

TV-Gewinnspiele als lotterieähnliche Unternehmungen

Urteil des Bundesgerichts vom 18. Februar 2010 (6B_775/2009)

10-79

Auch wenn der Durchschnittszuschauer allenfalls erkennen konnte, dass er über die angegebene Internet- beziehungsweise WAP-Adresse gratis am TV-Gewinnspiel teilnehmen konnte, so vermochte er doch nicht zu erkennen, dass diese Gratisteilnahmemöglichkeiten in jeder Phase des Spiels die gleichen Gewinnchancen boten wie die Teilnahme durch Anruf auf die Mehrwertdienstnummer zum angegebenen Preis von Fr. 1.50 pro Anruf beziehungsweise Anrufversuch. Aus diesem Grund sind solche TV-Gewinnspiele als unter das Lotterieverbot fallende lotterieähnliche Unternehmungen zu qualifizieren.

Même si le téléspectateur moyen devait se rendre compte que les adresses internet ou WAP mentionnées à l'antenne lui permettait de participer sans bourse délier au jeu télévisé litigieux, il n'était cependant pas en mesure de réaliser que cette participation gratuite lui offrait à tous égards les mêmes chances de gain que la participation au moyen d'un appel sur le numéro payant indiqué par les organisateurs (1.50 CHF l'appel ou la tentative d'appel). Il s'ensuit que pareil jeu télévisé doit être qualifié d'opération analogue à une loterie; partant il tombe sous le coup de l'interdiction des loteries.

Stichwörter Durchschnittfernseh Zuschauer; Gratisteilnahmemöglichkeit; chancengleiche Teilnahmemöglichkeit; lotterieähnliche Unternehmungen; TV-Gewinnspiele

Art. 4, 38 Abs. 1, 43 Ziff. 2, 45, 56 Abs. 2 LG; Art. 13, 21 StGB

Sachverhalt (Zusammenfassung)

Die TV-Sender A. Schweiz und B. Schweiz strahlten interaktive Unterhaltungssendungen aus, bei denen die Zuschauer durch die richtige Beantwortung von Fragen – welche in den Sendungen gestellt wurden – Geld gewinnen konnten. Die Zuschauer konnten an den Gewinnspielen auf verschiedenen Wegen teilnehmen, nämlich durch Anruf auf eine Mehrwertdienstnummer zum Preis von Fr. 1.50 pro Anruf beziehungsweise Anrufversuch, über Internet und WAP sowie durch Einsendung einer Postkarte. Die Teilnehmer über die Mehrwertdienstnummer, Internet und WAP wurden nach dem Zufallsprinzip ausgewählt und in diesem Fall durchgeschaltet bzw. zurückgerufen. Bei Teilnahme mittels Postkarte wurde die Telefonnummer des Einsenders nach Eingang der Karte in ein Zufallssystem eingespielen, worauf diese Teilnehmer an einem bestimmten späteren Tag am Spiel teilnehmen konnten. Für die Produktion dieser Sendung war die Firma Y. AG verantwortlich, deren Geschäftsführer X. war. Das Statthalteramt des Bezirkes Zürich verurteilte X. mittels Strafbefehl wegen Widerhandlungen im Sinne von Art. 38 Abs. 1 LG i.V.m. Art. 4 und 45 LG sowie Art. 43

Ziff. 2 LV. Dieser verlangte eine gerichtliche Beurteilung und wurde daraufhin vom Obergericht des Kantons Zürich der Widerhandlung gegen das Bundesgesetz betreffend die Lotterien und die gewerbsmässigen Wetten schuldig gesprochen. Dagegen erhob X. Beschwerde in Strafsachen beim Bundesgericht und beantragte die Aufhebung des obergerichtlichen Urteils und einen Freispruch.

Aus den Erwägungen

1.

1.1 Nach dem Bundesgesetz vom 8. Juni 1923 betreffend die Lotterien und die gewerbsmässigen Wetten (Lotteriegesezt, LG; SR 935.1) sind die Lotterien verboten (Art. 1 Abs. 1 LG). Als Lotterie gilt jede Veranstaltung, bei der gegen Leistung eines Einsatzes oder bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts ein vermögensrechtlicher Vorteil als Gewinn in Aussicht gestellt wird, über dessen Erwerbung, Grösse oder Beschaffenheit planmässig durch Ziehung von Losen oder Nummern oder durch ein ähnliches auf Zufall gestelltes Mittel entschieden wird (Art. 1 Abs. 2 LG). Untersagt sind die Ausgabe und die Durchführung einer durch dieses Gesetz verbotenen Lotterie (Art. 4 LG). Wer eine durch dieses Gesetz verbotene Lotterie ausgibt oder durchführt, wird nach dem seit 1. Januar 2007 geltenden, milderen Recht mit Busse bis zu 10000 Franken bestraft (Art. 38 Abs. 1 LG i.V.m. Art. 333 Abs. 3 StGB).

Der Bundesrat ist gemäss Art. 56 Abs. 2 LG befugt, auf dem Verordnungsweg lotterieähnliche Unternehmungen den im Lotteriegesezt enthaltenen Bestimmungen zu unterwerfen. Von dieser Kompetenz hat er in der Verordnung zum Bundesgesetz betreffend die Lotterien und die gewerbsmässigen Wetten (LV; SR 935.511) Gebrauch gemacht. Gemäss Art. 43 LV sind den Lotterien gleichgestellt unter anderen Preisausschreiben und Wettbewerbe jeder Art, an denen nur nach Leistung eines Einsatzes oder nach Abschluss eines Rechtsgeschäftes teilgenommen werden kann und bei denen der Erwerb oder die Höhe der ausgesetzten Gewinne wesentlich vom Zufall oder von Umständen abhängig ist, die der Teilnehmer nicht kennt (Ziff. 2). Auch die Durchführung einer solchen lotterieähnlichen Unternehmung ist gemäss Art. 38 Abs. 1 LG strafbar.

1.2 Die Fernseh Zuschauer konnten an den TV-Gewinnspielen unter anderem durch Benützung einer Mehrwertdienstnummer zum angegebenen Preis von Fr. 1.50 pro Anruf beziehungsweise Anrufversuch teilnehmen. Dieser Preis enthält einen sog. Anbieteranteil, welcher dem Abonnenten der Mehrwertdienstnummer zukommt. Der Anbieteranteil ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ein Einsatz im Sinne der Lotteriegeseztgebung. Ein Wettbewerb ist aber bloss dann eine lotterieähnliche Unternehmung im Sinne von Art. 43 Ziff. 2 LV und damit gemäss Art. 56 Abs. 2 LG den Bestimmungen des

Lotteriegengesetzes unterworfen, wenn daran – wie Art. 43 Ziff. 2 LV voraussetzt – «nur nach Leistung eines Einsatzes oder nach Abschluss eines Rechtsgeschäfts teilgenommen werden kann». Wenn daran auch ohne Leistung eines Einsatzes im lotterierechtlichen Sinne teilgenommen werden kann, mithin auch auf Wegen, bei welchen lediglich allenfalls Transportkosten für die Übermittlung zu zahlen sind, dann fällt der Wettbewerb nicht unter den Anwendungsbereich der Lotteriegesetzgebung. Voraussetzung ist aber, dass der Wettbewerb gemäss seiner Ankündigung unmissverständlich als Veranstaltung erscheint, an welcher mit oder ohne Leistung eines Einsatzes mit gleichen Gewinnaussichten teilgenommen werden kann (BGE 123 IV 175 E. 2a; 125 IV 213 E. 1b; 132 II 240 E. 3.1.2; Urteil 6P.104/2006 vom 6. September 2006 E. 4.3).

2. (...)

3. (...)

4.

4.1 Die Vorinstanz stellt in Bezug auf die Frage, wie die schriftlichen und mündlichen Hinweise in den TV-Gewinnspielen betreffend die verschiedenen Teilnahmemöglichkeiten zu interpretieren sind, auf den Durchschnittszuschauer von derartigen Fernsehsendungen ab. Nach der Auffassung der Vorinstanz ist der potenzielle Teilnehmerkreis bei einem solchen TV-Gewinnspiel sehr weit zu fassen. Es gehe – letztlich auch aufgrund von konsumentenschützerischen Überlegungen – nicht an, dem Durchschnittszuschauer «besondere technische Kenntnisse respektive Fertigkeiten oder eine gewisse minimale Schulbildung zu unterstellen». An die intellektuellen Fähigkeiten und die Merkfähigkeit des durchschnittlichen Fernsehzuschauers seien mithin «nur geringe Anforderungen zu stellen» (angefochtenes Urteil S. 24). Vom durchschnittlichen Zuschauer könne daher nicht erwartet werden, er habe die mündlichen und schriftlichen Hinweise auf Internet und WAP in dem Sinne verstanden, dass ihm damit gleichwertige Gratisteilnahmemöglichkeiten zur Verfügung stünden. Die Vorinstanz betont, dass es für die Verantwortlichen ein Leichtes gewesen wäre, auf die Möglichkeiten der Gratisteilnahme klarer hinzuweisen, etwa durch einen Vermerk «Gratisteilnahme» vor der dauerhaft eingeblendeten Internet- respektive WAP-Adresse (angefochtenes Urteil S. 28).

4.2 Der Beschwerdeführer rügt in weitschweifigen Ausführungen auch insoweit willkürliche Beweiswürdigung sowie eine Verletzung der Maxime «in dubio pro reo». Den Akten lasse sich entnehmen, dass monatlich mehrere tausend Personen die Teilnahmemöglichkeiten per Internet und WAP gewählt hätten. Somit sei es offensichtlich für den Durchschnittszuschauer dieser Sendungen problemlos ersichtlich gewesen, dass es Gratisteilnahmemöglichkeiten gegeben habe. Schon aus diesem Grunde sei die Annahme der Vorinstanz, die Gratisteilnahmemöglichkeiten seien für den Durchschnittszuschauer nicht erkennbar gewesen, willkürlich. Die Auffassung der Vorinstanz, dass es nicht angehe, dem Durchschnittszuschauer von derartigen Sendungen eine gewisse minimale Schulbildung zu unterstellen, sei unhaltbar. Damit gründe die Beantwortung der Rechtsfrage, wie der Inhalt der fraglichen Sendun-

gen vom Durchschnittszuschauer interpretiert worden sei, auf falschen tatsächlichen Annahmen. Den durchschnittlichen Fernsehzuschauer gebe es gar nicht. Jedes Sendeformat habe den entsprechenden durchschnittlichen Zuschauer. Dieser lasse sich mithilfe von demoskopischen Untersuchungen beziehungsweise repräsentativen Befragungen ermitteln, welche die Fernsehanstalten zu praktisch jeder ausgestrahlten Fernsehsendung tätigten. Der Durchschnittszuschauer habe sehr wohl erkannt, dass er auch über die ebenfalls dauerhaft eingeblendeten Internet- und WAP-Adressen am Wettbewerb teilnehmen könne, und zwar gratis, da neben der Internet- und WAP-Adresse – anders als neben der Mehrwertdienstnummer – keine Preisangabe gestanden habe. Die Ansicht der Vorinstanz, dass die inkriminierten TV-Gewinnspiele für einen durchschnittlichen Zuschauer von solchen Sendungen nicht unmissverständlich als Gratisveranstaltungen erkennbar gewesen seien, beruhe auf blossen Mutmassungen (Beschwerde S. 25–41).

4.3 Ob der Durchschnittszuschauer der fraglichen TV-Gewinnspiele die mündlichen und schriftlichen Hinweise auf Internet und WAP als Hinweise auf Gratisteilnahmemöglichkeiten verstand, kann hier dahingestellt bleiben. Die fraglichen Gewinnspiele sind gegebenenfalls gleichwohl als unter das Lotterieverbot fallende lotterietypische Unternehmungen zu qualifizieren, wie die Vorinstanz in der von ihr skizzierten Eventualbegründung andeutet (angefochtenes Urteil S. 29). Auch wenn der Durchschnittszuschauer allenfalls erkennen konnte, dass er über die angegebene Internet- beziehungsweise WAP-Adresse gratis am TV-Gewinnspiel teilnehmen konnte, so vermochte er doch nicht zu erkennen, dass diese Gratisteilnahmemöglichkeiten in jeder Phase des Spiels die gleichen Gewinnchancen boten wie die Teilnahme durch Anruf auf die Mehrwertdienstnummer zum angegebenen Preis von Fr. 1.50 pro Anruf beziehungsweise Anrufversuch. Bevor ein Mitspieler mit der Moderatorin verbunden wurde, um seine Lösung mitzuteilen, ertönte in der Sendung ein Telefonklingeln. Allein schon dies musste beim Durchschnittszuschauer den Eindruck erwecken, dass nur die Benutzer der Mehrwertdienstnummer eine reelle Chance hatten, nicht auch die Mitspielenden, welche sich über Internet und WAP anmeldeten und zurückgerufen werden mussten. Der Durchschnittszuschauer musste aufgrund der Aufmachung und Gestaltung des TV-Gewinnspiels subjektiv den Eindruck gewinnen, dass die Chancen, mit der Moderatorin in der Fernsehsendung verbunden zu werden, um die Wettbewerbslösung mitzuteilen, bei Wahl der Mehrwertdienstnummer letztlich grösser seien als bei Teilnahme über Internet und WAP. Zudem entstanden im Verlauf des TV-Gewinnspiels zahlreiche Situationen – zum Beispiel sogenannte «offene Leitungen», «Bonusleitungen», «Hot Button», «letzte Runde», «Countdown» –, bei denen sich der durchschnittliche Zuschauer und selbst ein Zuschauer mit überdurchschnittlichen Kenntnissen in diesem Gebiet schon mangels entsprechender Informationen nicht vorstellen konnte, wie er daran überhaupt und gar chancengleich mit dem Benutzer der Mehrwertdienstnummer teilnehmen konnte. Mit den auf dem Bildschirm dauerhaft eingeblendeten Internet- und WAP-Adressen sowie mit den sporadischen verbalen, nicht näher erläuterten Hinweisen der Moderatorin auf die chancengleiche Teilnahmemöglichkeit über Internet und WAP konnte der Zuschauer in verschiedenen Spiel-

situationen wenig anfangen. Unabhängig davon gewann er im Verlauf des Spiels und namentlich in der Phase, in welcher die Moderatorin ankündigte, es bleibe nur noch wenig Zeit zum Mitspielen, den Eindruck, dass die Chance, mit der Moderatorin verbunden zu werden, durch einen Anruf auf die Mehrwertdienstnummer im letzten beziehungsweise günstig erscheinenden Moment doch noch gewahrt werden könne, zumal sich der Zuschauer nicht im Einzelnen vorstellen konnte, ob und inwiefern seine allfällige vorgängige Anmeldung beispielsweise via Internet noch irgendwie im Spiel sei und er daher weiterhin die Chance auf einen Rückruf habe. Aus diesen Gründen, welche das Bundesgericht teilweise bereits in seinem Urteil 6B_218/2007 vom 22. August 2007 E. 4.4.3 betreffend die Beschlagnahme der Anbieteranteile angeführt hat, boten die von der Veranstalterin allenfalls ausreichend angekündigten Gratisteilnahmemöglichkeiten über Internet und WAP jedenfalls nach dem massgebenden subjektiven Eindruck des Durchschnittszuschauers zumindest in bestimmten Konstellationen und Phasen des Spiels nicht dieselben Chancen auf eine Verbindung mit der Moderatorin zwecks Übermittlung der Antwort und damit nicht die gleichen Gewinnaussichten wie die kostenpflichtige Teilnahme durch Wahl der Mehrwertdienstnummer. Bezeichnenderweise beteiligten sich nach den (unangefochtenen) Feststellungen der Vorinstanz weniger als 5% der Teilnehmer via Internet und WAP an den TV-Gewinnspielen (angefochtenes Urteil S. 28). Der ganz überwiegende Teil wählte mithin, trotz der anfallenden Kosten von Fr. 1.50 pro Anruf beziehungsweise Anrufversuch, die Mehrwertdienstnummer. Das lässt sich nicht allein damit erklären, dass dieser Weg bequemer ist als die Gratisteilnahme über Internet und WAP, sondern hat seinen Grund nach der zutreffenden Auffassung der Vorinstanz auch darin, dass der Durchschnittszuschauer zumindest in gewissen Phasen des Spiels die Wahl der Mehrwertdienstnummer als aussichtsreicher einschätzte und deshalb, unter Umständen gar mehrfach, einen Anrufversuch tätigte.

4.4 Die inkriminierten TV-Gewinnspiele sind somit nach der im Ergebnis zutreffenden Auffassung der Vorinstanz als unter den Anwendungsbereich des Lotterieggesetzes fallende lotterienähnliche Unternehmungen zu qualifizieren.

Der Beschwerdeführer 1, der als Geschäftsführer der Beschwerdeführerin 2 unstreitig für die Durchführung der TV-Gewinnspiele verantwortlich war, hat demnach den objektiven Tatbestand von Art. 38 Abs. 1 LG erfüllt.

5.

5.1 Gemäss den Ausführungen der Vorinstanz steht aufgrund der gesamten Aktenlage zweifelsfrei fest, dass dem Beschwerdeführer 1 als Geschäftsführer der Beschwerdeführerin 2 die Problematik von Spielshows der vorliegenden Art bekannt war. Somit habe er zumindest in Kauf genommen, eine lotterierechtlich verbotene Veranstaltung durchzuführen. Daher habe er den Tatbestand von Art. 38 Abs. 1 LG auch in subjektiver Hinsicht erfüllt. Demnach könne er sich auch nicht auf Sachverhaltsirrtum berufen (angefochtenes Urteil S. 32). In Frage käme höchstens ein Rechtsirrtum. Dem Beschwerdeführer 1 sei indessen bekannt gewesen, dass die lotterierechtliche Zulässigkeit derartiger TV-Gewinnspiele kontrovers sei, habe doch zwischen ihm und den Behörden ein reger Meinungs-

tausch stattgefunden. Der Beschwerdeführer 1 habe aufgrund der gesamten Umstände zumindest mit der Möglichkeit rechnen müssen, dass sein Verhalten zu staatlichen Sanktionen führe, weshalb eine Berufung auf Rechtsirrtum zum Vornher ein unbehelflich sei (angefochtenes Urteil S. 33 f.).

5.2 Der Beschwerdeführer 1 macht in weitschweifigen Ausführungen (Beschwerde S. 42–59) geltend, er habe nicht mit dem zur Erfüllung des subjektiven Tatbestands erforderlichen (Eventual-)Vorsatz gehandelt. Er sei einem – allenfalls fahrlässigen – Sachverhaltsirrtum (Art. 13 StGB) erlegen. Jedenfalls sei ihm zumindest ein – unvermeidbarer – Rechtsirrtum (Art. 21 StGB) zuzubilligen. Er habe nicht in Kauf genommen, dass der Durchschnittszuschauer die Teilnahmemöglichkeiten über Internet und WAP nicht als adäquate chancengleiche Teilnahmemöglichkeit habe erkennen können. Wohl sei ihm die grundsätzliche Problematik von TV-Gewinnspielen der fraglichen Art bewusst gewesen. Gerade deshalb habe er alles unternommen, um dem Durchschnittszuschauer klarzumachen, dass über Internet und WAP gratis und mit gleichen Gewinnaussichten wie über die Mehrwertdienstnummer am Wettbewerb teilgenommen werden könne. Auch verschiedenen Behörden, einschliesslich der Anklagebehörde, sei nicht klar gewesen, ob die inkriminierten TV-Gewinnspiele rechtswidrig seien. Der zuständige juristische Sekretär der Direktion für Soziales und Sicherheit des Kantons Zürich habe das neue Spielkonzept als lotterierechtlich unbedenklich qualifiziert. Vom Einzelrichteramt sei er freigesprochen worden. Andere Fernsehanstalten führten nach wie vor, von den Behörden unbehelligt, ähnliche TV-Gewinnspiele durch. Die Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildenden TV-Gewinnspiele unterschieden sich wesentlich von den früheren Spielen, wegen deren Durchführung er rechtskräftig verurteilt worden sei.

5.3 Die angeblich irrtümliche Vorstellung des Beschwerdeführers 1, dem Durchschnittszuschauer sei aufgrund der Hinweise in der Fernsehsendung klar gewesen, dass über die angegebene Internet- und WAP-Adresse gratis und in sämtlichen Phasen des Spiels mit den gleichen Gewinnaussichten wie durch die Wahl der Mehrwertdienstnummer am TV-Gewinnspiel teilgenommen werden könne, ist ein Sachverhaltsirrtum (Art. 13 StGB), welcher den Vorsatz ausschliesst. Ein Rechtsirrtum (Art. 21 StGB) liegt demgegenüber vor, soweit der Beschwerdeführer 1 irrtümlich angenommen haben sollte, dass das fragliche TV-Gewinnspiel auch zulässig sei, wenn die Gewinnaussichten der Teilnehmer über Internet und WAP objektiv oder nach dem subjektiven Eindruck des Durchschnittszuschauers nicht in sämtlichen Phasen des Spiels gleich gross sind wie die Gewinnaussichten des Benützers der Mehrwertdienstnummer.

Wohl teilte der juristische Sekretär der Sicherheitsdirektion des Kantons Zürich der Beschwerdeführerin 2 mit Schreiben vom 18. Juli 2005 mit, dass die den Gewinnspielen «C.» und «D.» zugrunde liegenden Formate mit kostenlosen Teilnahmemöglichkeiten über Internet und WAP seines Erachtens lotterierechtlich unbedenklich seien. Der juristische Sekretär fügte aber hinzu, er könne nicht beurteilen und es müsse offen bleiben, ob die Strafbehörde zur gleichen Einschätzung gelangen würde. Das Statthalteramt des Bezirkes Zürich gab der Beschwerdeführerin 2 im Juli 2005 in mehreren Schreiben zu verstehen, dass das

neue Sendeformat trotz den Teilnahmemöglichkeiten über Internet und WAP lotterierechtlich zu beanstanden sei, da noch nicht alle Haushalte in der Schweiz über Internet oder WAP verfügten beziehungsweise das Erfordernis der gleichwertigen Chancengleichheit nicht erfüllt sei. Auch nachdem die Beschwerdeführerin 2 dem Statthalteramt mitgeteilt hatte, dass nunmehr am Gewinnspiel «C.» zusätzlich noch per Postkarte teilgenommen werden könne, hielt das Statthalteramt in einem weiteren Schreiben vom Juli 2005 daran fest, dass das Gewinnspiel gegen die lotterierechtlichen Bestimmungen verstosse (siehe zum Ganzen die Strafverfügung des Statthalteramts vom 17. November 2006, S. 12).

Der Beschwerdeführer 1 hatte als Geschäftsführer der Beschwerdeführerin 2 ein Interesse daran, dass ein möglichst grosser Prozentsatz der Spieler die Mehrwertdienstnummer wählte. Denn allein bei dieser Art der Teilnahme flossen der Beschwerdeführerin 2 Einnahmen in Form des sogenannten Anbieteranteils als Bestandteil des Preises von Fr. 1.50 pro Anruf beziehungsweise Anrufversuch zu. Das TV-Gewinnspiel war denn auch nach seiner Aufmachung und Ausgestaltung darauf angelegt, dass die Spieler zum Telefon griffen und die Mehrwertdienstnummer wählten. Die Hinweise darauf, dass auch über Internet und WAP am Spiel teilgenommen werden konnte, traten demgegenüber in den Hintergrund, was offensichtlich und damit auch dem Beschwerdeführer 1 klar war. Unter diesen Umständen musste der Beschwerdeführer 1 mit der Möglichkeit rechnen, dass der Durchschnittszuschauer und selbst ein Zuschauer mit überdurchschnittlichen Kenntnissen trotz der mehrfachen Hinweise auf die alternativen Teilnahmemöglichkeiten über Internet und WAP subjektiv den Eindruck gewinnen konnte, dass die Chancen, zwecks Übermittlung der (vermeintlich) richtigen Antwort mit der Moderatorin in der Sendung verbunden zu werden, und damit die Gewinnaussichten bei Wahl der Mehrwertdienstnummer zumindest in gewissen Spielsituationen und namentlich auch gegen Ende einer Spielrunde letztlich grösser seien als bei der Teilnahme über Internet und WAP. Ein den Vorsatz ausschliessender Sachverhaltsirrtum liegt daher nach der im Ergebnis zutreffenden Auffassung der Vorinstanz nicht vor.

Dem Beschwerdeführer 1 war die Problematik von Gewinnspielen der fraglichen Art bekannt. Er wusste, dass diese lotterierechtlich nur zulässig sind, wenn daran auch gratis, d.h. ohne Leistung eines Einsatzes, mit gleichen Gewinnaussichten wie bei Benützung einer Mehrwertdienstnummer teilgenommen werden konnte. Es war ihm klar, dass diese Chancengleichheit selbstredend in sämtlichen Phasen des Spiels und nicht nur objektiv, sondern auch nach dem subjektiven Eindruck des Durchschnittszuschauers bestehen musste. Der Beschwerdeführer 1 behauptet denn auch selber nicht, er habe irrtümlich angenommen, dass es für die Zulässigkeit des Gewinnspiels genüge, wenn wenigstens in den Hauptphasen des Spiels Chancengleichheit bestehe. Ein Rechtsirrtum liegt daher nach der im Ergebnis zutreffenden Auffassung der Vorinstanz ebenfalls nicht vor.

6. (...)

7. (...)

Anmerkungen Fernsehsendungen, bei denen die Zuschauer dazu auffordert werden, über kostenpflichtige Telefonnummern an in der Sendung veranstalteten Gewinnspielen teilzunehmen (Call-in-Quizshows) haben in den letzten Jahren immer wieder die Gemüter erhitzt. Sendungen wie «Swissquiz» waren in den letzten Jahren mit kurzen Unterbrüchen fester Bestandteil des Programms schweizerischer Privatsender wie Star TV, 3+ oder VIVA Schweiz zu Sendezeiten mit geringerem Zuschaueraufkommen. Derartige Formate sollen nicht nur auf dem Werbemarkt schwer absetzbare Sendezeit zu mässigen Produktionskosten füllen, sondern können auch selber eine Einkommensquelle darstellen. Lukrativ werden sie, sobald die Zuschauer über Mehrwertdienste an den Spielen teilnehmen. Die Sendungen laufen immer nach dem gleichen Muster ab: In der Sendung wird ein Spiel (z.B. ein Wort- oder Bilderrätsel) präsentiert. Die Zuschauer werden aufgefordert, über eine eingeblendete Mehrwertdienstnummer am Spiel teilzunehmen, und demjenigen, der das Rätsel löst, wird ein Gewinn in Aussicht gestellt. Die Anrufer werden nach dem Zufallsprinzip in die Sendung durchgestellt, sodass das aleatorische Moment letztlich weniger in der Lösung des Rätsels als im Zugang zum Livespiel an sich besteht: Nur relativ wenige Anrufer werden in die Sendung durchgestellt, die meisten Anrufversuche bleiben – unabhängig von den inständigen Aufforderungen der Moderatoren an das Publikum, es möge doch endlich jemand anrufen – erfolglos. Seit den nun vom Bundesgericht beurteilten Sendungen aus dem Jahre 2005 wurden die Sendungen in angepasster Form ausgestrahlt. In neuerer Zeit wurden Vorwürfe laut, dass die Spiele teilweise in unlauterer oder gar betrügerischer Weise zur Verminderung von Gewinnausschüttungen manipuliert worden seien, etwa durch vorgetäuschte Anrufe. Das vorliegende Urteil befasst sich nicht mit derartigen Praktiken. Auch aufgrund des Urteils werden die fraglichen Sendungen derzeit (April 2010) nicht ausgestrahlt und sollen an die Vorgaben der Lotteriegesetzgebung angepasst werden.

Da der Begriff der lotterieähnlichen Veranstaltung nach Art. 43 Ziff. 2 LV sehr weit ist und letztlich auf fast alle Gewinnspiele Anwendung finden kann, konzentrieren sich die praktischen Probleme bei der Frage, ob an einem Gewinnspiel «nur nach Leistung eines Einsatzes oder nach Abschluss eines Rechtsgeschäfts teilgenommen werden kann», was nicht der Fall ist, wenn man auch ohne Einsatz oder Rechtsgeschäft an einem Spiel teilnehmen kann. Bereits vor einigen Jahren hat das Bundesgericht entschieden, dass der Anbieteranteil bei einem Mehrwertdienst einen solchen Einsatz darstellt (BGE 123 IV 175, 180). Auf die Höhe des Einsatzes kommt es dabei nicht an, schon einige Rappen reichen aus. Zentral ist allerdings, dass die Gewinnaussichten bei der Teilnahme ohne Einsatz nicht schlechter sein dürfen als bei der Teilnahme mit Einsatz.

Nach der konstanten Rechtsprechung des Bundesgerichts gelten für die Übermittlung einer Teilnahmeerklärung oder eines Wettbewerbsbeitrags anfallende «Transportkosten» nicht als Einsatz, «denn nicht (gegen) diese Leistung werden den Teilnehmern die Gewinne in Aussicht gestellt. Kein Einsatz ist somit das gewöhnliche Briefporto bei postalischer Einsendung der Wettbewerbs-Lösung» (BGE 125 IV 213, 216). Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Teilnahme mit Einsatz für den Teilnehmer wirtschaftlich teurer oder sogar günstiger ist als eine Teilnahme ohne Einsatz. In einem Fall, wo an einem Gewinnspiel entweder durch Einsendung einer

Postkarte (Transport: 90 Rp., kein Einsatz) oder durch Benützung eines Mehrwertdienstes (Gesamtkosten: 86 Rp./Min., davon Transportkosten 36 Rp./Min. und Einsatz 50 Rp./Min.) teilgenommen werden konnte, führte das Bundesgericht aus, dass die Transportkosten nicht in den Verantwortlichkeitsbereich der Veranstalter fielen und ihnen nicht zum Nachteil gereichen dürfe, «dass die Wettbewerbsteilnehmer in ihrer Mehrheit von der angebotenen Möglichkeit, die Lösung mit gleichen Gewinnaussichten durch Einsendung einer Postkarte, also auf dem bis vor kurzem üblichen Wege, zu übermitteln, aus Kostengründen und/oder aus Bequemlichkeit keinen Gebrauch machen und stattdessen die andere Möglichkeit, d.h. die 156er-Telefonnummer, wählen. Massgebend ist allein, dass die Interessenten mit oder ohne Leistung eines lotterierechtlich relevanten Einsatzes mit gleichen Gewinnaussichten am Wettbewerb teilnehmen konnten» (BGE 125 IV 213, 219). Das Bundesgericht hielt bei dieser Gelegenheit fest, dass es nicht darauf ankomme, ob der Teilnehmer seinen Einsatz auch als Einsatz wahrnehme (BGE 125 IV 213, 219).

Die Erfassung des Anbieteranteils als Einsatz stiess in der Lehre auf Kritik, da auch ein (moderater) Anbieteranteil letztlich der Deckung der Veranstaltungs- und Kommunikationskosten des Anbieters diene (Urs Saxer, Die Lotterie mit der Lotterie: Sind Telefongebühren Lottereeinsätze?, *medialex* 4/1997, 187–188, 188). Bei näherem Hinsehen ist die Rechtsprechung jedoch durchaus veranstalterfreundlich, gesteht sie den Veranstaltern doch grundsätzlich zu, eine vergleichsweise komplizierte und teure Teilnahmemöglichkeit ohne Einsatz (Postkarte) als lotterierechtliches Feigenblatt anzubieten und dabei legal die Kostendifferenz zwischen postalischer Übermittlung und kostengünstigeren Fernmeldeleihen abzuschöpfen. Letztlich erfasst das Lotteriegesetz nicht, wie viel Geld der Teilnehmer für seine Teilnahme insgesamt aufwendet, sondern nur, wie viel davon direkt an den Veranstalter des Wettbewerbs fliesst. Aus einer sozialpolitisch-paternalistischen Perspektive läge die Zielsetzung nahe, die Konsumenten insgesamt davor bewahren zu wollen, zu viel Geld für unnütze Spiele auszugeben. Das ist indes illusorisch, da dann letztlich auch reine Unterhaltungsspiele ohne Gewinnmöglichkeit erfasst werden müssten. Letztlich bewirkt das Lotterieverbot in erster Linie, dass die gemeinnützigen Lotterien und die Spielbanken gegen Konkurrenz durch kommerzielle Glücksspielveranstalter abgeschirmt werden (vgl. bereits Gerhard Fiolka, Bemerkungen zu BGE 123 IV 175, AJP 3/1998, 356–361, 361).

Der Umstand, dass Übermittlungskosten nicht als Einsatz zählen, birgt ein gewisses Risiko von Missbräuchen in sich. Der Veranstalter hat zwar – wie das Bundesgericht ausführt – keinen Einfluss auf die Höhe der Übermittlungskosten, er hat aber die Wahl, welche Übermittlungsmöglichkeiten er für das Gewinnspiel zulässt. Die Rechtsprechung hatte sich bis jetzt noch mit keinem Fall zu befassen, in dem der Veranstalter ausschliesslich eine besonders teure Transportmöglichkeit ohne Einsatz zugelassen hätte (z.B. Teilnahme ausschliesslich durch Einsendung eines eingeschriebenen Briefes), was es erlauben würde, bei der Teilnahme über einen Mehrwertdienst einen höheren Anbieteranteil zu erheben. Solange die Chancengleichheit gewahrt ist, bietet das Lotteriegesetz nach der derzeitigen Rechtsprechung keine griffige Handhabe gegen solche Machenschaften; verlangt ist einzig, dass mit gleichen Chancen ohne Einsatz teilgenommen werden kann. Das Kriterium des Einsatzes führt an sich nicht dazu, dass eine einsatzlose, aber ohne ersichtli-

chen Grund kostenaufwendige Teilnahmeform mit gleichen Gewinnchancen nicht berücksichtigt werden könnte. Prima facie bietet sich eine Ergänzung der bundesgerichtlichen Argumentation an, wonach als Übermittlungskosten nur Aufwendungen veranschlagt werden dürfen, die zur Übermittlung einer Teilnahmeerklärung bzw. zur Abwicklung eines Gewinnspiels erforderlich sind. Damit liesse sich wohl der eingeschriebene Brief ausschliessen, es wäre dann allerdings nicht einsichtig, warum die vergleichsweise teure postalische Übermittlung der Teilnahmeerklärung überhaupt noch veranschlagt werden dürfte, verfügen doch breitere Schichten der Bevölkerung über einen Zugang zu Telefon und Internet. Ein zweiminütiges Telefongespräch auf eine schweizerische Festnetznummer von einer (jedermann zugänglichen) öffentlichen Telefonkabine aus kostet höchstens 70 Rp. Es ist letztlich nicht einzusehen, warum der A-Post-Brief für 1 Fr. weiterhin der anerkannte «Branchenstandard» für Kommunikationskosten sein sollte. Es zeigt sich, dass eine inhaltliche Kontrolle der Kommunikationskosten, die Veranstalter für die einsatzlose Teilnahme veranschlagen dürfen, ein relativ weites Problemfeld eröffnet.

Im vorliegenden Entscheid stand die Chancengleichheit verschiedener Teilnahmeoptionen im Mittelpunkt des Interesses. Das Bundesgericht hatte bereits früher festgehalten, dass die Gewinnchancen bei Teilnahme mit oder ohne Einsatz nicht nur objektiv gleich sein müssen, sondern dass dies den Teilnahmeinteressenten auch klar sein müsse (BGE 99 IV 25, 29). Im nun vorliegenden Entscheid wird dieses Erfordernis auf Livegewinnspiele am Fernsehen angewandt und deutlich gemacht, dass der Zuschauer erkennen muss, dass er in jeder Phase des Spiels mit oder ohne Einsatz die gleichen Gewinnchancen hat. Als besonders problematisch erwiesen sich Spielphasen, in denen ein gewisser Zeitdruck aufgebaut und den Zuschauern eine sofortige Teilnahme nahegelegt wurde (E. 4.3).

Objektiv besteht jedenfalls dann keine Chancengleichheit, wenn bei der einsatzlosen Teilnahmeoption nicht eine Teilnahmemöglichkeit am gerade laufenden Spiel verlost wird, sondern eine Teilnahmemöglichkeit zu einem späteren Zeitpunkt: Die Gewinnchancen hängen nämlich davon ab, ob der Teilnehmer zu dem von ihm gewählten Zeitpunkt in das Spiel einsteigen kann oder nicht (da er allenfalls nur in diesem Zeitpunkt in der Lage ist, das Rätsel zu lösen, die ihm vorschwebende Lösung noch von keinem anderen Zuschauer vorgeschlagen wurde etc.). Dies gilt auch dann, wenn der Zugang zur Spielshow an sich verlost wird: Wer an der Verlosung der Direktteilnahme am laufenden Spiel (das er kennt) teilnimmt, hat bessere Chancen, als wer an der Verlosung der Teilnahme an einem ihm unbekanntem Spiel teilnimmt. Chancengleichheit liesse sich nur herstellen, wenn für alle Teilnehmer (auch die Nutzer des Mehrwertdienstes) lediglich Teilnahmemöglichkeiten an späteren, noch unbekanntem Spielen verlost würden – wodurch das Format wohl jeglichen Reizes beraubt wäre. Aus diesem Grund besteht schon objektiv keine Chancengleichheit, wenn über den Mehrwertdienst direkt an der Verlosung einer Direktteilnahme teilgenommen werden kann, während über den einsatzlosen Teilnahmekanal lediglich ein «Rückruf» (auf dessen Zeitpunkt der Zuschauer keinen Einfluss hat) verlost wird (so der Sachverhalt im vorliegenden Entscheid).

Objektiv kann die Chancengleichheit zudem beeinträchtigt sein, wenn das einsatzlose Teilnahmeverfahren aufwendiger oder langwieriger ist als die Teilnahme mit Einsatz. Man-

cher Veranstalter wird geneigt sein, den Vorgang der einsatzlosen Teilnahme möglichst anstrengend zu gestalten, um die Zuschauer zur Teilnahme mit Einsatz zu bewegen. Bei der Teilnahme über Internet an neueren Versionen des Spiels musste z.B. zunächst über den Browser eine URL eingegeben werden, dann erhielt der Teilnehmer über eine (mehr oder weniger kompliziert gestaltete) Website einen mehrstelligen Teilnahmecode. Diesen Code konnte er nach Anwahl einer Telefonnummer zum Normaltarif über die Telefontastatur eingeben und am Wettbewerb (d.h. an der Verlosung einer Direktteilnahme am laufenden Spiel) teilnehmen. Bei aller Konvergenz bedingt das doch bei den meisten Konsumenten, dass sie zeitnah einen Computer und ein Telefon bedienen und das Fernsehprogramm verfolgen müssen. Bei der WAP-Teilnahme kommt erschwerend dazu, dass viele Konsumenten in der Bedienung der entsprechenden Funktionen auf ihren Mobiltelefonen nicht gerade bewandert sind. Dass diese Teilnahmeformen komplizierter sind (und vielleicht eine minimale Infrastruktur und technische Gewandtheit voraussetzen) beeinträchtigt an sich die Chancengleichheit nicht. Diese leidet jedoch, sobald das Spiel eine schnelle Teilnahme tatsächlich voraussetzt, denn dann ist derjenige, der sich erst einen Zugangscode über Internet oder WAP beschaffen muss gegenüber dem Nutzer des Mehrwertdienstes benachteiligt.

Aus den divergierenden Stellungnahmen verschiedener Behörden (E. 5.3) scheint die Frage auf, ob spezifische Anforderungen an die Verfügbarkeit der einsatzlosen Teilnahmeoption für das Publikum bestehen, ob also etwa der Umstand, dass nicht alle Haushalte über einen Internetzugang oder über ein WAP-fähiges Mobiltelefon verfügen (so die Argumentation des Statthalteramts Zürich im Jahre 2005) dazu führt, dass «nur nach Leistung eines Einsatzes» am Spiel teilgenommen werden kann, wenn neben dem Mehrwertdienst nur eine Teilnahmemöglichkeit über Internet oder WAP besteht. Eine effektive Teilnahmemöglichkeit setzt voraus, dass der entsprechende Kommunikationskanal öffentlich, d.h. einer unbestimmten Vielzahl von Personen ohne besondere Vertrauensverhältnisse zugänglich sein muss, was z.B. beim Intranet eines Unternehmens oder bei einer passwortgeschützten Website nicht der Fall wäre. Auch die Verwendung eines Kommunikationskanals, der ein extrem ungebräuchliches Endgerät (z.B. einen speziellen Pager) erfordert, eröffnet keine effektive einsatzlose Teilnahmeoption. Im Ergebnis setzt eine effektive Teilnahmeoption jedoch nicht voraus, dass «jeder Haushalt» über die entsprechende Infrastruktur verfügt, sondern nur, dass Zugänge zum entsprechenden Kommunikationskanal einigermaßen verbreitet sind und für jeden die Möglichkeit besteht, sich ohne unangemessenen Aufwand Zugang zu verschaffen. Beim Internet und selbst bei WAP dürfte dies heute der Fall sein. Ein «caveat» ist allerdings angebracht, wenn Betreiber von Zugangsinfrastruktur oder entsprechenden Endgeräten selber Gewinnspiele veranstalten: Ist der Zugang auf die «eigenen» Kunden beschränkt (was etwa der Fall sein könnte, wenn ein Digital-TV-Betreiber Gewinnspiele ausschliesslich über seine eigenen Set-Top-Boxen abwickelt oder wenn ein Mobilfunkbetreiber nur seine eigenen Kunden mitspielen lässt), ist die Teilnahme nur «nach Abschluss eines Rechtsgeschäfts» möglich. Ähnliches müsste auch für die Organisation eines Wettbewerbs, an dem nur durch Einsendung eines Briefs teilgenommen werden könnte durch die Post oder für den Wettbewerb eines Fernmeldedienstleisters, an dem man nur per Telefon teilnehmen kann, gelten.

Die objektive Benachteiligung einsatzloser Teilnehmer entfällt, sobald die Gewinnchance überhaupt nicht vom Zeitpunkt der Teilnahme abhängig ist, wenn faktisch also überhaupt kein Zeitdruck besteht und «letzte Runde» und «Countdown» auf den Spielverlauf gar keinen Einfluss haben: Werden diese rhetorischen Stilmittel nur eingesetzt, um Zuschauer zum Anrufen zu animieren, ohne dass das Spiel nach der «letzten Runde» oder dem «Countdown» beendet würde, so werden die Zuschauer zwar getäuscht (was nach Art. 3 lit. h UWG i.V.m. Art. 23 UWG strafbar sein kann), können faktisch jedoch mit gleichen Chancen teilnehmen. Bei kurzen Spielen oder in der tatsächlichen Endphase eines Spiels können Komplikationen bei der einsatzlosen Teilnahme die Chancengleichheit allerdings immer beeinträchtigen.

Das Bundesgericht stellt darauf ab, dass der Zuschauer den vorgespiegelten Zeitdruck als tatsächliche Zeitknappheit wahrnehmen und seine Chancen durch ein zeitaufwendiges Procedere bei der einsatzlosen Teilnahme als gemindert wahrnimmt (E. 4.3). Im vorliegenden Entscheid nahm es an, dass der Zuschauer aufgrund der Gestaltung der Sendung den Eindruck gewinne, angesichts des hohen Zeitdrucks sei eine einsatzlose Teilnahme weniger aussichtsreich als die Teilnahme über den Mehrwertdienst. Da das wohl bei einem beliebigen Zuschauer zutrifft, musste nicht geklärt werden, inwiefern die Wahrnehmungen eines «Habitués» der entsprechenden Sendeformate von denjenigen eines «Durchschnittszuschauers» abweichen. Für die künftige Ausgestaltung derartiger Sendeformate kann es darauf ankommen, welches Verbraucherleitbild der Rechtsprechung zugrunde liegt. Die Frage, welche Adressatenfigur bei Äusserungen vorauszusetzen ist, zieht sich vom Recht des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes über das Lauterkeitsrecht bis hin zu den die Äusserungsdelikten im Strafrecht: Überall tauchen Figuren wie der «gedankenlose» Durchschnittsleser oder -konsument auf (vgl. Mischa Charles Senn, Der «gedankenlose» Durchschnittsleser als normative Figur? *medialex* 3/1998, 150–155). Faktisch ist der Vorgang des Verständnisses von Texten einer Simulation oder einem Nachvollzug nicht zugänglich, weil das Verständnis sich vom tatsächlichen Rezipienten nicht lösen lässt. Die Zuschreibung von Eigenschaften an einen Durchschnittsrezipienten ist mithin immer ein normativer Entscheid, durch den der Anwendungsbereich von Normen begrenzt wird (Gerhard Fiolka, Äusserungsdelikte: Die strafrechtliche Regulierung von Kommunikation im Lichte der Sprachphilosophie Wittgensteins, *jusletter* 24.6.2006, <http://www.weblaw.ch>, Rz. 83, 35, 74). Im Lauterkeitsrecht, insbesondere bei der Würdigung der Verwechslungsgefahr nach Art. 3 lit. d UWG, stellt das Bundesgericht bei Waren und Dienstleistungen, die sich nicht an einen spezifisch eingeschränkten Adressatenkreis richten auf das «allgemeine Publikum» ab, ohne diesen Begriff näher zu spezifizieren (vgl. BGE 135 III 446, 457 m.w.N.). Entsprechend erscheint auch im Lotterierecht die Berücksichtigung der besonderen Kenntnisse erfahrener Swissquiz-Zuschauer oder auch eine sonstige Differenzierung des Zielpublikums derartiger Sendungen nicht angezeigt. Hinsichtlich des Durchschnittskonsumenten geht der Europäische Gerichtshof von der Vorstellung eines «durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers» (EuGH, 16.7.1998, Rs. C-210/96, Gut Springenheide/Tusky, Slg. 1998 I 4657) aus, also nicht von einem flüchtigen, gänzlich uninformierten Konsumenten (vgl. Robert Kert, Lebensmittelstrafrecht im Spannungsfeld des Gemeinschaftsrechts, Berlin/

Wien/Zürich 2004, 189 ff.). Bei der Interpretation der Fernsehsendungen darf aber auch kein besonderer «Scharfsinn» vorausgesetzt werden (vgl. BGE 98 IV 293, 300). Im Ergebnis müssen die Fernsehgewinnspiele also so gestaltet sein, dass einem aufmerksamen und verständigen Zuschauer ohne besonderes Wissen über solche Gewinnspiele zur Kenntnis gelangt, dass er in jeder Phase des Spiels auch ohne Leistung eines Einsatzes mit gleichen Gewinnchancen am Spiel teilnehmen kann.

Dr. iur. Gerhard Fiolka, Freiburg
