten „nicht ... hinweist“ kennzeichnet, liegt dem Tatbestand das Muster eines Unterlassungsdelikts zugrunde. Äußeres Indiz eines derartigen Unterlassens ist die Unvollständigkeit, Lückenhaftigkeit der Teilnahmebedingungen. Der potentielle Nutzer wird nicht vollständig informiert.

Davon zu unterscheiden ist der Fall der unrichtigen Information durch fehlerhafte Teilnahmebedingungen. Enthalten die Teilnahmebedingungen Angaben zu den in § 10 Abs. 3 GWS genannten Themen, ist das Unterlassungsdelikt des § 13 Abs. 1 Nr. 9 GWS nicht erfüllt. Die Nutzerinnen und Nutzer werden gleichwohl nicht richtig informiert, wenn die Angaben falsch sind. Es wäre unverständlich, wenn dieser Fall nicht von einem Bußgeldtatbestand erfasst wäre. Die Gewinnspielsatzung weist jedoch insofern keine Regelungs- und Ahnungslücke auf, weil unrichtige Angaben in den Teilnahmebedingungen gegen das allgemeine Irreführungsverbot des § 6 GWS verstoßen. Bußgeldrechtlich ist das irreführende Verhalten von § 13 Abs. 1 Nr. 5 GWS erfasst.

Unter einer inhaltlich „unrichtigen“ oder „fehlerhaften“ Teilnahmebedingung kann man sich den – praktisch wahrscheinlich keine Rolle spielenden – Fall vorstellen, dass der in § 10 Abs. 3 GWS geforderte allgemein verständliche Hinweis „auf den Jugendschutz gem. § 3 Abs. 1“ den Ausschluss Minderjähriger von der Teilnahme falsch referiert. Beispiel: „Minderjährigen unter 14 Jahren ist die Teilnahme an der Gewinnspielsendung nicht gestattet“. Dieser Hinweis wäre falsch, weil er die gem. § 3 Abs. 1 GWS ebenfalls ausgeschlossene Gruppe der 15- bis 18-jährigen Minderjährigen nicht erfasst.

Man kann gewiss auch argumentieren, durch eine so gestaltete Teilnahmebedingung habe der Anbieter seine in 10 Abs. 3 GWS verankerte

Pflicht, in den Teilnahmebedingungen auf den Jugendschutz „gem. § 3 Abs. 1“ – d. h. übereinstimmend mit dem Text des § 3 Abs. 1 GWS – hinzuweisen, nicht erfüllt. Bei dieser Sichtweise ist der Tatbestand der Ordnungswidrigkeit gem. § 13 Abs. 1 Nr. 9 GWS erfüllt. Man könnte dem aber auch entgegenhalten, der Anbieter habe in den Teilnahmebedingungen sehr wohl auf den Jugendschutz gem. § 3 Abs. 1 GWS hingewiesen, nur eben nicht richtig. Diese Aussage implizierte die Behauptung, dass der Tatbestand des § 13 Abs. 1 Nr. 9 GWS nicht erfüllt sei, weil der Tatbestand nämlich voraussetze, dass überhaupt kein Hinweis auf den Jugendschutz gem. § 3 Abs. 1 GWS gegeben wurde.

Fest steht jedenfalls, dass § 13 Abs. 1 Nr. 3, Nr. 5 und Nr. 9 GWS zusammen gewährleisten, dass die Nutzerinnen und Nutzer durch richtige und vollständige sowie ordnungsgemäß veröffentlichte Teilnahmebedingungen umfassend informiert werden.

bb) Die **erste** Verhaltensalternative wird verwirklicht, wenn der Verfasser der Teilnahmebedingungen in diese keine Angaben zum Teilnahmeentgelt aufnimmt. Das ist eindeutig der Fall, wenn dem Nutzer die Information vorenthalten wird, dass die Teilnahme an dem Gewinnspiel überhaupt die Entrichtung eines Entgelts voraussetzt. Fraglich ist hingegen, ob das Verhaltensmerkmal „nicht auf das Teilnahmeentgelt hinweist“ auch dann erfüllt ist, wenn der Täter zwar auf die Entgeltspflichtigkeit der Teilnahme aufmerksam macht, aber keinerlei Angaben zur Höhe des Teilnahmeentgelts macht. Schon der Wortlaut des § 10 Abs. 3 GWS spricht dafür, diesen Fall in den Tatbestand des § 13 Abs. 1 Nr. 9 GWS einzubeziehen. Denn der bloße Hinweis auf die Entgeltlichkeit der Spielteilnahme verschafft dem Nutzer noch keinerlei Kenntnis über das Teilnahmeentgelt. Mit der Pflicht zum Hinweis auf das Teilnahmeentgelt bezweckt der Satzungsgeber die Inkenntnissetzung des Nutzers von dem Geldbetrag, den ihn die – insbesondere wiederholte – Teilnahme an dem Spiel kosten kann. Die schlichte Kenntnis von der Entgeltlichkeit befriedigt dieses Informations- und Schutzbedürfnis des Nutzers nicht in ausreichendem

Maße. Denn dass ein Telefonanruf oder das Versenden einer Postkarte Kosten verursacht, weiß jeder. Zudem bezeichnet der Satzungsgeber selbst eine Teilnahme, deren Kosten nicht über das Entgelt für einen Anruf aus dem Festnetz oder das Porto einer Postkarte hinausgeht, als unentgeltlich, § 2 Nr. 4 GWS. Die Information über das Teilnahmeentgelt soll es dem Nutzer ermöglichen, die Chancen auf einen Gewinn zu dem dafür notwendigen finanziellen Aufwand ins Verhältnis zu setzen und somit insgesamt die wirtschaftliche Vorteil- oder Nachteilhaftigkeit einer Gewinnspielteilnahme zu kalkulieren. Dies geht deutlich aus § 10 Abs. 3 GWS hervor, wo das Aufklärungsbedürfnis des Nutzers bezüglich aller Umstände, „die für die Einschätzung der eigenen Gewinnmöglichkeit relevant sind“ zum Maßstab für die Informationspflicht erklärt wird. Die Einschätzung der Gewinnmöglichkeit impliziert auch die Kosten, die entstehen, um durch wiederholte Teilnahmeversuche die Gewinnchancen zu erhöhen. Ob die Erlangung einer ausgelobten Geldsumme am Ende wirklich ein „Gewinn“ – also Überschuss des erzielten Vermögenszuwachses im Verhältnis zu dem getätigten Vermögensaufwand – ist, hängt maßgeblich davon ab, wie viel Teilnahmeentgelt eingesetzt werden musste, um diesen Erfolg zu erzielen. Die ex ante erfolgende Einschätzung der Gewinn- „Möglichkeit“ setzt Kenntnis von der Höhe des Entgelts für eine Teilnahme zwingend voraus. Daher muss die Information über das Teilnahmeentgelt den Hinweis auf den ortsüblichen Tarif bei Anrufen aus dem Festnetz enthalten sowie die Warnung, dass Anrufe aus dem Mobilfunknetz erheblich höhere Kosten verursachen können. Bei der Verwendung von Mehrwertdiensten sind die dadurch entstehenden zusätzlichen Kosten zu erwähnen.

cc) Die **zweite** Verhaltensalternative wird verwirklicht, wenn in den Teilnahmebedingungen nicht auf den Jugendschutz gem. § 3 Abs. 1 GWS hingewiesen wird. Die Teilnahmebedingungen müssen also darüber informieren, dass Minderjährigen unter 18 Jahren die Teilnahme an entgeltlichen Gewinnspielsendungen und Minderjährigen unter 14 Jahren auch

die Teilnahme an entgeltlichen Gewinnspielen außerhalb von Gewinnspielsendungen untersagt ist. Auch hier genügt zur Tatbestandserfüllung bereits das Fehlen eines Teils der gem. § 3 Abs. 1 GWS erforderlichen Angaben. Bietet ein Veranstalter sowohl Gewinnspielsendungen als auch sonstige Gewinnspiele an, erfüllt er den Tatbestand des § 13 Abs. 1 Nr. 9 GWS, wenn seine Teilnahmebedingungen nur das alle Minderjährigen erfassende Teilnahmeverbot bzgl. Gewinnspielsendungen verlaublichen, nicht hingegen das für die unter 14-jährigen bestehende Teilnahmeverbot für Gewinnspiele aller Art.

dd) Die **dritte** Verhaltensalternative wird verwirklicht, wenn in den Teilnahmebedingungen nicht durch abstrakt-generelle Regelungen auf den Kreis erwachsener Personen hingewiesen wird, die aus anderen Gründen als denen des Jugendschutzes von der Teilnahme ausgeschlossen sind. Das betrifft hauptsächlich den Ausschluss von Mitarbeitern des Veranstalters und ihren Angehörigen.

ee) Die **vierte** Verhaltensalternative wird verwirklicht, wenn in den Teilnahmebedingungen nicht auf die konkrete Ausgestaltung eines eingesetzten Verfahrens zur Auswahl der Nutzerinnen und Nutzer hingewiesen wird. Wie der Vergleich mit § 6 Abs. 1 S. 1 GWS verdeutlicht, wird der Tatbestand nur bei völligem Fehlen eines Hinweises auf das Auswahlverfahren verwirklicht. Unvollständigkeiten oder inhaltliche Unrichtigkeiten des Hinweises unterfallen dem Irreführungsverbot und sind gegebenenfalls nach § 13 Abs. 1 Nr. 5 GWS ahndbar.

ff) Die **fünfte** Verhaltensalternative wird verwirklicht, wenn in die Teilnahmebedingungen kein Hinweis auf die allgemeinen Bedingungen für die Ausschüttung eines Gewinns aufgenommen wird. Die Anforderungen an diesen Hinweis ergeben sich aus dem Zusammenhang mit § 9 Abs. 4 GWS. Damit es zu einer Gewinnausschüttung kommen kann, müssen in allgemeiner Form die Bedingungen für die Gewinnausschüttung formuliert worden sein. Der Hinweis muss daher eine klare Entscheidung dahinge-

hend ermöglichen, ob im konkreten Fall eine Gewinnausschüttung begründet ist oder nicht. Wird er Hinweis diesen inhaltlichen Anforderungen nicht gerecht, ist der Tatbestand erfüllt.

3. Bestimmtheit

Soweit die sprachliche Gestaltung der Tatbestände Zweifelsfragen aufwirft, lassen sich diese durch Auslegung – insbesondere unter Berücksichtigung des Zusammenhanges mit anderen Satzungsbestimmungen – klären. Der Tatbestand ist daher insgesamt hinreichend bestimmt.

X. §§ 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5, 46 S. 1, 8 a RStV iVm § 13 Abs. 1 Nr. 10 GWS

1. Gesetzestext

(1) Eine Ordnungswidrigkeit nach § 49 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 des Rundfunkstaatsvertrags begeht, wer

10. seine Informationspflichten entgegen § 11 Abs. 1 bis 6 nicht erfüllt

§ 11 I: Bei Gewinnspielsendungen im Fernsehen sind die Informationspflichten gem. § 10 wie folgt wahrzunehmen:

1. Hinweise gem. § 10 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 bis 3 sind durch mündliche Hinweise zu Beginn und in höchstens fünfzehnminütigem Abstand sowie eine deutlich lesbare Bildschirmeinblendung während des gesamten Sendungsverlaufs zu erteilen. Hinweise gem. § 10 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 können auch alle fünf Minuten durch deutlich lesbare Textlaufbänder mit einer Mindestdauer von zehn Sekunden anstelle einer permanenten Bildschirmeinblendung erteilt werden.

2. Hinweise gem. § 10 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 bis 6 sind zu Beginn und in höchstens 30-minütigem Abstand mündlich zu erteilen. Zudem sind diese Hinweise während des Spielverlaufs durch ein dauerhaft eingesetztes,

deutlich lesbares Textlaufband zu erteilen. Hierbei ist jeder Hinweis in höchstens zehnminütigem Abstand zu berücksichtigen. Auf das Textlaufband ist ebenfalls mindestens alle zehn Minuten mündlich ausdrücklich hinzuweisen.

3. Hinweise gem. § 10 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 haben durch eine deutlich lesbare Bildschirmeinblendung von mindestens 10 Sekunden zu erfolgen.

4. Die Erläuterungen gem. § 10 Abs. 2 haben sowohl mündlich als auch durch einen zeitgleich für mindestens 30 Sekunden bildschirmfüllend eingeblendeten deutlich lesbaren Text zumindest am Anfang jeder Sendung sowie jeweils im Zeitabstand von 60 Minuten zu erfolgen.

§ 11 II: Bei Gewinnspielen im Fernsehen, die außerhalb einer Gewinnspielsendung veranstaltet werden, sind, jedes Mal wenn eine konkrete Teilnahmemöglichkeit eröffnet wird, Hinweise gem. § 10 Abs. 1 Satz 2 Nummer 1 bis 4 mündlich zu erteilen, wenn die Teilnahmemöglichkeit mündlich eröffnet wird und durch Bildschirmeinblendung, wenn dies durch Einblendung erfolgt. Im Rahmen der Darstellung der Auflösung gemäß § 9 Abs. 6 Satz 5 haben Hinweise gem. § 10 Absatz 1 Satz 2 Nummer 7 durch eine deutlich lesbare Bildschirmeinblendung von mindestens 10 Sekunden Dauer zu erfolgen.

§ 11 III: Bei Gewinnspielsendungen im Hörfunk sind Hinweise gem. § 10 Absatz 1 Satz 2 Nr. 1 bis 6 deutlich wahrnehmbar mündlich alle fünfzehn Minuten zu erteilen. Hinweise gem. § 10 Abs. 2 haben zumindest am Anfang jeder Sendung sowie jeweils im Zeitabstand von 60 Minuten zu erfolgen. Im Rahmen der Darstellung der Auflösung gemäß § 9 Absatz 6 Satz 5 haben Hinweise gem. § 10 Absatz 1 Satz 2 Nummer 7 deutlich wahrnehmbar zu erfolgen. Hinweise gem. § 10 Absatz 1 Satz 2 Nummer 4 5 können durch eine kostenfreie Ansage unmittelbar vor der Teilnahme der Nutzerin oder des Nutzers erfolgen.

§ 11 IV: Bei Gewinnspielen im Hörfunk, die außerhalb einer Gewinnspielsendung veranstaltet werden, sind jedes Mal, wenn eine konkrete Teil-

nahmemöglichkeit eröffnet wird, deutlich wahrnehmbare mündliche Hinweise gem. § 10 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 bis 4 zu geben. Im Rahmen der Darstellung der Auflösung gemäß § 9 Abs. 6 Satz 5 haben Hinweise gem. § 10 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 deutlich wahrnehmbar zu erfolgen.

§ 11 V *ungültig auf Grund des Urteils des BayVGh vom 28. Oktober 2009*

§ 11 VI: Bei unentgeltlichen Gewinnspielen und Gewinnspielsendungen hat der Anbieter abweichend von Abs. 1 bis 5 hinzuweisen

1. auf die Unentgeltlichkeit bzw. darauf, dass für die Teilnahme ausschließlich ein Entgelt für die Übermittlung einer Nachricht erhoben wird,
2. auf die allgemeinen Teilnahmebedingungen und die Möglichkeit ihrer Kenntnisnahme.

2. Erläuterungen

a) Tätermerkmal

Der Text des § 13 Abs. 1 Nr. 10 GWS enthält einen Hinweis auf den tauglichen Täter, indem er nicht auf „die Informationspflichten“, sondern auf „seine“ Informationspflichten aus § 11 GWS Bezug nimmt. Damit erweckt § 13 Abs. 1 Nr. 10 GWS den Eindruck, dass im Text des § 11 GWS die Person des Inhabers der Informationspflichten definiert sei. Dies ist indessen nur teilweise der Fall. In § 11 GWS werden Einzelheiten des Verfahrens bei der Erfüllung der Informationspflichten festgelegt. Eine generelle Festlegung der Person des Verpflichteten enthält § 11 GWS jedoch allein in Absatz 6. Hinsichtlich der anderen Absätze lässt sich zumindest für einen Teil der Informationspflichten herleiten, wer diese Information zu geben hat und folglich Täter der Ordnungswidrigkeit ist, wenn er die Information nicht in der vorgeschriebenen Weise gibt. Im Übrigen ist der potentielle Täter nicht identifizierbar.

aa) § 11 Abs. 1 Nr. 1 GWS

(1) Die geforderten „mündlichen Hinweise“ sind von den Personen zu erteilen, die die Gewinnspielsendung moderieren und sich deshalb umfassend mit mündlichen Äußerungen an das Fernsehpublikum wenden. Unterlassen diese Personen die vorgeschriebenen mündlichen Hinweise, sind sie Täter dieses Unterlassungsdelikts. Für sonstige Personen kommt Täterschaft gem. § 14 OWiG in Frage. Der Inhaber des Unternehmens oder Betriebs kann gem. § 130 OWiG wegen Verletzung der Aufsichtspflicht zur Verantwortung gezogen werden. Diese kann Anknüpfungspunkt für eine Verbandsgeldbuße gem. § 30 OWiG sein.

(2) Hingegen lässt sich für die geforderten „Bildschirmeinblendungen“ und „Textlaufbänder“ ein bestimmter Täter nicht identifizieren. Die Gewinnspielsatzung verlangt diese Form der Information und droht Geldbuße für den Fall an, dass die Information unterbleibt. Die Gewinnspielsatzung gibt jedoch nicht an, gegen wen diese Geldbuße zu verhängen wäre. Auf die Person desjenigen, der für die Erfüllung der Informationspflicht einzustehen hat, gibt die Gewinnspielsatzung keinen ausreichenden Hinweis. Die Moderatoren der Sendung, die für die mündlichen Hinweise zuständig sind und insofern taugliche Täter der Informationspflichtverletzung sind (s.o. [1]), kommen als Täter der Verletzung dieser Informationspflicht nicht in Betracht. Es ist davon auszugehen, dass die redaktionellen und rundfunktechnischen Voraussetzungen für die optische Präsentation der Sendung von mehreren arbeitsteilig zusammenwirkenden Mitarbeitern geschaffen werden. Diese können dafür sorgen, dass die geforderten Bildschirmeinblendungen und Textlaufbänder gesendet werden. Jedoch werden nicht alle diese Mitarbeiter dafür zuständig sein. Sie alle kollektiv zur Verantwortung zu ziehen, wenn die vorgeschriebenen Bildschirmeinblendungen und Textlaufbänder nicht realisiert werden, wäre ein Verstoß gegen das Grundprinzip, dass eine straf- und bußgeldrechtliche Haftung nur in Bezug auf eigenes individuelles Fehlverhalten legitim ist. Es dürfen

nicht sämtliche Mitglieder einer Gruppe sanktioniert werden, weil ein Mitglied deliktisch gehandelt hat.

Die Gewinnspielsatzung überlässt es der Selbstorganisation des Rundfunkveranstalters einer Gewinnspielfernsehsendung, die Zuständigkeit für die Erfüllung der Informationspflichten festzulegen. Werden Informationspflichten nicht erfüllt, ist dies ein Zeichen mangelnder Organisation. Der Grund für den Fehler kann sein, dass niemand dafür zuständig ist. Auf einen derartigen Organisationsmangel ist die Gewinnspielsatzung nicht eingestellt. Es kann keine Geldbuße verhängt werden – gegen wen auch? – , wenn keine individuelle Person wegen Verstoßes gegen § 11 GWS zur Verantwortung gezogen werden kann. Es ist nicht einmal die Festsetzung einer Geldbuße wegen Aufsichtspflichtverletzung gem. § 130 OWiG möglich, weil in Ermangelung eines deliktisch handelnden Mitarbeiters keine Anknüpfungs-„Zuwiderhandlung“ festgestellt werden kann.

Das Verdikt mangelnder Bestimmtheit lässt sich auch nicht mit dem Hinweis darauf austräumen, dass in anderen Bußgeldtatbeständen – etwa § 13 Abs. 1 Nr. 8 und Nr. 9 GWS – das Tätermerkmal ähnlich konstruiert ist. Zwischen den Ordnungswidrigkeiten nach § 13 Abs. 1 Nr. 8 GWS und § 13 Abs. 1 Nr. 9 GWS einerseits und nach § 13 Abs. 1 Nr. 10 GWS andererseits besteht hinsichtlich der Bestimmtheit des Tätermerkmals ein fundamentaler Unterschied: Die Ordnungswidrigkeiten nach § 13 Abs. 1 Nr. 8 und Nr. 9 GWS sind durch aktives Tun begehbare Handlungsdelikte, die Ordnungswidrigkeit nach § 13 Abs. 1 Nr. 10 GWS ist hingegen ein reines Unterlassungsdelikt („seine Informationspflichten entgegen § 11 Abs. 1 bis 6 nicht erfüllt“).

Bei § 13 Abs. 1 Nr. 8 GWS ergibt sich die Person des Täters einfach daraus, dass jemand tatsächlich aktiv das Spiel durchführt und/oder gestaltet und dabei gegen die Vorgaben des § 9 GWS verstößt. Auf Zuständigkeiten für die Erfüllung bestimmter Aufgaben braucht zur Bestimmung des Täters also nicht abgestellt zu werden. Auch eine für die konkrete

Aufgabenerfüllung unzuständige Person ist Täter, wenn sie tatsächlich die tatbestandsmäßige Handlung vollzieht. Auf die Zuständigkeit kommt es nur an für Personen, deren Verantwortlichkeit allein darauf gestützt werden kann, dass sie es unterlassen haben, für eine satzungskonforme Durchführung oder Gestaltung des Spiels zu sorgen bzw. eine satzungswidrige Durchführung oder Gestaltung des Spiels zu unterbinden. Im Übrigen greifen insofern auch die allgemeinen Regeln über unechte Unterlassungsdelikte gem. § 8 OWiG bzw. § 13 StGB ein. Zu deren Bedenklichkeit in Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG hat sich der Gutachter im Lehrbuch „Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Auf. 2003, § 15 III 1 b“ geäußert.

Ebenso verhält es sich mit § 13 Abs. 1 Nr. 9 GWS: Täter ist, wer aktiv die Teilnahmebedingungen verfasst und dabei die in der Satzung genannten inhaltlichen Anforderungen nicht beachtet. Wiederum braucht zur Bestimmung der Täterperson nicht darauf abgestellt zu werden, wer für die Schaffung satzungskonformer Teilnahmebedingungen zuständig ist.

Bei den im Gutachten im Hinblick auf mangelnde Bestimmtheit des Tätermerkmals beanstandeten Alternativen des § 13 Abs. 1 Nr. 10 GWS verhält es sich so, dass der Tatbestand den Charakter eines reinen Unterlassungsdelikts hat und deshalb zur Bestimmung des Täters nicht auf eine Person abgestellt werden kann, die etwas aktiv tut und in diesem Zusammenhang die geforderte Information unterlässt. Eine Parallele zu § 13 Abs. 1 Nr. 8 GWS und § 13 Abs. 1 Nr. 9 GWS lässt sich daher nicht ziehen. Diese Möglichkeit bestünde nur, wenn der Tatbestand des § 13 Abs. 1 Nr. 10 GWS als tatbestandsmäßiges Verhalten eine Aktivität beschriebe (z. B. die Durchführung des Gewinnspiels) und in diesem Kontext implizit die Nichterfüllung der Informationspflicht zu einer Ahndbarkeitsvoraussetzung erklärte. Täter wäre dann die Person, die täterschaftlich die Aktivität vollzieht, also z. B. die Durchführung eines Gewinnspiels bewirkt, in dessen Verlauf die in § 11 GWS normierten Informationspflichten – von wem auch immer – nicht erfüllt werden. In dieser

Form ist der Tatbestand des § 13 Abs. 1 Nr. 10 GWS jedoch nicht gefasst.

An der Unbestimmtheit der Regelung vermag auch die Rechtsfigur des „Nebentäters“ nichts zu ändern. Das gemeinsame Bewirken des Taterfolges durch Nebentäter ist eine Erscheinungsform des durch **aktives** Tun verwirklichten Begehungsdelikttes. Jedoch geht es bei den hier als unbestimmt beanstandeten Alternativen des § 13 Abs. 1 Nr. 10 GWS iVm § 11 GWS um Tatbestände, die den Charakter des **Unterlassungsdelikttes** haben. Wer „Verantwortlicher“ ist, ist gerade die Frage, die im Text des § 11 GWS nicht beantwortet wird. Die Figur „Nebentäter“ vermag diese Lücke nicht zu schließen. Nebentäter existieren erst, wenn bekannt ist, wer für die Erfüllung der Informationspflichten verantwortlich ist. Sind das mehrere und hat keiner von ihnen die Informationspflichten erfüllt, sind alle Nebentäter (durch Unterlassen).

Die Unbestimmtheit hinsichtlich der Person, der die Informationspflichten des § 11 GWS obliegen und die demgemäß nach § 13 Abs. 1 Nr. 10 GWS bei Nichterfüllung einer Informationspflicht als Täter der Ordnungswidrigkeit zur Verantwortung gezogen werden kann, lässt sich durch eine geringfügige Umformulierung des § 11 GWS beheben. Man könnte z. B. die Absätze des 11 GWS jeweils einleiten mit den Worten:

„Der Anbieter von Gewinnspielsendungen ... hat dafür zu sorgen, dass die Informationspflichten gem. § 10 wie folgt wahrgenommen werden: ...“

bb) § 11 Abs. 1 Nr. 2 GWS

Die Ausführungen zu § 11 Abs. 1 Nr. 1 GWS gelten entsprechend. Für mündliche Hinweise sind die Moderatoren der Sendung zuständig. Bezüglich der visuellen Hinweise fehlt eine genaue Angabe des Verpflichteten.

cc) § 11 Abs. 1 Nr. 3 GWS

Hier geht es ausschließlich um Informationen durch Bildschirmeinblendungen. Die Moderatoren der Sendung, die für mündliche Hinweise zuständig sind, kommen als Täter nicht in Frage. Die Ausführungen zu § 11 Abs. 1 Nr. 1 GWS bzgl. Bildschirmeinblendungen gelten entsprechend.

dd) § 11 Abs. 1 Nr. 4 GWS

Soweit es um mündliche Erläuterungen geht, sind die Moderatoren der Sendung Inhaber der Informationspflicht und somit potentielle Täter der Ordnungswidrigkeit. Hinsichtlich der optischen Hinweise gilt das zu § 11 Abs. 1 Nr. 1 GWS Gesagte.

ee) § 11 Abs. 2 GWS

Die Informationspflicht umfasst mündliche Erläuterungen und Hinweise mittels Bildschirmeinblendungen. Die zwischen mündlichen und optischen Hinweisen differenzierenden Ausführungen zu § 11 Abs. 1 Nr. 1 GWS gelten entsprechend.

ff) § 11 Abs. 3 GWS

Bei Gewinnspielsendungen im Hörfunk sind naturgemäß nur mündliche Hinweise möglich. Aus diesem Grund ist die Informationspflicht von den Sprechern der Sendung zu erfüllen. Diese sind somit Täter, wenn in der Sendung die erforderlichen mündlichen Informationen nicht gegeben werden. Das Problem der Unbestimmbarkeit des Täters einer Informationspflichtverletzung bzgl. Bildschirmeinblendungen und Textlaufbänder stellt sich hier nicht.

gg) § 11 Abs. 4 GWS

Die Ausführungen zu § 11 Abs. 3 GWS gelten entsprechend.

hh) § 11 Abs. 6 GWS

Der Text benennt als Inhaber der Informationspflicht den „Anbieter“. Ist dieser eine natürliche Person, kommt er selbst als Täter in Betracht. Ist Anbieter eine juristische Person oder eine rechtsfähige Gesellschaft, kommen als Täter die natürlichen Personen in Betracht, die eine der in § 9 Abs. 1, Abs. 2 OWiG beschriebenen Positionen (vertretungsberechtigtes Organ usw.) innehaben

b) Verhaltensmerkmal

Die Verhaltensmerkmale haben ausschließlich unterlassungsdeliktischen Charakter. Der Tatbestand wird jeweils dadurch erfüllt, dass die zuständige Person Hinweise überhaupt nicht, nicht zur rechten Zeit (zu Beginn...), nicht in dem vorgeschriebenen Umfang (Minstdauer von zehn Sekunden ...), nicht in der vorgeschriebenen Frequenz (in höchstens fünfzehnminütigem Abstand ...), nicht mit den vorgeschriebenen Darstellungsmitteln (deutlich lesbare Textlaufbänder) gibt

3. Bestimmtheit

a) Aus obigen Erläuterungen zum Tätermerkmal ist ersichtlich, dass § 13 Abs. 1 Nr. 10 GWS im Bereich der Gewinnspielfernsehsendungen an einem erheblichen Bestimmtheitsmangel leidet. Der Normtext lässt für einen großen Teil der Tatbestandsalternativen die Person des Täters im Unklaren. Die Gewinnspielsatzung begnügt sich mit der Beschreibung eines deutlich erkennbaren Informationsdefizits, für das gewiss „irgendjemand“ verantwortlich sein muss. Die Identifizierung dieser Person will die Satzung dem Bußgeldverfahren überlassen, was nicht funktionieren kann, weil diesem Verfahren die normative Orientierung auf den mutmaß-

lichen Täter hin fehlt. Die Beschreibung eines fehlerhaften Systems vermag die Benennung der fehlerhaft agierenden Person nicht zu ersetzen. Lässt sich diese wegen der Komplexität der Strukturen nicht ausmachen, empfiehlt sich die gesetzliche Installierung eines Systemverantwortlichen nach dem Muster des verantwortlichen Redakteurs im Presserecht, an den sich das Strafrecht oder Ordnungswidrigkeitenrecht halten kann, wenn die unmittelbar delinquierende Person nicht ermittelbar ist.

b) § 13 Abs. 1 Nr. 10 GWS ist auf Telemedien nicht anwendbar. Das folgt aus den Regelungen des Rundfunkstaatsvertrages, die den Anwendungsbereich in Bezug auf Telemedien folgendermaßen definieren: Gemäß § 1 Abs. 1 RStV gilt der Staatsvertrag für Telemedien grundsätzlich nicht. Anwendbar sind lediglich die Vorschriften des IV. bis VI. Abschnitts sowie § 20 Abs. 2.

Zum IV. Abschnitt gehört auch § 49 RStV, also die Bußgeldvorschrift des RStV, mit der die Gewinnspielsatzung in § 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 verknüpft ist. Aus § 49 Abs. 1 S. 2 RStV ergibt sich zunächst keine Beschränkung des Täterkreises, die Telemedien ausgrenzen würde. Im Gegenteil: Viele Tatbestände des § 49 Abs. 1 S. 2 RStV beziehen sich explizit auf Telemedien und bestimmen entsprechend den Täterkreis (z. B. § 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 11, 13, 14).

Allerdings wird der Tatbestand des § 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 RStV durch Verweisung auf § 46 S. 1 RStV ausgefüllt. § 46 RStV gehört zum III. Abschnitt des RStV. Daher ist § 46 RStV gemäß § 1 Abs. 1 RStV auf Telemedien nicht anwendbar. Die Satzungsermächtigung in § 46 S. 1 RStV erfasst Telemedien nicht. Demzufolge kann eine auf § 46 S. 1 RStV gestützte Satzung auch nicht bewirken, dass sich Ordnungswidrigkeitentatbestände, die ihre Grundlage in § 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 RStV haben, auf Telemedien erstrecken.

Aus § 58 Abs. 4 RStV ergibt sich nichts Gegeneiliges. Diese Vorschrift dehnt zwar den Anwendungsbereich des § 8 a RStV auf Telemedien aus, nicht aber den Anwendungsbereich des § 46 S. 1 RStV. Daraus folgt, dass zwar die in § 8 a RStV normierten Pflichten auch für Telemedien gelten, nicht aber die Bußgeldbewehrung für die Verletzung dieser Pflichten. Denn diese könnte sich nur aus der auf § 46 S. 1 RStV beruhenden Satzung ergeben. § 8 a RStV ermächtigt nicht zum Erlass einer Satzung, in der Pflichtverletzungen als Ordnungswidrigkeit mit Geldbuße bedroht werden.

XI. §§ 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5, 46 S. 1, 8 a RStV iVm § 13 Abs. 1 Nr. 11 GWS

1. Gesetzestext

(1) Eine Ordnungswidrigkeit nach § 49 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 des Rundfunkstaatsvertrags begeht, wer

11. entgegen 12 seinen Auskunfts- oder Vorlagepflichten nicht nachkommt.

§ 12 I: Anbieter von Gewinnspielen / Gewinnspielsendungen haben der zuständigen Aufsichtsbehörde jeweils auf Verlangen und in aktueller Fassung vorzulegen:

1. eine ausführliche Erläuterung etwaiger angewandter Verfahren zur Auswahl der Nutzerinnen und Nutzer einschließlich etwaiger Varianten,
2. die allgemeinen Teilnahmebedingungen unter Angabe ihrer Veröffentlichung,
3. etwaige interne, die Veranstaltung der Sendung und die Durchführung der Spiele betreffende Dienstanweisungen,

4. zur Prüfung des technischen Auswahlmechanismus gemäß § 5 Abs. 2 Satz 1 technische Protokolle über Funktion und konkrete Anwendung eines etwaigen Auswahlmechanismus (wie beispielsweise Angaben zum Vorzählfaktor),

5. *Belege über das Nutzerinnen- und Nutzeraufkommen gem. § 5 Abs. 2 Satz 2,*

6. einen schriftlichen Nachweis über tatsächliche Gewinner sowie über ausgezahlte Gewinnsummen,

7. ausführliche Lösungsskizzen einzelner Spiele sowie ggf. Referenzen,

8. Belege für die Veröffentlichung von Spieldauflösungen gem. § 9 Abs. 6 Satz 2.

§ 12 II: Der Anbieter hat die betreffenden Daten drei Monate nach Durchführung des Gewinnspiels vorzuhalten. Telekommunikationsrechtliche und datenschutzrechtliche Regelungen sind zu beachten.

§ 12 III: Sofern sich der Anbieter zur Durchführung eines Gewinnspiels / einer Gewinnspielsendung Dritter bedient, sind diese entsprechend zu verpflichten.

2. Erläuterungen

a) Tätermerkmal

aa) Anbieter von Gewinnspielen und Gewinnspielsendungen

(1) Da § 13 Abs. 1 Nr. 11 GWS auf § 12 GWS verweist und dabei auf „seine“ Auskunfts- und Vorlagepflichten abstellt, ist Täter die Person, die die Eigenschaft „Anbieter von Gewinnspielen oder Gewinnspielsendungen“ hat. Denn der Anbieter hat gem. § 12 Abs. 1 GWS Auskunfts- und Vorlagepflichten, d. h. es sind „seine“ Pflichten.

(2) Da die Eigenschaft „Anbieter“ ein besonderes persönliches Merkmal ist, können außer dem Anbieter selbst – sofern dieser eine natürliche Person ist – auch die für ihn handelnden Personen gem. § 9 Abs. 1, Abs. 2 OWiG Täter der Ordnungswidrigkeit sein. Ist Anbieter keine natürliche Person, kommt als Täter nur ein Organ oder Vertreter iSd § 9 OWiG in Betracht.

(3) Zu beachten ist des Weiteren, dass sämtliche Varianten des § 12 Abs. 1 GWS Handlungspflichten normieren. Daraus folgt, dass die jeweils korrespondierende Ordnungswidrigkeit gem. § 13 Abs. 1 Nr. 11 GWS den Charakter eines Unterlassungsdelikts hat. Täter des Unterlassungsdelikts kann nur sein, wer die Pflicht zur aktiven Erfüllung der in § 12 Abs. 1 GWS beschriebenen Pflichten hat. Das ist in erster Linie der „Anbieter“. Dessen in § 12 Abs. 1 GWS begründete Pflichtenstellung ist – wie die Anbietereigenschaft – ein besonderes persönliches Merkmal. Deshalb haben auch die in § 9 Abs. 1, Abs. 2 OWiG aufgeführten Organe, Vertreter und Mitarbeiter des Anbieters die Handlungspflichten des § 12 Abs. 1 GWS. Sie können also durch Nichterfüllung der Pflichten Täter der Ordnungswidrigkeit sein.

bb) Dritte

(1) § 13 Abs. 1 Nr. 11 GWS verweist nicht auf „§ 12 Abs. 1 GWS“, sondern pauschal auf § 12 GWS, also auch auf § 12 Abs. 3 GWS. In § 12 Abs. 3 GWS ist eine Beziehung zwischen dem Anbieter (Absatz 1) und einem Dritten angesprochen, aus der sich ergebe, dass der Dritte „entsprechend zu verpflichten“ sei. „Dritte“ sind insbesondere Telekommunikationsdienstleister, die das vom Gewinnspielanbieter verwendete technische Auswahlverfahren (§ 12 Abs. 1 Nr. 4 GWS) zur Verfügung stellen und für seinen Betrieb während der laufenden Gewinnspielsendung sorgen. Damit hat der Satzungsgeber gewiss gemeint und beabsichtigt, die in § 12 Abs. 1 GWS beschriebenen – dem Anbieter obliegenden – Vorlagepflichten gegenüber der Aufsichtsbehörde auf den Dritten auszudehnen.

nen. Im Ergebnis soll der Dritte die gleiche Pflichtenstellung bzgl. der Vorlagepflichten gem. § 12 Abs. 1 GWS und der Vorhaltepflicht gem. § 12 Abs. 2 GWS haben, wie der Anbieter selbst. Das ist schon deswegen zweckmäßig, weil der Anbieter in Bezug auf die Vorgänge, für die er die Leistung des Dritten eingekauft hat, gar nicht über die der Aufsichtsbehörde vorzulegenden Unterlagen und Informationen verfügt.

(2) Fraglich ist, ob sich daraus auch die potentielle Tütereigenschaft des Dritten bzgl. der in § 13 Abs. 1 Nr. 11 GWS normierten Ordnungswidrigkeit ergibt. § 13 Abs. 1 Nr. 11 GWS bestimmt den Täter durch Bezugnahme auf „seine“ Auskunfts- oder Vorlagepflicht. Täter kann also nur sein, wer eine derartige Pflicht hat, bevor er sich durch Nichtvorlage der angeforderten Unterlagen gegenüber der Aufsichtsbehörde in tatbestandsmäßiger Weise – unterlassend – verhält. Das wäre der Fall, wenn sich aus § 12 Abs. 3 GWS unmittelbar ergäbe, dass der Dritte im Sinne des § 12 Abs. 1 GWS und des § 12 Abs. 2 GWS „verpflichtet ist“. Dann hätte also der Satzungsgeber selbst den Pflichtenkanon der § 12 Abs. 1, Abs. 2 GWS bzw. diejenigen Pflichten, deren Inhalt die Tätigkeit des Dritten betrifft, auf den Dritten übertragen und ihn zum Inhaber der Vorlagepflicht erklärt. So jedoch ist § 12 Abs. 3 GWS nicht formuliert. Danach ist der Dritte nicht „verpflichtet“, sondern er ist „zu verpflichten“. Diese Formulierung kann man nur dahingehend verstehen, dass es eines besonderen Pflichtenüberwälzungsaktes oder Pflichtenbegründungsaktes bedarf, um die Stellung des Dritten als Inhaber der Pflicht zu begründen. Offenbar soll der Anbieter diesen Akt vornehmen, also in die mit dem Dritten getroffene vertragliche Vereinbarung eine Klausel aufnehmen, aus der sich konstitutiv ergibt, dass die Vorlagepflichten, die die Tätigkeit des Dritten betreffen, von diesem im Verhältnis zu der Aufsichtsbehörde zu erfüllen sind. Solange diese Vereinbarung zwischen dem Anbieter und dem Dritten nicht getroffen worden ist, hat dieser keine Pflichtenstellung gegenüber der Aufsichtsbehörde und kann durch Nichtvorlage der Unterlagen nicht Täter der Ordnungswidrigkeit gem. § 13 Abs. 1 Nr. 11 GWS

sein. Daraus resultiert rundfunkrechtlich eine Pflichtenerfüllungslücke und – ordnungswidrigkeitenrechtlich – eine Ahnungslücke, weil in einem derartigen Fall der Anbieter selbst für die Nichtvorlage der Unterlagen nicht ohne weiteres zur Verantwortung gezogen werden kann (dazu unten b bb).

(3) Empfehlenswert wäre deshalb eine Formulierung des § 12 Abs. 3 GWS, die unmissverständlich zum Ausdruck bringt, dass der Dritte für die Erfüllung der seine Tätigkeit betreffenden Vorlagepflichten zuständig ist. Der Text des § 12 Abs. 3 GWS müsste also so gefasst sein, dass sich die Stellung des Dritten als Inhaber der Pflicht aus § 12 Abs. 1 GWS und aus § 12 Abs. 2 GWS gegenüber der Aufsichtsbehörde unmittelbar konstitutiv aus dem Text des § 12 Abs. 3 GWS – und nicht erst aus der vertraglichen Vereinbarung mit dem Anbieter – ableiten lässt. Dem Anbieter wäre dann lediglich die deklaratorische Pflicht aufzuerlegen, seinen Vertragspartner – den Dritten – auf diese kraft Satzung begründete Pflichtenstellung hinzuweisen.

Sollte der Satzungsgeber allerdings nicht beabsichtigt haben, den Anwendungsbereich der Bußgeldvorschrift des § 13 Abs. 1 Nr. 11 GWS auf den Dritten auszudehnen, wäre eine anderweitige sprachliche Klarstellung zu empfehlen. Um die bußgeldrechtliche Verantwortlichkeit des Anbieters auch für die Konstellation des § 12 Abs. 3 GWS sicherzustellen, sollte klar zum Ausdruck gebracht werden, dass der Anbieter auch in diesem Fall dafür zu sorgen hat, dass der Aufsichtsbehörde die angeforderten Unterlagen – entweder unmittelbar von dem Dritten oder vom Anbieter selbst – vorgelegt werden. § 13 Abs. 1 Nr. 11 GWS sollte daher lauten: „entgegen § 12 Abs. 1 Vorlagepflichten nicht nachkommt, entgegen § 12 Abs. 2 Daten nicht drei Monate nach Durchführung des Gewinnspiels bzw. Ausstrahlung der Gewinnspielsendung vorhält oder entgegen § 12 Abs. 3 den Dritten nicht verpflichtet, Vorlage- oder Vorhalteplichten zu erfüllen.“

b) Verhaltensmerkmal

aa) Verweisung des § 13 Abs. 1 Nr. 11 GWS auf § 12 GWS

§ 13 Abs. 1 Nr. 11 GWS verweist pauschal auf § 12 GWS („entgegen § 12“). Daraus ist zu schließen, dass sich blankettausfüllendes Material zur Bildung des Ordnungswidrigkeiten-Tatbestands aus allen drei Absätzen des § 12 GWS gewinnen lässt. Anderenfalls hätte der Satzungsgeber in § 13 Abs. 1 Nr. 11 GWS – wie er es in anderen Nrn. des § 13 Abs. 1 GWS getan hat – in die Verweisung den Absatz des § 12 GWS aufgenommen, dem die Merkmale des Tatbestandes entnommen werden sollen. Es ist also davon auszugehen, dass Verhaltensmerkmale der in § 13 Abs. 1 Nr. 11 GWS normierten Ordnungswidrigkeiten aus § 12 Abs. 1 GWS, aus § 12 Abs. 2 GWS und aus § 12 Abs. 3 GWS zu gewinnen sind.

bb) § 12 Abs. 1 GWS

(1) Die in § 12 Abs. GWS aufgelisteten Vorlagepflichten bestehen nur „auf Verlangen“ der Aufsichtsbehörde. Solange die Behörde also die Vorlage von Unterlagen nicht verlangt hat, erfüllt der Anbieter den Tatbestand der Ordnungswidrigkeit nicht. Aus § 12 Abs. 2 S. 1 GWS ergibt sich, dass nach Ablauf von drei Monaten seit Durchführung des Gewinnspiels oder Ausstrahlung der Gewinnspielsendung mit einem derartigen Verlangen nicht mehr gerechnet werden muss. Denn danach besteht keine Aufbewahrungspflicht mehr. Der Anbieter darf nach drei Monaten die Unterlagen vernichten und ist dann zur Erfüllung einer Vorlagepflicht nicht mehr in der Lage.

(2) Bei sämtlichen in § 12 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 8 GWS beschriebenen Pflichten handelt es sich um Handlungspflichten. Ihre Erfüllung setzt aktives Tun voraus, ihre Verletzung manifestiert sich in der Unterlassung der erforderlichen Aktivitäten. Die korrespondierende Ordnungswidrigkeit gem. § 13 Abs. 1 Nr. 11 GWS hat daher den Charakter eines Unterlassungsdelikts. Das Verhaltensmerkmal impliziert deshalb die für tatbestandsmäßiges Unterlassen geltenden Regeln der allgemeinen strafrecht-

lichen bzw. ordnungswidrigkeitenrechtlichen Dogmatik zu den Unterlassungsdelikten. Dazu gehört insbesondere die Möglichkeit des Vollzugs der gebotenen Handlung. Die Nichtvornahme einer unmöglichen Handlung ist keine Unterlassung. Ist dem Anbieter die Vorlage von Unterlagen unmöglich, erfüllt seine Untätigkeit nicht das Verhaltensmerkmal „seine Auskunfts- oder Vorlagepflichten nicht nachkommt“.

Für die letztgenannte Situation (Unmöglichkeit der Vorlage) sind zwei Gründe denkbar:

Der Anbieter kann Unterlagen nicht vorlegen, weil er diese Unterlagen nicht (mehr) besitzt. Der Grund dafür ist entweder, dass er diese Unterlagen von Anfang an nicht besessen hat oder dass er sie nicht mehr besitzt, weil er sie entweder weggegeben oder vernichtet hat.

Der *erstgenannte* Fall wird dann eintreten, wenn der Anbieter bestimmte Komponenten der Durchführung des Gewinnspiels oder der Gewinnspiel-sendung einem Dritten übertragen hat, § 12 Abs. 3 GWS. Ist in einem solchen Fall nicht der Dritte wirksam zur Erfüllung der Pflichten gegenüber der Aufsichtsbehörde verpflichtet worden, kann dieser für die Nichtvorlage nicht bußgeldrechtlich zur Verantwortung gezogen werden (s. o. a bb [2]). Der Anbieter selbst kann für die Nichtvorlage der Unterlagen ebenfalls nicht zur Verantwortung gezogen werden, weil ihm selbst diese Vorlage nicht möglich ist. Ihm kann jedoch vorgeworfen werden, dass er gegenüber dem Dritten nicht darauf hingewirkt hat, dass die Unterlagen durch den Dritten der Aufsichtsbehörde vorgelegt werden, dass er insbesondere nicht – wie § 12 Abs. 3 GWS es von ihm verlangt – den Dritten entsprechend verpflichtet hat. Es ist fraglich, ob diese Hinwirkungspflicht eine „Auskunfts- oder Vorlagepflicht“ ist. Denn auf diese Begriffe stellt § 13 Abs. 1 Nr. 11 GWS ab. Man wird das dennoch bejahen können. Denn auch im Falle der Einbeziehung Dritter sind die dessen Tätigkeit betreffenden Pflichten des § 12 Abs. 1 GWS Pflichten des Anbieters. Auf Grund der Übertragung von Aufgaben auf den Dritten wandelt sich der

Inhalt dieser Pflichten um von der ursprünglichen Pflicht zur eigenhändigen Vorlage der Unterlagen in die derivative Pflicht, die Vorlage der Unterlagen durch den Dritte zu veranlassen. Es ist auch keine Überdehnung des Gesetzeswortlautes, an die Nichtvornahme der Handlungen, mit denen der Dritte dazu gebracht werden könnte, der Aufsichtsbehörde Unterlagen vorzulegen, die Feststellung zu knüpfen, dass der Anbieter seiner Auskunfts- oder Vorlagepflicht „nicht nachgekommen“ ist.

Den Eintritt des *zweiten* Falls – Anbieter besitzt die Unterlagen nicht mehr – zu verhindern ist Zweck der Vorhaltepflicht des § 12 Abs. 2 GWS. Vernichtet also der Anbieter Unterlagen vor Ablauf der Drei-Monate-Frist, führt er selbst den Unmöglichkeitens-Fall herbei. Er verletzt damit unmittelbar seine Pflicht aus § 12 Abs. 2 GWS und mittelbar die aus § 12 Abs. 1 GWS resultierende Vorlagepflicht. In der allgemeinen Dogmatik des Unterlassungsdelikts nennt man einen derartigen Vorgang „omissio libera in causa“⁵⁹. Rechtsfolge ist die Unbeachtlichkeit des Unmöglichkeitens-Einwands. Der Inhaber der Handlungspflicht wird trotz faktischer Unmöglichkeit so behandelt, als sei ihm die Vornahme der gebotenen Handlung möglich. § 12 Abs. 2 GWS ist eine spezialgesetzliche Regelung dieses allgemeinen omissio-Prinzips. Obwohl der Anbieter nach Vernichtung der Unterlagen diese nicht mehr vorlegen kann, wird die Nichtvorlage als tatbestandsmäßiges Unterlassen bewertet.

cc) § 12 Abs. 2 GWS

Man kann darüber diskutieren, ob die Verletzung der Vorhaltepflicht unmittelbar den Tatbestand des § 13 Abs. 1 Nr. 11 GWS erfüllen kann. Zweifelhaft ist das deswegen, weil § 12 Abs. 2 GWS nicht unmittelbar eine Auskunfts- oder Vorlagepflicht beschreibt, sondern eine Nebenpflicht, die die Erfüllbarkeit der Vorlagepflichten sicherstellen soll. Letztlich kommt es darauf jedoch nicht an. Denn kommt der Anbieter seiner in § 12

⁵⁹ Schönke/Schröder/Stree/Bosch vor § 13 Rn 144.

Abs. 1 GWS verankerten Vorlagepflicht deswegen nicht nach, weil er zuvor unter Missachtung des § 12 Abs. 2 GWS Unterlagen vernichtet hat, erfüllt er den Tatbestand des § 13 Abs. 1 Nr. 11 GWS iVm § 12 Abs. 1 GWS in der Form der „omissio libera in causa“ (s. o. bb).

dd) § 12 Abs. 3 GWS

§ 12 Abs. 3 GWS verweist bezüglich des Pflichtinhalts auf § 12 Abs. 1 GWS und auf § 12 Abs. 2 GWS. Es gelten die obigen Ausführungen zu § 12 Abs. 1 GWS und zu § 12 Abs. 2 GWS entsprechend.

3. Bestimmtheit

Wie oben (2 a bb) ausführlich dargestellt wurde, ist die Regelung des § 12 Abs. 3 GWS unklar und missverständlich. Die der Regelung mutmaßlich zugrunde liegenden Intention des Satzungsgebers, die Pflichten des § 12 Abs. 1 und Abs. 2 GWS und damit auch die korrespondierende Bußgeldnorm des § 13 Abs. 1 Nr. 11 GWS auf Dritte auszudehnen, ist sprachlich nicht hinreichend verständlich zum Ausdruck gebracht worden. Auch im Wege der Auslegung ist dieser Mangel nicht behebbar. Entweder § 12 Abs. 3 GWS oder § 3 Abs. 1 Nr. 11 GWS oder beide Vorschriften sollten daher eine andere sprachliche Fassung erhalten.

§ 6 Der Zusammenhang zwischen Rundfunkstaatsvertrag und Gewinnspielsatzung

Dem Gesetzlichkeitsprinzip entsprechend ist Rechtsgrundlage der Ahndung von Verhaltensweisen als Ordnungswidrigkeit der Rundfunkstaatsvertrag. Da die Details der Tatbestände in der Gewinnspielsatzung geregelt sind, muss die Verankerung der Bußgeldtatbestände im Rundfunkstaatsvertrag durch eine ausreichende Verbindung von Rundfunkstaatsvertrag und Gewinnspielsatzung hergestellt werden. Insbesondere müssen im Rundfunkstaatsvertrag die Gegenstände der bußgeldrechtlichen Normierung bereits hinreichend konkret vorgezeichnet sein. Es ist daher erforderlich, für jeden einzelnen Bußgeldtatbestand des § 13 Abs. 1 GWS die Abbildung im Rundfunkstaatsvertrag zu ermitteln. Zu diesem Zweck müssen die einzelnen Tatbestandsbeschreibungen des § 13 Abs. 1 GWS einschließlich der Vorschriften der Gewinnspielsatzung, auf die verwiesen wird, mit § 46 RStV und mit § 8a RStV verglichen werden.

I. Text von § 46 RStV und § 8a RStV

§ 46 RStV

Die Landesmedienanstalten erlassen gemeinsame Satzungen oder Richtlinien zur Durchführung der §§ 7, 7a, 8, 8a, 44, 45 und 45 a; in der Satzung oder Richtlinie zu § 8a sind insbesondere die Ahndung von Verstößen und die Bedingungen zur Teilnahme Minderjähriger näher zu bestimmen. Sie stellen hierbei das Benehmen mit den in der ARD zusammengeschlossenen Landesrundfunkanstalten und dem ZDF her und führen einen gemeinsamen Erfahrungsaustausch in der Anwendung dieser Richtlinien durch.

§ 8a RStV

(1) Gewinnspielsendungen und Gewinnspiele sind zulässig. Sie unterliegen dem Gebot der Transparenz und des Teilnehmerschutzes. Sie dürfen nicht irreführen und den Interessen der Teilnehmer nicht schaden. Insbesondere ist im Programm über die Kosten der Teilnahme, die Teilnahmebedingungen, die Spielgestaltung sowie über die Auflösung der gestellten Aufgabe zu informieren. Die Belange des Jugendschutzes sind zu wahren. Für die Teilnahme darf nur ein Entgelt von bis zu 0,50 Euro verlangt werden; § 13 Abs. 1 Satz 3 bleibt unberührt.

(2) Der Veranstalter hat der für die Aufsicht zuständigen Stelle auf Verlangen alle Unterlagen vorzulegen und Auskünfte zu erteilen, die zur Überprüfung der ordnungsgemäßen Durchführung der Gewinnspielsendungen und Gewinnspiele erforderlich sind.

(3) Die Absätze 1 und 2 gelten auch für Teleshoppingkanäle.

II. Die Bußgeldtatbestände des § 13 Abs. 1 GWS

1. §§ 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5, 46 S. 1, 8 a RStV iVm

§ 13 Abs. 1 Nr. 1 GWS

a) Satzungstext

(1) Eine Ordnungswidrigkeit nach § 49 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 des Rundfunkstaatsvertrags begeht, wer

1. entgegen § 3 Abs. 1 bei konkreten Anhaltspunkten für die Minderjährigkeit einer Nutzerin oder eines Nutzers, bzw. die Minderjährigkeit unter 14 Jahren, das Alter der Nutzerin oder des Nutzers nicht überprüft oder bei erwiesener Minderjährigkeit einer Nutzerin oder eines Nutzers, bzw. einer Minderjährigkeit unter 14 Jahren, dessen weitere Teilnahme sowie die Gewinnsauszahlung nicht unterbindet

§ 3 Abs. 1: Minderjährigen darf die Teilnahme an Gewinnspielsendungen nicht gestattet werden. Minderjährigen unter 14 Jahren darf die Teilnahme an Gewinnspielen nicht gestattet werden. Soweit eine Teilnahme untersagt ist, dürfen keine Gewinne ausgeschüttet werden.

b) Vergleich mit §§ 46, 8a RStV

aa) Gegenstand des § 13 Abs. 1 Nr. 1 iVm § 3 Abs. 1 GWS ist die Teilnahme Minderjähriger an Gewinnspielen und Gewinnspielsendungen. Die nähere Bestimmung der Teilnahme Minderjähriger ist gemäß § 46 RStV den Landesmedienanstalten als Regelungsgegenstand der gemeinsamen Satzung aufgetragen worden. Des Weiteren verlangt § 8 a Abs. 1 S. 5 RStV, dass die Belange des Jugendschutzes gewahrt werden. Auch diesem Anliegen dient die Regelung in § 3 Abs. 1 GWS und somit auch in § 13 Abs. 1 Nr. 1 GWS.

bb) § 46 RStV trägt den Landesmedienanstalten außerdem die Regelung der Ahndung von Verstößen auf. Eine Vorschrift, die normwidrige Verhaltensweisen als Ordnungswidrigkeiten mit Geldbuße bedroht, ist eine Regelung, die die Ahndung von Verstößen regelt.

Damit ist ein inhaltlicher Zusammenhang von Rundfunkstaatsvertrag und § 3 Abs. 1 GWS und § 13 Abs. 1 Nr. 1 GWS vorhanden.

2. §§ 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5, 46 S. 1, 8 a RStV iVm § 13 Abs. 1 Nr. 2 GWS

a) Satzungstext

(1) Eine Ordnungswidrigkeit nach § 49 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 des Rundfunkstaatsvertrags begeht, wer

2. entgegen § 8a Abs. 1 Satz 6 des Rundfunkstaatsvertrags ein Gewinnspiel / eine Gewinnspielsendung anbietet, für das / die insgesamt ein Entgelt von mehr als 50 Cent erhoben wird

§ 8 a Abs. 1 S. 6 RStV: Für die Teilnahme darf nur ein Entgelt bis zu 0,50 Euro verlangt werden

b) Vergleich mit §§ 46, 8 a RStV

Das Fehlverhalten, das in § 13 Abs. 1 Nr. 2 GWS mit Geldbuße bedroht ist, ist bereits vollständig und konkret in § 8a Abs. 1 S. 6 RStV umschrieben. § 13 Abs. 1 Nr. 2 GS fügt nur noch die Regelung zur Ahndung von Verstößen hinzu. Dies ist von dem Satzungsauftrag des § 46 RStV in vollem Umfang gedeckt.

3. §§ 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5, 46 S. 1, 8 a RStV iVm § 13 Abs. 1 Nr. 3 GWS

a) Satzungstext

(1) Eine Ordnungswidrigkeit nach § 49 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 des Rundfunkstaatsvertrags begeht, wer

3. entgegen § 5 Abs. 1 Satz 2 nicht für die von ihm veranstalteten Gewinnspiele und Gewinnspielsendungen verbindliche allgemeine Teilnahmebedingungen aufstellt oder diese nicht veröffentlicht,

§ 5 Abs. 1: Gewinnspiele und Gewinnspielsendungen sind transparent zu gestalten. Hierzu hat der Anbieter im Vorfeld allgemein verständliche Teilnahmebedingungen aufzustellen und auf seiner Webseite und – sofern vorhanden – im Fernsehangebot zu veröffentlichen.

b) Vergleich mit §§ 46, 8 a RStV

aa) § 13 Abs. 1 Nr. 3 GWS regelt die Ahndung von Verstößen gegen die Pflicht zur Aufstellung und Veröffentlichung von verbindlichen allgemei-

nen Teilnahmebedingungen. Der Gesetzgeber des Rundfunkstaatsvertrages hat den Landesmedienanstalten in § 8 a RStV iVm § 46 RStV den Satzungsauftrag erteilt, die Anbieter von Gewinnspielen und Gewinnspielsendungen zu transparenter Gestaltung ihrer Gewinnspiele und Gewinnspielsendungen zu verpflichten. Die Satzung soll die Anbieter insbesondere anhalten, in transparenter Form über die Kosten der Teilnahme und die Kriterien der Teilnahmeberechtigung zu informieren. Der Satzungsgeber hat diesen Auftrag umgesetzt, indem er in § 5 Abs. 1 GWS die Pflicht zur Aufstellung und Veröffentlichung verbindlicher allgemeiner Teilnahmebedingungen normiert hat. Kosten und Teilnahmeberechtigung sind fester Bestandteil der Teilnahmebedingungen.

bb) Den auf § 46 RStV beruhenden Auftrag zur Regelung der Ahndung von Verstößen hat der Satzungsgeber in § 13 Abs. 1 Nr. 3 GWS umgesetzt.

Der erforderliche Zusammenhang des Rundfunkstaatvertrages mit § 5 Abs. 1 GWS und mit § 13 Abs. 1 Nr. 3 GWS ist also vorhanden.

4. §§ 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5, 46 S. 1, 8 a RStV iVm § 13 Abs. 1 Nr. 4 GWS

a) Satzungstext

(1) Eine Ordnungswidrigkeit nach § 49 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 des Rundfunkstaatsvertrags begeht, wer

4. bei einem technischen Auswahlverfahren entgegen § 5 Abs. 2 eine technische Protokollierung des Ablaufs des Auswahlmechanismus nicht sicherstellt bzw. das Nutzerinnen- und Nutzeraufkommen nicht protokolliert

§ 5 Abs. 2: Für den Fall, dass der Anbieter eines Gewinnspiels / einer Gewinnspielsendung eine Auswahl unter den Nutzerinnen und Nutzern im Hinblick auf die Unterbreitung eines Lösungsvorschlags vornimmt, hat der

Anbieter den Einsatz des eingesetzten Auswahlverfahrens, den Auswahlmechanismus selbst und / oder seine Parameter zu protokollieren. Für jeden Zeitpunkt des laufenden Spiels ist die Anzahl der Nutzerinnen und Nutzer zu protokollieren und zu belegen.

b) Vergleich mit §§ 46, 8 a RStV

aa) § 13 Abs. 1 Nr. 4 GWS regelt die Ahndung von Verstößen gegen das Transparenzgebot. Dessen nähere Ausgestaltung durch Satzungsregelung ist den Landesmedienanstalten in § 8 a Abs. 1 S. 2 RStV iVm § 46 RStV aufgetragen worden. Das in § 5 Abs. 2 GWS thematisierte Auswahlverfahren ist ein Aspekt der Spielgestaltung, deren nähere Bestimmung durch Satzungsregelung den Landesmedienanstalten in § 8a Abs. 1 S. 3 RStV iVm § 46 RStV aufgetragen worden ist.

bb) Die in § 13 Abs. 1 Nr. 4 GWS geregelte Ahndung von Verstößen entspricht dem Satzungsauftrag des § 46 RStV.

Ein Zusammenhang zwischen dem Rundfunkstaatsvertrag und § 5 Abs. 2 GWS sowie § 13 Abs. 1 Nr. 4 GWS ist vorhanden.

5. §§ 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5, 46 S. 1, 8 a RStV iVm § 13 Abs. 1 Nr. 5 GWS

a) Satzungstext

(1) Eine Ordnungswidrigkeit nach § 49 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 des Rundfunkstaatsvertrags begeht, wer

5. entgegen § 6 Abs. 1 falsche, irreführende oder widersprüchliche Angaben macht

§ 6 Abs. 1 : Aussagen jeglicher Art, die falsch, zur Irreführung geeignet oder widersprüchlich sind, insbesondere über die Spieldauer, den Ge-

winn, die Lösungslogik der Aufgabe, die Anzahl der Nutzerinnen und Nutzer, den Schwierigkeitsgrad eines Spiel sowie über die allgemeinen Teilnahmebedingungen und das Verfahren zur Auswahl der Nutzerinnen und Nutzer, einschließlich der Möglichkeit, ausgewählt zu werden, sind unzulässig. Die Vorspiegelung eines Zeitdrucks ist unzulässig.

b) Vergleich mit §§ 46, 8 a RStV

aa) § 13 Abs. 1 Nr. 5 GWS regelt die Ahndung von Verstößen gegen das Irreführungsverbot. § 6 Abs. 1 GWS enthält eine nähere Bestimmung zu dem Begriff der Irreführung. Die Verhinderung irreführender Spielgestaltung ist gem. § 8 a Abs. 1 S. 3 RStV ein Aspekt der gebotenen Transparenz. Den Landesmedienanstalten ist in § 46 RStV der Auftrag erteilt, durch Satzungsregelung die Bedingungen näher zu bestimmen, die die Einhaltung des Irreführungsverbotes gewährleisten sollen. Diesen Auftrag haben die Landesmedienanstalten mit § 6 Abs. 1 GWS umgesetzt.

bb) Außerdem erteilt § 46 RStV den Landesmedienanstalten den Auftrag, durch Satzungsregelung die Ahndung von Verstößen gegen das Irreführungsverbot zu normieren. Diesen Auftrag haben die Landesmedienanstalten mit § 13 Abs. 1 Nr. 5 GWS umgesetzt.

Der erforderliche Zusammenhang zwischen dem Rundfunkstaatsvertrag mit § 6 Abs. 1 GWS sowie mit § 13 Abs.1 Nr. 5 GWS ist also vorhanden.

6. §§ 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5, 46 S. 1, 8 a RStV iVm § 13 Abs. 1 Nr. 6 GWS

a) Satzungstext

(1) Eine Ordnungswidrigkeit nach § 49 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 des Rundfunkstaatsvertrags begeht, wer

6. entgegen § 7 Eingriffe in ein laufendes Gewinnspiel oder eine laufende Gewinnspielsendung vornimmt

§ 7: Veränderungen in einem laufenden Gewinnspiel oder einer Gewinnspielsendung, insbesondere durch die Abänderung von Spielregeln, die Vorspiegelung weiterer Nutzerinnen und Nutzer oder fehlender Nutzerinnen und Nutzer oder Eingriffe in Nutzerinnen- und Nutzerauswahl, Rätsellösung oder die Reduzierung des Gewinns sind unzulässig.

b) Vergleich mit §§ 46, 8 a RStV

aa) § 7 GWS enthält eine Konkretisierung des Transparenzgebotes und des Irreführungsverbotes. Diese Satzungsvorschrift ist daher mit § 8 a Abs.1 S. 2 und S. 3 RStV verknüpft.

bb) Der Auftrag, Verstöße gegen § 7 GWS zu ahnden, beruht auf § 46 RStV. Der Satzungsgeber hat diesen Auftrag mit § 13 Abs. 1 Nr. 6 GWS umgesetzt.

Sowohl § 7 GWS als auch § 13 Abs. 1 Nr. 6 GWS stehen also mit dem Rundfunkstaatsvertrag in dem gebotenen Zusammenhang.

7. §§ 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5, 46 S. 1, 8 a RStV iVm § 13 Abs. 1 Nr. 7 GWS

(1) Eine Ordnungswidrigkeit nach § 49 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 des Rundfunkstaatsvertrags begeht, wer

7. entgegen § 8 Nutzer nicht vor übermäßiger Teilnahme schützt.

§ 8 I: Die Aufforderung zu wiederholter Teilnahme ist unzulässig.

§ 8 II: Es darf kein besonderer Anreiz zu wiederholter Teilnahme gesetzt werden. Insbesondere unzulässig sind:

1. der Vergleich zwischen Teilnahmeentgelt und Gewinnsumme,

2. Hinweise auf erhöhte Gewinnmöglichkeiten bei Mehrfachteilnahme und
3. die Darstellung des Gewinns als Lösung für persönliche Notsituationen.

§ 8 III: Vergünstigungen, die einen Anreiz zur Mehrfachteilnahme darstellen, sind unzulässig.

Da der BayVGH § 8 GWS für unwirksam erklärt hat, ist eine Würdigung des Zusammenhanges zwischen dem Rundfunkstaatsvertrag und § 13 Abs. 1 Nr. 7 GWS hinfällig.

8. §§ 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5, 46 S. 1, 8 a RStV iVm § 13 Abs. 1 Nr. 8 GWS

a) Satzungstext

(1) Eine Ordnungswidrigkeit nach § 49 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 des Rundfunkstaatsvertrags begeht, wer

8. bei Durchführung und Gestaltung des Spiels gegen die Vorgaben des § 9 verstößt

§ 9 I: Die Spielgestaltung und Durchführung der Spiele richtet sich nach den verbindlichen Teilnahmebedingungen.

§ 9 II: Die Lösung eines Spiels muss allgemein verständlich und insbesondere auch mit Hilfe der technischen Ausstattung eines durchschnittlichen Haushalts nachvollziehbar sein.

§ 9 III: Bei Wortfindungsspielen dürfen nur Begriffe verwendet werden, die in allgemein zugänglichen Nachschlagewerken oder allgemein zugänglicher Fachliteratur enthalten sind.

§ 9 IV: Der ausgelobte Gewinn ist auszuschütten, wenn die in den gem. § 5 verbindlichen Teilnahmebedingungen benannten Bedingungen erfüllt sind.

§ 9 V: Ist die Teilnahme per Telefon vorgesehen, ist für den Fall, dass eine durchgestellte Nutzerin oder ein durchgestellter Nutzer keinen Lösungsvorschlag abgibt, sofort eine weitere Nutzerin oder ein weiterer Nutzer durchzustellen.

§ 9 VI: Ein Gewinnspiel ist nach seinem Ablauf aufzulösen. Die Auflösung ist auf der Website des Veranstalters und – soweit vorhanden – im Fernsehtext zu veröffentlichen und dort für die Dauer von mindestens drei Tagen nach Ablauf des Spiels vorzuhalten. Die Auflösung hat vollständig und allgemein verständlich unter Erläuterung der Lösungslogik zu erfolgen. Sie muss genau zuzuordnen und nachvollziehbar sein. Bei Gewinnspielsendungen im Rundfunk muss zudem die deutlich wahrnehmbare und allgemein verständliche Darstellung der Auflösung im Programm erfolgen. In diesem Fall kann die Auflösung auch am Ende der Sendung erfolgen.

§ 9 VII: Wird im Rahmen einer Gewinnspielsendung eine Auswahl unter den Nutzerinnen und Nutzern vorgenommen, so hat die Auswahl einer Nutzerin oder eines Nutzers innerhalb eines Zeitraums von höchstens 30 Minuten zu erfolgen.

§ 9 VIII: Gewinnspielsendungen dürfen höchstens eine Dauer von 3 Stunden haben.

b) Vergleich mit §§ 46, 8 a RStV

Die Absätze 7 und 8 des § 9 GWS sind vom BayVGH für unwirksam erklärt worden. Sie bleiben hier daher unberücksichtigt.

aa) § 13 Abs. 1 Nr. 8 GWS droht Geldbuße an für Verstöße gegen die in § 9 GWS aufgestellten Richtlinien für die Gestaltung von Gewinnspielen

und Gewinnspielsendungen. Die einzelnen Gebote des § 9 GWS dienen dem Schutz der Teilnehmer. Damit besteht Themenkongruenz mit § 8 a Abs. 1 S. 2 RStV. Darüber hinaus dienen die Gebote des § 9 GWS auch der Transparenz der Gewinnspiele und Gewinnspielsendungen. Auch dieser Regelungsgegenstand ist in § 8a Abs. 1 S. 2 RStV angesprochen und zur näheren rechtliche Ausgestaltung an den Satzungsgeber delegiert worden. Die in § 9 Abs. 6 GWS normierte Pflicht zur Unterrichtung des Publikums über die Auflösung des Gewinnspiels ist schon in § 8 a Abs. 1 S. 4 RStV verankert.

bb) Der Auftrag zur Errichtung eines Sanktionsreglements für Verstöße gegen die zur Wahrung von Transparenz und Teilnehmerschutz aufgestellten Regeln beruht auf § 46 RStV.

Daher besteht zwischen §§ 8a Abs. 1, 46 RStV einerseits und §§ 9, 13 Abs. 1 Nr. 8 GWS der erforderliche Zusammenhang.

9. §§ 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5, 46 S. 1, 8 a RStV iVm § 13 Abs. 1 Nr. 9 GWS

a) Satzungstext

(1) Eine Ordnungswidrigkeit nach § 49 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 des Rundfunkstaatsvertrags begeht, wer

9. entgegen § 10 Abs. 3 in den Teilnahmebedingungen nicht auf das Teilnahmeentgelt, den Jugendschutz gem. § 3 Abs. 1, den Ausschluss von der Teilnahme gem. § 4, die konkrete Ausgestaltung eines eingesetzten Verfahrens zur Auswahl der Nutzerinnen und Nutzer (wie beispielsweise Vorzähl- bzw. Vorschaltfaktor) und die allgemeinen Bedingungen für die Ausschüttung eines Gewinns hinweist

§ 10 III: In den Teilnahmebedingungen muss insbesondere auf das Teilnahmeentgelt, den Jugendschutz gem. § 3 Abs. 1, den Ausschluss von

der Teilnahme gem. § 4, die konkrete Ausgestaltung eines eingesetzten Verfahrens zur Auswahl der Nutzerinnen und Nutzer (wie beispielsweise Vorzähl- bzw. Vorschaltfaktor), die allgemeinen Bedingungen für die Ausschüttung eines Gewinns sowie alle Umstände, die für die Einschätzung der eigenen Gewinnmöglichkeit, insbesondere unter Berücksichtigung der Funktionsweise des eingesetzten Auswahlverfahrens aus Sicht der Nutzerinnen und Nutzer relevant sind, sowie auf etwaige Spielvarianten allgemein verständlich hingewiesen werden.

b) Vergleich mit §§ 46, 8 a RStV

aa) § 13 Abs. 1 Nr. 9 GWS sanktioniert Verstöße gegen § 10 Abs. 3 GWS. In § 10 Abs. 3 GWS sind bestimmte Mindestinhalte der allgemeinen Teilnahmebedingungen aufgeführt. Diese korrespondieren der in § 8a Abs. 1 S. 4 RStV verankerten Pflicht zur Information über die Kosten der Teilnahme, die Teilnahmeberechtigung sowie die Spielgestaltung.

bb) Der Auftrag zur Normierung der repressiven Reaktion auf Verstöße gegen die in § 10 Abs. 3 GWS aufgestellten Gebote beruht auf § 46 RStV.

Der erforderliche Zusammenhang zwischen dem Rundfunkstaatsvertrag und § 10 Abs. 3 GWS sowie mit § 13 Abs. 1 Nr. 9 GWS ist vorhanden.

10. §§ 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5, 46 S. 1, 8 a RStV iVm § 13 Abs. 1 Nr. 10 GWS

a) Satzungstext

(1) Eine Ordnungswidrigkeit nach § 49 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 des Rundfunkstaatsvertrags begeht, wer

10. seine Informationspflichten entgegen § 11 Abs. 1 bis 6 nicht erfüllt

§ 11 I: Bei Gewinnspielsendungen im Fernsehen sind die Informationspflichten gem. § 10 wie folgt wahrzunehmen:

1. Hinweise gem. § 10 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 bis 3 sind durch mündliche Hinweise zu Beginn und in höchstens fünfzehnminütigem Abstand sowie eine deutlich lesbare Bildschirmeinblendung während des gesamten Sendungsverlaufs zu erteilen. Hinweise gem. § 10 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 können auch alle fünf Minuten durch deutlich lesbare Textlaufbänder mit einer Mindestdauer von zehn Sekunden anstelle einer permanenten Bildschirmeinblendung erteilt werden.

2. Hinweise gem. § 10 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 bis 6 sind zu Beginn und in höchstens 30-minütigem Abstand mündlich zu erteilen. Zudem sind diese Hinweise während des Spielverlaufs durch ein dauerhaft eingesetztes, deutlich lesbares Textlaufband zu erteilen. Hierbei ist jeder Hinweis in höchstens zehnminütigem Abstand zu berücksichtigen. Auf das Textlaufband ist ebenfalls mindestens alle zehn Minuten mündlich ausdrücklich hinzuweisen.

3. Hinweise gem. § 10 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 haben durch eine deutlich lesbare Bildschirmeinblendung von mindestens 10 Sekunden zu erfolgen.

4. Die Erläuterungen gem. § 10 Abs. 2 haben sowohl mündlich als auch durch einen zeitgleich für mindestens 30 Sekunden bildschirmfüllend eingeblendeten deutlich lesbaren Text zumindest am Anfang jeder Sendung sowie jeweils im Zeitabstand von 60 Minuten zu erfolgen.

§ 11 II: Bei Gewinnspielen im Fernsehen, die außerhalb einer Gewinnspielsendung veranstaltet werden, sind, jedes Mal wenn eine konkrete Teilnahmemöglichkeit eröffnet wird, Hinweise gem. § 10 Abs. 1 Satz 2 Nummer 1 bis 4 mündlich zu erteilen, wenn die Teilnahmemöglichkeit mündlich eröffnet wird und durch Bildschirmeinblendung, wenn dies durch Einblendung erfolgt. Im Rahmen der Darstellung der Auflösung gemäß § 9 Abs. 6 Satz 5 haben Hinweise gem. § 10 Absatz 1 Satz 2 Nummer 7

durch eine deutlich lesbare Bildschirmeinblendung von mindestens 10 Sekunden Dauer zu erfolgen.

§ 11 III: Bei Gewinnspielsendungen im Hörfunk sind Hinweise gem. § 10 Absatz 1 Satz 2 Nr. 1 bis 6 deutlich wahrnehmbar mündlich alle fünfzehn Minuten zu erteilen. Hinweise gem. § 10 Abs. 2 haben zumindest am Anfang jeder Sendung sowie jeweils im Zeitabstand von 60 Minuten zu erfolgen. Im Rahmen der Darstellung der Auflösung gemäß § 9 Absatz 6 Satz 5 haben Hinweise gem. § 10 Absatz 1 Satz 2 Nummer 7 deutlich wahrnehmbar zu erfolgen. Hinweise gem. § 10 Absatz 1 Satz 2 Nummer 4 5 können durch eine kostenfreie Ansage unmittelbar vor der Teilnahme der Nutzerin oder des Nutzers erfolgen.

§ 11 IV: Bei Gewinnspielen im Hörfunk, die außerhalb einer Gewinnspielsendung veranstaltet werden, sind jedes Mal, wenn eine konkrete Teilnahmemöglichkeit eröffnet wird, deutlich wahrnehmbare mündliche Hinweise gem. § 10 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 bis 4 zu geben. Im Rahmen der Darstellung der Auflösung gemäß § 9 Abs. 6 Satz 5 haben Hinweise gem. § 10 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 deutlich wahrnehmbar zu erfolgen.

§ 11 V: *ungültig auf Grund des Urteils des BayVGh vom 28. Oktober 2009*

§ 11 VI: Bei unentgeltlichen Gewinnspielen und Gewinnspielsendungen hat der Anbieter abweichend von Abs. 1 bis 5 hinzuweisen

1. auf die Unentgeltlichkeit bzw. darauf, dass für die Teilnahme ausschließlich ein Entgelt für die Übermittlung einer Nachricht erhoben wird,
2. auf die allgemeinen Teilnahmebedingungen und die Möglichkeit ihrer Kenntnisnahme.

b) Vergleich mit §§ 46, 8 a RStV

aa) In der Ausfüllungsvorschrift des § 11 GWS sind diverse Informationspflichten bei der Durchführung von Gewinnspielen und Gewinnspielsen-

dungen beschrieben. Mit diesen Informationen wird dem Gebot der Transparenz Geltung verschafft. Dieses ist in § 8a Abs. 1 S. 2 RStV als Gegenstand satzungsmäßiger Regelung angeführt. Die einzelnen Informationsgegenstände, die in § 10 Abs. 1 und Abs. 2 GWS zusammengestellt sind, entsprechend den Gegenständen, auf die § 8 a Abs. 1 S. 4 GWS Bezug nimmt.

bb) Verstöße gegen das konkretisierte Transparenzgebot sollen gem. § 46 RStV einem repressiven Sanktionsreglement unterstellt werden. Diesen Regelungsauftrag hat der Satzungsgeber mit § 13 Abs. 1 Nr. 10 GWS erfüllt.

Der thematische Zusammenhang zwischen dem Rundfunkstaatsvertrag und § 11 GWS sowie § 13 Abs. 1 Nr. 10 GWS ist gegeben.

11. §§ 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5, 46 S. 1, 8 a RStV iVm § 13 Abs. 1 Nr. 11 GWS

a) Satzungstext

(1) Eine Ordnungswidrigkeit nach § 49 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 des Rundfunkstaatsvertrags begeht, wer

11. entgegen 12 seinen Auskunfts- oder Vorlagepflichten nicht nachkommt.

§ 12 I: Anbieter von Gewinnspielen / Gewinnspielsendungen haben der zuständigen Aufsichtsbehörde jeweils auf Verlangen und in aktueller Fassung vorzulegen:

1. eine ausführliche Erläuterung etwaiger angewandter Verfahren zur Auswahl der Nutzerinnen und Nutzer einschließlich etwaiger Varianten,
2. die allgemeinen Teilnahmebedingungen unter Angabe ihrer Veröffentlichung,

3. etwaige interne, die Veranstaltung der Sendung und die Durchführung der Spiele betreffende Dienstanweisungen,
4. zur Prüfung des technischen Auswahlmechanismus gemäß § 5 Abs. 2 Satz 1 technische Protokolle über Funktion und konkrete Anwendung eines etwaigen Auswahlmechanismus (wie beispielsweise Angaben zum Vorzählfaktor),
5. *Belege über das Nutzerinnen- und Nutzeraufkommen gem. § 5 Abs. 2 Satz 2,*
6. einen schriftlichen Nachweis über tatsächliche Gewinner sowie über ausgezahlte Gewinnsummen,
7. ausführliche Lösungsskizzen einzelner Spiele sowie ggf. Referenzen,
8. Belege für die Veröffentlichung von Spieldauflösungen gem. § 9 Abs. 6 Satz 2.

§ 12 II: Der Anbieter hat die betreffenden Daten drei Monate nach Durchführung des Gewinnspiels vorzuhalten. Telekommunikationsrechtliche und datenschutzrechtliche Regelungen sind zu beachten.

§ 12 III: Sofern sich der Anbieter zur Durchführung eines Gewinnspiels / einer Gewinnspielsendung Dritter bedient, sind diese entsprechend zu verpflichten.

b) Vergleich mit §§ 46, 8 a RStV

aa) § 12 GWS normiert die Pflicht zur Vorlage von Unterlagen, die von der Aufsichtsbehörde angefordert werden. Die Inhalte dieser Unterlagen sind allesamt Einzelaspekte der ordnungsgemäßen – d. h. den normativen Vorgaben des Rundfunkstaatsvertrages und der Gewinnspielsatzung entsprechenden – Durchführung von Gewinnspielen und Gewinnspielsendungen. Diese Vorlagepflicht ist bereits in § 8 a Abs. 2 RStV begrün-

det. Die nähere Ausgestaltung ist Funktion des § 12 GWS. Dies ist also eine Satzung „zur Durchführung des § 8 a“, wie § 46 RStV es vorschreibt.

bb) § 46 RStV erteilt dem Satzungsgeber den Auftrag zur Regelung der Ahndung von Verstößen gegen die Vorlagepflichten des § 8 a Abs. 2 RStV. Diesen Regelungsauftrag haben die Landesmedienanstalten mit § 13 Abs. 1 Nr. 11 GWS erfüllt.

Der erforderliche Zusammenhang zwischen dem Rundfunkstaatsvertrag und § 12 GWS sowie § 13 Abs. 1 Nr. 11 GWS ist vorhanden.

III. Konkretisierungsgrad der Regelungen in § 8 a RStV und in § 46 RStV

1. Allgemeines

Der Gesetzgeber des Rundfunkstaatsvertrages hat die Ordnungswidrigkeitenvorschriften des Regelungsbereichs „Gewinnspiele und Gewinnspielsendungen“ im Zusammenwirken mit den Landesmedienanstalten durch Verweisung auf die gemeinsame Gewinnspielsatzung geschaffen. Die praktizierte Verweisungstechnik begründet vor dem Hintergrund des Art. 103 Abs. 2 GG spezielle Bedingungen insbesondere im Hinblick auf die erforderliche Gesetzesbestimmtheit.

Ausgangspunkt ist die Feststellung, dass die Konstruktion eines Ordnungswidrigkeitentatbestandes durch Koppelung eines Gesetzes im formellen Sinn mit einer Satzung zulässig ist. An den in Art. 103 Abs. 2 GG niedergelegten Erfordernissen für die Qualität der Regelung ändert sich dadurch nichts. Insbesondere muss die aus Gesetz und Satzung zusammengesetzte Gesamtregelung den gleichen Mindestbestimmtheitsgrad aufweisen wie eine Ordnungswidrigkeitenvorschrift, die vollständig und ausschließlich auf der Grundlage eines formellen Gesetzes basiert.

Die Besonderheit der Verweisungskonstruktion besteht darin, dass die Regelungssubstanz der Ordnungswidrigkeitenvorschrift verteilt ist auf das formelle Gesetz und auf die Satzung. Dem Bestimmtheitsgebot ist entsprochen, wenn sich aus der Zusammenschau des formellen Gesetzes und der Satzungsnorm ein hinreichender Bestimmtheitsgrad ergibt⁶⁰. Inwieweit dies auf die Alternativen des § 13 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 11 GWS zutrifft, wurde oben in § 5 erörtert.

Die Ordnungswidrigkeitenvorschrift muss aber insgesamt dem Gesetzgeber zurechenbar sein. Der Satzungsgeber hat keine originäre Kompetenz zur Schaffung von Ordnungswidrigkeitenvorschriften. Deshalb muss auch der vom Satzungsgeber kreierte Regelungsinhalt auf den Regelungswillen des Gesetzgebers rückführbar sein. Dafür ist ein inhaltlicher Zusammenhang zwischen dem formellen Gesetz und der Satzungsvorschrift in dem Sinne erforderlich, dass die in der Satzung geregelten Themen auch in dem formellen Gesetz geregelt sein müssen. Dieser Zusammenhang zwischen § 13 Abs. 1 GWS und den §§ 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5, 46 und 8 a RStV ist gegeben (s. o. II).

Zuletzt ist zu klären, wie groß der Anteil des formellen Gesetzes an der auf Gesetz und Satzung verteilten Gesamtregelung ist, ob insbesondere der Anteil des formellen Gesetzes ausreichend konkret ist.

In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sowie in den Kommentierungen des Grundgesetzes findet man dazu einhellig folgende Richtlinien:

Das formelle Gesetz muss die Ahndbarkeitsvoraussetzungen in groben Zügen selbst festlegen. Die formell-gesetzliche Ermächtigungsnorm muss inhaltlich so präzise gestaltet sein, dass sich aus ihr ablesen lässt, welche Ordnungswidrigkeitentatbestände auf ihrer Grundlage durch den Satzungsgeber errichtet werden können, welche Schuldformen dabei be-

⁶⁰ BVerfGE 41, 314 (319).

rücksichtigt werden und wie Art und Maß der Sanktion beschaffen sein werden. Diese Informationen müssen unmittelbar aus dem formalen Gesetz und nicht erst aus der ihm entsprungenen Satzung eindeutig ermittelt werden können⁶¹. Dem Satzungsgeber darf nur die „nähere Spezifizierung“ des Bußgeldtatbestandes überlassen bleiben. Auf der anderen Seite kann nicht verlangt werden, dass das formale Gesetz den Tatbestand in allen Einzelheiten und vollständig vorzeichnet. Dann bliebe für den Satzungsgeber kein Regelungsgegenstand übrig und die ganze Verweisungskonstruktion wäre hinfällig. Die formalgesetzliche Ermächtigungsnorm gibt nur einen Rahmen vor, der vom Satzungsgeber inhaltlich ausgefüllt wird.

2. §§ 46, 8 a RStV

Betrachtet man §§ 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5; 46; 8 a RStV und § 13 GWS im Lichte dieser Anforderungen, ergibt sich folgende Einschätzung:

a) Komplett durch den Gesetzgeber des Rundfunkstaatsvertrages und insofern ohne Beitrag des Satzungsgebers geregelt sind die Schuldform und die Sanktion. Aus dem Text des § 49 Abs. 1 S. 2 RStV ergibt sich eindeutig, dass nur vorsätzliches Verhalten mit Geldbuße ahndbar ist, fahrlässiges Verhalten also nicht erfasst ist. Die Gewinnspielsatzung hat dem nichts hinzuzufügen.

b) Aus dem Text des § 49 Abs. 2 RStV ergibt sich, dass die Ordnungswidrigkeiten des § 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 RStV mit Geldbuße bis zu 500 000 Euro geahndet werden können. Art (Geldbuße) und Höhe (bis 500 000 Euro) sind also abschließend im RStV geregelt. Die Gewinnspielsatzung fügt dem nichts hinzu.

⁶¹ Sachs-*Degenhart*, GG, Art. 103 Rn 64.

c) Eine andere Verteilung der Gewichte ist hinsichtlich der Beschreibung der objektiven Tatbestandsmerkmale (Tätermerkmal, Verhaltensmerkmal) der Ordnungswidrigkeiten zu beobachten. § 49 Abs.1 S. 2 Nr. 5 RStV ist insoweit nichts zu entnehmen. Rahmenbestimmungen enthalten § 46 RStV und § 8 a RStV. Ausgefüllt wird der Rahmen durch § 13 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 11 GWS einschließlich der Vorschriften der Gewinnspielsatzung, auf die aus § 13 Abs. 1 GWS verwiesen wird.

Die tatbestandsbezogenen Vorgaben der §§ 46, 8 a RStV sind teilweise sehr konkret, überwiegend wenig konkret. Sehr konkret ist die Regelung in § 8 a Abs. 1 S. 6 RStV: Für die Teilnahme darf nicht mehr als 50 Cent Entgelt verlangt werden. Ansonsten ist die Bindung des Satzungsgebers an inhaltsbestimmende Vorgaben der §§ 46, 8 a RStV schwach. Man kann beispielsweise weder aus § 46 RStV noch aus § 8 a RStV unmittelbar die Erkenntnis gewinnen, dass es eine mit Geldbuße ahnbare Ordnungswidrigkeit ist, wenn jemand bei der Benutzung eines technischen Auswahlverfahrens eine technische Protokollierung des Ablaufs des Auswahlmechanismus nicht sicherstellt, § 13 Abs. 1 Nr. 4 GWS iVm § 5 Abs. 2 GWS. Mit dem Text der §§ 46, 8 a SV kann jedoch belegt werden, dass sich der Satzungsgeber mit einer derartigen Regelung im Rahmen der aus §§ 46, 8a RStV ableitbaren Satzungsermächtigung bewegt. Denn die Ordnungswidrigkeit des § 13 Abs. 1 Nr. 4 GWS ist eine Ausprägung der in §§ 46, 8 a RStV enthaltenen Regelung, wonach Verstöße gegen das Gebot der Transparenz repressiv zu ahnden sind. §§ 46, 8 a RStV ist also mit § 13 Abs. 1 Nr. 4 GWS thematisch kongruent, wenngleich auf einem deutlich niedrigeren Konkretheitsniveau.

Dagegen sind jedoch durchgreifende Einwände nicht zu erheben. Ein höheres Maß an exakter Beschreibung der Tatbestände im formalen Gesetz würde die mit Blankettnormen und Verweisungen operierende Gesetzgebungstechnik grundsätzlich in Frage stellen, zwänge zu schwerfälligen und unflexiblen Normsetzungsprozeduren und wäre demnach letztendlich wenig praxistauglich. Mit der Vielgestaltigkeit der Lebensver-

hältnisse und dem schnellen Wandel, dem diese unterworfen sind, kann nur eine Regelungstechnik Schritt halten, die es der normsetzungsberechtigten Exekutive überlässt, auf Entwicklungen rasch und realitätsnah reagieren, d. h. das Recht der Wirklichkeit anpassen zu können⁶². Der formale Gesetzgeber muss deshalb dem Verordnungs- oder Satzungsgeber einen relativ großen Regelungsspielraum eröffnen, um diesen Effekt zu ermöglichen. Die Weite und Ungenauigkeit der übergeordneten formalgesetzlichen Regelung, die damit verbunden ist, muss in Kauf genommen werden⁶³.

In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wird das folgendermaßen ausgedrückt:

„Das Gebot der Bestimmtheit des Gesetzes darf indes auch dann nicht übersteigert werden; die Gesetze würden sonst zu starr und kasuistisch und könnten dem Wandel der Verhältnisse oder der Besonderheit des Einzelfalles nicht mehr gerecht werden. Diese Gefahr läge nahe, wenn der Gesetzgeber stets jeden Straftatbestand bis ins letzte ausführen müsste.“⁶⁴

„Allerdings kann das Strafrecht nicht völlig darauf verzichten, allgemeine Begriffe zu verwenden, die nicht eindeutig allgemeingültig umschrieben werden können und die in besonderem Maße der Auslegung durch den

⁶² BVerfGE 41, 314 (320); 71, 108 (115); 73, 206 (235); 87, 209 (224): „Auch im Strafrecht steht der Gesetzgeber vor der Notwendigkeit, der Vielgestaltigkeit des Lebens Rechnung zu tragen. Wegen der Allgemeinheit und Abstraktheit von Strafnormen ist es ferner unvermeidlich, daß in Grenzfällen zweifelhaft sein kann, ob ein Verhalten schon oder noch unter den gesetzlichen Tatbestand fällt oder nicht.“

⁶³ *Lenckner JuS* 1968, 249 (257) : „Ein Strafrecht, wie es dem ursprünglichen Ideal des Satzes ‘nullum crimen sine lege’ entsprechen würde, gibt es demnach ohnehin nicht; ein solches Strafrecht zu fordern, kann deshalb auch nicht der Sinn des Art. 103 II GG sein.“

⁶⁴ BVerfGE 45, 363 (371); 48, 48 (56); 75, 329 (342).

Richter bedürfen. Art. 103 Abs. 2 GG verlangt daher nur innerhalb eines bestimmten Rahmens eine gesetzliche Umschreibung der Strafbarkeit.⁶⁵

3. StVG und StVO

Dass daran grundsätzlich kein Anstoß genommen wird, beweisen Beispiele anderer Normierungen, die sich der Technik der Verweisung aus einem formalen Blankettgesetz auf eine Verordnung oder Satzung bedienen. Demonstriert sei das hier am Beispiel des Straßenverkehrsrechts.

Der umfangreiche Bereich der Ordnungswidrigkeiten im Straßenverkehr hat seine formal-gesetzlichen Verankerung in § 24 Abs. 1 StVG und § 6 StVG sowie § 6 e StVG. Diese Vorschriften des Straßenverkehrsgesetzes haben in ihrem straßenverkehrsrechtlichen Bereich dieselbe Funktion wie §§ 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5, 46 und 8 a RStV in ihrem medienrechtlichen Bereich. Ausgefüllt wird der von §§ 24 Abs. 1, 6, 6 e StVG gesetzte Regelungsrahmen durch mehrere Verordnungen, auf die in § 6 StVG und § 6 e StVG verwiesen wird. Die wichtigste Verordnung ist die Straßenverkehrsordnung (StVO). Diese enthält in § 49 einen Katalog mit zahlreichen Bußgeldandrohungen, die inhaltlich jeweils durch andere Vorschriften der StVO ausgefüllt werden, auf die § 49 StVO verweist. Alle diese zum Teil sehr detaillierten Beschreibungen von Ordnungswidrigkeiten, müssen – in weniger konkreter Gestalt – auch in § 24 Abs. 1 StVG iVm § 6 StVG oder § 6 e StVG enthalten sein. Ob und mit welchem Grad an Konkretheit der formale Gesetzgeber des StVG die Regelung des Ordnungsgebers inhaltlich vorweggenommen hat, ist durch einen Vergleich einzelner Vorschriften der StVO mit den einschlägigen Vorschriften des StVG zu ermitteln. Dabei ist jeweils von der StVO auszugehen und sodann im StVG nach der korrespondierenden Regelung zu suchen.

⁶⁵ BVerfGE 26, 41 (42); 37, 201 (208).

Stichprobenartig lassen sich mit diesem Verfahren folgende Erkenntnisse gewinnen:

- § 49 Abs. 1 Nr. 29 StVO iVm § 34 Abs. 1 Nr. 1 StVO:

§ 6 StVG enthält keine Regelung, die besagt, dass nach einem Verkehrsunfall jeder Beteiligte unverzüglich zu halten habe (§ 34 Abs. 1 Nr. 1 StVO). In § 6 Abs. 1 Nr. 4 a StVG ist geregelt, dass in der Verordnung geregelt werden dürfe „das Verhalten der Beteiligten nach einem Verkehrsunfall, das geboten ist, um den Verkehr zu sichern und Verletzten zu helfen ...“. Damit besteht thematische Kongruenz zwischen § 34 Abs. 1 Nr. 1 StVO und § 6 Abs. 1 Nr. 4 a StVG, obwohl die StVG-Regelung nicht explizit auf ein Anhaltegebot Bezug nimmt.

- § 49 Abs. 1 Nr. 1 StVO iVm § 1 Abs. 2 StVO:

§ 6 StVG enthält keine Regelung, die besagt, dass jeder Verkehrsteilnehmer sich so zu verhalten habe, dass kein anderer geschädigt, gefährdet oder mehr als nach den Umständen unvermeidbar, behindert oder belästigt wird. In § 6 Abs. 1 Nr. 3 StVG ist geregelt, dass in der Verordnung geregelt werden dürfe „die sonstigen zur Erhaltung der Sicherheit und Ordnung auf den öffentlichen Straßen, für Zwecke der Verteidigung, zur Verhütung einer über das verkehrsübliche Maß hinausgehenden Abnutzung der Straßen oder zur Verhütung von Belästigungen erforderlichen Maßnahmen über den Straßenverkehr ...“. Diese extrem weitgefasste Verordnungsermächtigung umfasst gewiss auch den Regelungsgehalt des § 1 Abs. 2 StVO. Eine präzisere Ermächtigungsgrundlage für § 1 Abs. 2 StVO enthält § 6 StVG nicht. Thematisch ebenfalls einschlägig, aber ebenso unkonkret ist der Text des § 6 Abs. 1 Nr. 17 StVG, wonach der Ordnungsgeber regeln darf „die zur Erhaltung der öffentlichen Sicherheit erforderlichen Maßnahmen über den Straßenverkehr“. Der ordnungsrechtliche Begriff „öffentliche Sicherheit“ umfasst auch das Untergehen von Individualbeeinträchtigungen, wie § 1 Abs. 2 StVO sie

beschreibt. Diese Verordnungsvorschrift lässt sich daher auch aus § 6 Abs. 1 Nr. 17 StVG ableiten.

- § 49 Abs. 1 Nr. 3 StVO iVm § 3 StVO:

§ 6 StVG enthält keine Regelung, die besagt, dass z. B. innerhalb geschlossener Ortschaften die zulässige Höchstgeschwindigkeit auch unter günstigsten Umständen 50 km/h beträgt, § 3 Abs. 3 Nr. 1 StVO. Überhaupt enthält § 6 StVG keine Regelung, die dem Ordnungsgeber aufgibt, die Fahrgeschwindigkeiten bei der Teilnahme am Straßenverkehr mit Fahrzeugen zu regeln, insbesondere zu limitieren. Die einzigen thematisch übereinstimmenden Vorschriften in § 6 StVG sind § 6 Abs. 1 Nr. 3 und § 6 Abs. 1 Nr. 17 (zum Inhalt s.o.). Gewiss ist die Beschränkung der Geschwindigkeit eine Maßnahme, die der Erhaltung der Sicherheit auf den öffentlichen Straßen zuträglich ist und deshalb in den thematischen Rahmen des § 6 Abs., 1 Nr. 3 sowie des § 6 Abs. 1 Nr. 17 StVG passt. Dieses Beispiel zeigt jedoch, dass das Konkretheitsgefälle zwischen der formalgesetzlichen Ermächtigungsnorm und der materiellen Ausfüllungsnorm (Verordnung) außerordentlich stark ist. Verglichen mit §§ 49 Abs. 1 Nr. 3 StVO iVm § 3 StVO ist § 6 Abs. 1 Nr. 3 StVG und § 6 Abs. 1 Nr. 17 StVG eine extrem unkonkrete Regelung. Dieser Befund ließe sich anhand unzähliger weiterer Beispiele aus der StVO untermauern.

4. Schlussfolgerung

Die Beispiele aus dem Zusammenwirken von StVG und StVO belegen, dass die Technik der Reglementierung eines Lebensbereichs durch Kopplung eines formalen Verweisungsgesetzes mit materiellen Ausfüllungsgesetzen (Verordnung, Satzung) nur funktioniert, wenn die formale Ermächtigungsnorm einen weiten Rahmen setzt, der die ihn ausfüllenden Inhalte nur andeutungsweise und wenig präzise vorzeichnet, dem für die Ausfüllungsvorschriften zuständigen Verwaltungs- oder Satzungsgeber einen sehr weiten Gestaltungsspielraum eröffnet. Verglichen mit § 6 StVG

weisen §§ 46, 8 a RStV keinen geringeren Konkretheitsgrad auf, man kann sogar behaupten, dass § 6 Abs. 1 Nr. 3 und Nr. 17 den § 8 a RStV an Unkonkretheit deutlich übertreffen. Insgesamt sind gegenüber der Konkretheit der §§ 46, 8 a RStV daher keine ihre Wirksamkeit in Frage stellenden Einwände begründet.

§ 7 Zusammenfassung

Die Begutachtung hat die Erkenntnis erbracht, dass die meisten Bußgeldvorschriften des § 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 RStV iVm §§ 46 S. 1, 8 a RStV iVm § 13 Abs. 1 GWS verfassungskonform und gesetzmäßig sind.

Bei einigen Vorschriften ist die Verfassungskonformität zweifelhaft, jedoch nach Maßgabe der reduzierten Bestimmtheitsanforderungen vertretbar. Eine sprachliche Neugestaltung könnte die Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit beseitigen.

Bei wenigen Vorschriften muss von Verfassungswidrigkeit ausgegangen werden.

Im Einzelnen:

I. Verfassungs- und gesetzmäßige Bußgeldvorschriften in § 13 Abs. 1 GWS

1. Die unter II. nicht aufgeführten Vorschriften sind verfassungs- und gesetzmäßig.
2. Bei § 13 Abs. 1 Nr. 2 GWS empfiehlt sich eine Klarstellung dahingehend, dass das „Entgelt von mehr als 50 Cent“ zu einem einzigen Teilnahmeakt in Beziehung steht.
3. Bei § 13 Abs. 1 Nr. 4 GWS empfiehlt sich eine sprachliche Umgestaltung dahingehend, dass das tatbestandsmäßige Verhalten die Veranstaltung eines Gewinnspiels / einer Gewinnspielsendung ohne die gebotene Protokollierung ist.

II. Verfassungswidrige Bußgeldvorschriften in § 13 Abs. 1 GWS

1. Verfassungswidrig wegen nicht hinreichender Bestimmtheit ist § 13 Abs. 1 Nr. 8 GWS iVm § 9 Abs. 2 GWS.
2. Verfassungswidrig wegen nicht hinreichender Bestimmtheit ist § 13 Abs. 1 Nr. 10 GWS, soweit das Unterlassen optischer Hinweise während einer Fernsehsendung mit Geldbuße bedroht wird. Der Vorschrift kann nicht entnommen werden, wer Täter dieses Unterlassungsdelikts sein kann.
3. Verfassungswidrig wegen nicht hinreichender Bestimmtheit ist § 13 Abs. 1 Nr. 11 GWS iVm § 12 Abs. 3 GWS. Die Vorschrift bringt nicht klar genug zum Ausdruck, ob Täter der Anbieter des Gewinnspiels / der Gewinnspielsendung oder der Dritte ist.

III. Verfassungsmäßigkeit der §§ 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 iVm 46, 8 a RStV

Der Rundfunkstaatsvertrag setzt mit § 46 S. 1 und § 8 a einen formalgesetzlichen Rahmen, der durch § 13 Abs. 1 GWS ausgefüllt wird. Es besteht vollkommene thematische Kongruenz zwischen dem formalgesetzlichen Rahmen und der satzungsmäßigen Ausfüllung. Die Satzungsregelungen des § 13 Abs. 1 GWS sind in § 46 S. 1 RStV und in § 8 a RStV hinreichend konkret vorgezeichnet