

Wenn das Handy einmal klingelt. Zur Strafbarkeit von »Ping-Anrufen«

Von Wiss. Mit. Dr. Joachim Eiden, München*

Der Beschluss des OLG Oldenburg befasst sich mit einer neuen technischen Spielart auf dem Gebiet der Telekommunikation und setzt sich dabei eingehend mit der Betrugsdogmatik auseinander. Zugleich zeigt diese Entscheidung auf, wie sich die Staatsanwaltschaft prozessual gegen die Nichtzulassung ihrer Anklage zur Wehr setzen kann.

A. Sachverhalt¹:

Die Staatsanwaltschaft hatte mit Anklageschrift vom 29. Dezember 2009 gegen drei Angeschuldigte² Anklage zum LG erhoben. Gegenstand der Anklage war der Vorwurf, die drei Angeschuldigten hätten, mit unterschiedlichen Tatbeiträgen, in der Weihnachtszeit des Jahres 2006 durch kurzzeitiges Anwählen mit gleichzeitigem Hinterlassen einer Mehrwertdienstnummer auf dem Display des Angerufenen (=»Anpingen«³) in mindestens 785.000 Fällen einen kostenpflichtigen nutzlosen Rückruf (0,98 € je Anruf) erreicht, um sich dadurch zu bereichern. Anfang Dezember 2006 hatten zwei der drei Angeschuldigten hierfür eine 0137-Nummer angemietet, um dann mittels einer speziellen Software das gleichzeitige »Anpingen« vieler Handynutzer zu erreichen. Um ihre eigentliche Absicht bei Zuteilung der 0137-Nummer zu verschleiern, gaben sie vor, eine telefonische Abstimmung über die zum 1. Januar 2007 geplante Mehrwertsteuererhöhung durchzuführen. Um diesen vermeintlichen Willen nach außen kenntlich zu machen, richteten sie nicht nur eine Internetseite zu dieser Abstimmung ein, sondern die dritte Angeschuldigte platzierte in Kenntnis der geplanten Ping-Aktion ein Hinweisbanner zu dieser Seite auch auf anderen Webseiten.

Kurz vor Weihnachten kam es erstmals zu Ping-Anrufen. Die Angeschuldigten wollten, dass die Anrufer, welche die fremde Nummer auf ihrem Display sehen, diese Nummer zurückrufen und hierfür das erhöhte Entgelt bezahlen. Nach eigenen Angaben wählten die Angeschuldigten hierfür die Zeit um Weihnachten und Neujahr, da sie dann mit einem erhöhten Kommunikationsbedürfnis der Menschen rechneten. Von dem Entgelt der Rückrufe wollten die Angeschuldigten nach Abzug der Kosten des Netzbetreibers und der »Miete« für die Mehrwertdienstnummern den Rest ausbezahlt bekommen. Die Anrufer hätten dagegen keinen entsprechenden Mehrwert erhalten, denn ihr Anruf wurde trotz gegenteiliger Band-Ansage »Ihr Anruf wurde gezahlt« in Wirklichkeit nicht einmal gezahlt.

Mit Beschluss vom 26. Mai 2010 lehnte die zuständige große Strafkammer des LG die Eröffnung der Hauptverhandlung aus tatsächlichen Gründen ab, weil es in den Ping-Anrufen keine Täuschungshandlung und damit keinen »hinreichenden Tatverdacht« für § 263 StGB sah (dazu unter **B.** und **C.**).

Prozessual betrachtet war das Strafverfahren im sog. Eröffnungsverfahren (oder Zwischenverfahren) vorerst stecken geblieben. Gegen diesen ablehnenden Beschluss legte die Staatsanwaltschaft sofortige Beschwerde zum OLG ein und erreichte die Eröffnung der Hauptverhandlung vor der Ausgangsstrafkammer (dazu unter **D.**).

B. Die wesentlichen Entscheidungsgründe des OLG

I. Entscheidungsrahmen »hinreichender Tatverdacht«

Das OLG hatte nicht abschließend zu entscheiden, ob die Angeschuldigten tatsächlich den Tatbestand des § 263 StGB verwirklicht haben, da sich seine Entscheidungskompetenz im Rahmen der Beschwerdeentscheidung nur auf die Frage beschränkte, ob bei vorläufiger Tatbewertung ein »hinreichender Tatverdacht« diesbezüglich gegeben und ob daher die Hauptverhandlung zu eröffnen sei⁴.

Das OLG beschränkt sich daher auf eine summarische Prüfung des Betrugstatbestands, wobei es vor allem die Täuschungshandlung eingehend erörtert, da sich hier die Divergenz zur Rechtsauffassung des LG zeigt. Letztendlich bejahte das OLG nur einen »hinreichenden Tatverdacht« zu einem versuchten Betrug, weil es den Eintritt eines Vermögensschadens für nicht gegeben erachtete. Dessen Erwägungen sind im Folgenden darzulegen und im Anschluss daran zu bewerten.

1. Täuschung über das Kommunikationsanliegen

Tathandlung des § 263 StGB ist die Täuschung über Tatsachen, also über konkrete Vorgänge der Gegenwart oder Vergangenheit, die dem Beweise zugänglich sind⁵. Die Täuschung kann ausdrücklich, konkludent oder durch Unterlassen erfolgen. Konkludentes Täuschen, das hier vorrangig in Betracht kommt, liegt nach der h. M. in einem irreführenden Verhalten, das nach der Verkehrsanschauung als stillschweigende Erklärung zu verstehen ist, der ein gewisser Erklärungswert beizumessen ist⁶.

a) Das LG sah nach der Verkehrsanschauung in den »Ping-Anrufen« keinen Erklärungswert und kam somit zu keinem betrugsrelevanten konkludenten Täuschen über Tatsachen. Es war der Auffassung, ein Anruf an sich (ohne Rufnummernübermittlung) »sei ein bedeutungsloser Vorgang, der keinerlei Information enthalte«, so dass auch keine Erklärung hinsichtlich einer Tatsache abgegeben werde. Zudem setze ein ernsthaftes Kommunikationsverlangen voraus, dass der Anrufer das Telefon mehr als einmal klingeln lasse. Auch unterscheidet sich ein sog. Ping-Anruf vom äußeren Vorgang her nicht vom Anruf eines Teilnehmers, der sich verwählt habe und damit relativ zum Angerufenen kein sinnvolles Kommunikationsanliegen verfolge.

* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Strafrecht und Rechtsphilosophie der Universität München bei Prof. Dr. Petra Wittig.

¹ Der Sachverhalt ist unwesentlich vereinfacht.

² Solange die Eröffnung der Hauptverhandlung nicht beschlossen ist, also während des gesamten Zwischenverfahrens, ist der Beschuldigte Angeschuldigter und noch nicht Angeklagter (§ 157 Alt. 1 StPO).

³ Ellbogen/Erfurth CR 2008, 635 sprechen auch von »Lockanrufen«.

⁴ Vgl. zur prozessualen Seite unter D.

⁵ Fischer, 57. Aufl., 2010, § 263 Rdn. 6; eingehend NK/Kindhäuser, 3. Aufl., 2010, § 263 Rdn. 57 ff.

⁶ BeckOK-StGB/Beukelmann, Edition 14, § 263 Rdn. 13; NK/Kindhäuser 3. Aufl., 2010, § 263 Rdn. 109; Satzger/Schmitt/Widmaier/Satzger 2009, § 263 Rdn. 37 f.

Das LG argumentiert zudem mit der Neuregelung des § 66a TKG: Dass hiernach dem Anrufenden bei Werbung mit einem Telefonanruf untersagt sei, seine Rufnummer zu unterdrücken, bedeute, dass sich die Übermittlung der Telefonnummer in der Möglichkeit der Identifizierung des Anrufers erschöpfe.

b) Dieser Einschätzung ist das OLG entgegengetreten. Nach der Verkehrsanschauung bedeute auch das nur kurzfristige Herstellen einer Verbindung zur Mobilfunknummer des Adressaten eine Täuschung über Tatsachen iSd § 263 StGB. Ein eingehender Anruf stelle – nicht anders als das Läuten an der Wohnungstüre – einen Vorgang dar, der über das damit verbundene Signal hinaus die konkludente Erklärung beinhalte, »jemand wolle inhaltlich kommunizieren«⁷. Die Tatsache sei demnach der nicht vorhandene Kommunikationswunsch, über welchen getäuscht werde. Ein ernsthaftes Kommunikationsverlangen setze auch nicht voraus, dass der Anrufer das Telefon mehr als einmal klingeln lasse, denn für den Angerufenen sei zum einen nicht erkennbar, aus welchem Grund es bei dem einmaligen Anklingeln geblieben sei und zum anderen erfolge die Anzeige der Mehrwertdienstnummer im Display auch dann, wenn der Anruf in Abwesenheit des Adressaten eingegangen sei und dieser überhaupt nicht feststellen könne, wie oft das Telefon geläutet habe⁸. Auch bestehe kein relevanter Unterschied zwischen einem Ping-Anruf und dem Fall, dass sich der Anrufer bloß verwählt hatte, denn aus Sicht des Angerufenen liege beide Male ein ernsthaftes Kommunikationsverlangen zu Grunde⁹. Schließlich überzeuge auch der Hinweis auf die Neuregelung des TKG nicht, denn aus dem Verbot anonymer Telefonwerbung ließe sich nicht ableiten, dass sich die Übermittlung der Telefonnummer in der Möglichkeit der Identifizierung des Anrufers erschöpfe, denn die Neuregelung des TKG verfolge das Ziel, die missbräuchliche Benutzung von Telekommunikationsdiensten durch Unterdrückung der Rufnummer des tatsächlichen (Werbe)Anrufers zu verbieten. Außerdem könne das Bestehen oder Nichtbestehen eines Erklärungsinhaltes nicht vom Willen des Gesetzgebers abhängen¹⁰.

Das OLG setzt sich im Rahmen der Erörterung der Täuschungshandlung auch mit der Frage auseinander, wann eine inhaltlich richtige Erklärung, die geeignet ist, einen Irrtum hervorzurufen, zur betrugsrelevanten Täuschung wird, sog. »Täuschung durch Wahrheit«¹¹. Es stützt sich hierbei auf die Argumentation des BGH im sog. Todesanzeigen-Urteil¹². Der BGH hatte darin ausgeführt, dass dieses Verhalten zu einer tatbestandlichen Täuschung dann werde, »wenn der Täter die Eignung der – inhaltlich richtigen – Erklärung, einen Irrtum hervorzurufen, planmäßig einsetzt und damit unter dem Anschein »äußerlich verkehrsgerechten Verhaltens« gezielt die Schädigung des Adressaten verfolgt¹³. Dabei komme es auf die auf Seiten des Erklärungsadressaten zu erwartende – typisierte – Sorgfaltspflicht an. Eine Täuschung liege deshalb auch vor, wenn der Adressat aufgrund der typischerweise durch die Situation bedingten mangelnden Aufmerksamkeit irren kann und dieses nach dem vom Täter verfolgten Tatplan auch soll¹⁴. Genau diesen Fall sah das OLG hier als einschlägig.

Da das OLG, anders als das LG, eine Täuschungshandlung für gegeben erachtete, musste es im Rahmen der Frage, ob ein »hinreichender Tatverdacht« für § 263 StGB besteht, den Tatbestand weiter prüfen:

2. Irrtum

Irrtum ist jede unrichtige der Wirklichkeit nicht entsprechende Vorstellung über Tatsachen¹⁵.

Der Irrtum ist das spiegelbildliche Gegenstück der Täuschung¹⁶.

Nach Ansicht des OLG Oldenburg sollte der vorgespiegelte Kommunikationswunsch beim Angerufenen zu einem entsprechenden Irrtum führen.

3. Vermögensverfügung

Vermögensverfügung ist jedes Tun oder Unterlassen, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt¹⁷.

Auch zu diesem Tatbestandsmerkmal bejahte das OLG den »hinreichenden Tatverdacht«, denn der von den Anrufern beabsichtigte Rückruf über die 0137-Nummern hätte (ohne Berücksichtigung der Entgelte des eigenen Mobilfunkbetreibers) jedenfalls Kosten in Höhe von 0,98 € verursacht¹⁸.

4. Vermögensschaden

Vermögensschaden ist die objektive Minderung des Gesamtvermögens infolge der Täuschung, also der Unterschied zwischen dem Gesamtwert des Vermögens vor und nach der irrumsbedingten Vermögensverfügung¹⁹.

Nach erfolgtem Rückruf sollte der Anrufer zwar die automatische Ansage »Ihr Rückruf wurde gezählt« zu hören bekommen, das stellt jedoch kein gleichwertiges Äquivalent zum Vermögensabfluss der 0,98 € dar, denn der Anruf wurde tatsächlich gar nicht gezählt.

An dieser Stelle beendet das OLG Oldenburg seine Prüfung des § 263 StGB, denn nach den bisherigen Ermittlungen, und nur auf dieser Grundlage hatte das OLG ja als Beschwerdegericht zu entscheiden, ließ sich seiner Ansicht nach »nicht hinreichend sicher feststellen, wie oft und bei welchen Angerufenen es aufgrund täuschungsbedingter Vermögensverfügung auch zu einem Schaden der Angerufenen gekommen ist.«²⁰ Das hatte seinen Grund darin, dass die Bundesnetzagentur bereits sehr früh die Abschaltung der Nummern angeordnet hatte²¹.

Zwar kam es tatsächlich in einigen dokumentierten Fällen zu

7 OLG Oldenburg, Beschl. v. 20. 8. 2010 – 1 Ws 371/10, II. 2. a); so schon *Ellbogen/Erfurth* CR 2008, 635, die zudem darauf hinweisen, dass darüber hinaus auch über die Telefonnummer des Anrufenden getäuscht werde, die nicht mit der übereinstimme, die auf dem Display angezeigt werde. Nach Seidl ist auch hinsichtlich der Höhe der Kosten des Rückrufes eine Täuschung gegeben, denn der Angerufene rechne nur mit Rückrufkosten in der üblichen Höhe (*Seidl jurisPR-ITR 20/2010 Anm. 3 C.*).

8 OLG Oldenburg, Beschl. v. 20. 8. 2010 – 1 Ws 371/10, II. 2. a).

9 OLG Oldenburg, Beschl. v. 20. 8. 2010 – 1 Ws 371/10, II. 2. a).

10 OLG Oldenburg, Beschl. v. 20. 8. 2010 – 1 Ws 371/10, II. 2. a).

11 Vgl. hierzu *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf/Arzt* Strafrecht BT, 2009, § 20 Rdn. 39.

12 BGHSt 47, 1 = NJW 2001, 2187: Der BGH sah eine (versuchte) Täuschung für gegeben, wenn Angebotsschreiben planmäßig durch Verwendung typischer Rechnungsmerkmale so abfasst sind, dass der Eindruck einer Zahlungspflicht entsteht, dagegen die – kleingedruckten – Hinweise auf den tatsächlichen Angebotscharakter aber völlig in den Hintergrund treten (vgl. hierzu *Baier JA* 2002, 364 ff.). Ähnlich funktionieren sog. Abo-Fallen im Internet: gestaltet sind dort Internetseiten, auf denen vermeintlich unentgeltliche Dienstleistungen in Aussicht gestellt werden, für die aber an mehr oder weniger versteckter Stelle auf die Kostenpflichtigkeit des Angebots, häufig verbunden mit einem Abonnement, hingewiesen wird (vgl. *Eisele* NSTz 2010, 193; OLG Frankfurt NJW 2011, 398).

13 BGH NJW 2001, 2187, 2189.

14 OLG Oldenburg, Beschl. v. 20. 8. 2010 – 1 Ws 371/10, II. 2. b) m. w. N.

15 *Wessels/Hillenkamp* Strafrecht BT 2, 33. Aufl., 2010, Rdn. 508.

16 *Wittig*, Wirtschaftsstrafrecht, 2010, § 14 Rdn. 47.

17 *Fischer*, 57. Aufl., 2010, § 263 Rdn. 70. Zum Vermögensbegriff vgl. *Fischer*, 57. Aufl., 2010, § 263 Rdn. 89.

18 OLG Oldenburg, Beschl. v. 20. 8. 2010 – 1 Ws 371/10, II. 2. c).

19 *Wittig*, Wirtschaftsstrafrecht, 2010, § 14 Rdn. 96 m. w. N.

20 OLG Oldenburg, Beschl. v. 20. 8. 2010 – 1 Ws 371/10, II. 2. d).

21 Im Einzelnen OLG Oldenburg, Beschl. v. 20. 8. 2010 – 1 Ws 371/10, II. 1. mit den jeweiligen Daten.

einer Belastung der Anschlussnehmer. Allerdings kam es auch zu Rückzahlungen durch die Netzbetreiber veranlasst durch Kundenbeschwerden, jedoch ohne die Möglichkeit einer konkreten Zuordnung zu bestimmten Kunden. Da das OLG zugleich ausschloss, dass weitere Ermittlungen zur Aufklärung einer konkreten Zuordnung erfolversprechend wären, weil die Taten bereits vier Jahre zurücklägen, sah es deshalb nur den »hinreichenden Tatverdacht« für einen versuchten Betrug.

5. Vorsatz und Absicht rechtswidriger stoffgleicher Bereicherung

Nach Ansicht des OLG sollte nach der Vorstellung der Angeschuldigten diesen der von den Anrufern zu zahlende Betrag abzüglich der Entgelte der jeweiligen Netzbetreiber zufließen, womit der durch sie erstrebte (rechtswidrige) Vorteil auch unmittelbare Folge der Vermögensverfügung und damit insoweit stoffgleich sei²².

6. Regelbeispiele

Hinsichtlich des Regelbeispiels der Gewebmäßigkeit § 263 III Nr. 1 Alt. 1 StGB erkannte das OLG keinen »hinreichenden Tatverdacht«. Das liege daran, dass die Angeschuldigten nur zu Beginn der »Ping-Aktion« einmal tätig geworden seien, und die Anwahl der zahlreichen Mobilfunkteilnehmer dann selbstständig aufgrund des in Gang gesetzten Verfahrens erfolgt sei²³.

Da es sich nach Ansicht des OLG auch nur um einen Betrugsversuch handelte, kam auch eine Anwendung des Regelbeispiels § 263 III Nr. 2 Alt. 1 StGB nicht in Betracht, denn das Herbeiführen eines Vermögensverlustes großen Ausmaßes könne es beim versuchten Betrug gerade nicht geben. Auch § 263 III Nr. 2 Alt. 2 StGB als Versuch des Regelbeispiels sah das OLG nicht als einschlägig an, da eine fortgesetzte Begehung nicht angenommen werden könne.

Daher eröffnete das OLG die Hauptverhandlung vor dem LG nur als Betrugsversuch bzw. hinsichtlich der dritten Angeschuldigten nur als Beihilfe hierzu²⁴.

C. Bewertung der Ausführungen des OLG

Die Entscheidung des OLG überzeugt hinsichtlich der Ausführungen zur Täuschungshandlung. Weniger überzeugen die Beurteilung des Vermögensschadens und der Regelbeispiele. Ob man von einem Betrugsversuch oder einem vollendeten Betrug ausgeht, ist zwar letzten Endes eine Frage des Sachverhaltes, wie er sich nach durchgeführter Hauptverhandlung darstellt²⁵. Dennoch lässt sich auch nach dem vom OLG zugrunde gelegten Sachverhalt ein vollendeter Betrug in einem besonders schweren Fall annehmen:

I. Objektiver Tatbestand des § 263 StGB

1. Täuschungshandlung und Irrtum

a) Täuschung über das Kommunikationsanliegen

Zu Recht hat das OLG einen »Ping-Anruf« als konkludente Täuschung mit daraus resultierendem Irrtum eingestuft, wenn es davon ausgeht, dass auch ein einmaliges Anklingeln über das damit verbundene Signal hinaus die stillschweigende Erklärung enthalte, jemand wolle (inhaltlich) kommunizieren²⁶. Der Erklärungswert eines Verhaltens und der in ihm enthaltene Erklärungsinhalt sind nach allgemeinen Interpretationsregeln zu ermitteln²⁷; entscheidend ist dabei, welcher Erklärungswert dem Gesamtverhalten des Täters nach der Verkehrsanschauung²⁸

zukommt, also ob andere aufgrund der Kommunikationssituation vom Bestehen eines bestimmten Sachverhalts ausgehen dürfen²⁹. Auszugehen ist dabei von einem durchschnittlichen Handynutzer³⁰. Welchen Erklärungsgehalt aber ein nur einmaliges Anklingeln des Telefons nach der Verkehrsanschauung hat, war die eigentliche Streitfrage zwischen LG und OLG. Sie muss daher genauer betrachtet werden, denn sie bildet den Kern des Problems. Ausgangspunkt zur Ermittlung der Verkehrsanschauung soll der vom OLG in diesem Zusammenhang angeführte Vergleich mit dem Klingeln an einer Wohnungstüre sein³¹, denn das OLG geht hier einen nahe liegenden und überzeugenden Weg, nämlich den Erklärungswert eines neuartigen durch einen Vergleich mit einem bekannten Verhalten zu ermitteln: Dass durch ein einmaliges Klingeln an einer Haustüre nach der Verkehrsanschauung grundsätzlich ein Kommunikationsanliegen signalisiert wird, wird man schwerlich bestreiten können. Freilich kann der Klingelnde in einem Mehrparteienhaus auch nur die Haustüre geöffnet haben wollen, um Werbung einzuwerfen. Allerdings kommt es nicht auf die Sicht des Klingelnden an, sondern darauf, wie sich das Verhalten aus dem Blickwinkel des Empfängers darstellt³², also hier des tatsächlichen Wohnungsinhabers. Zumindest für den gewöhnlichen Verlauf und für den Durchschnittswohnungsinhaber bedeutet Klingeln ein mehr oder weniger ausgeprägtes Kommunikationsanliegen. Auch der Paketdienst wird nicht ohne ein Mindestmaß an Kommunikation auskommen. Die Anzahl des Klingelns an der Türe ist hierfür zweitrangig und mag lediglich dazu führen, dass der Klingelnde als ungeduldig empfunden wird, oder dass sein Anliegen besonders dringend sein muss. Dass ein Telefon, anders als das übliche Wohnungstürgeläut, in regelmäßigen Abständen klingelt und nicht nur einmal und dafür besonders laut, liegt in der technischen Konstruktion des Telefons, und dem Versuch (gerade beim Handy), einen dezenteren Ton immerhin zu ermöglichen, der nicht durch ein einmaliges lautes Geräusch, sondern durch mehrere periodisch nachfolgende Geräusche für andauernde Aufmerksamkeit sorgt. Der wesentliche Unterschied, warum ein einmaliges Klingeln an der Wohnungstüre in der Regel ausreicht, ist aber vor allem der

22 OLG Oldenburg, Beschl. v. 20. 8. 2010 – 1 Ws 371/10, II. 2. c).

23 OLG Oldenburg, Beschl. v. 20. 8. 2010 – 1 Ws 371/10, II. 2. e).

24 Es stuft das Platzieren der Werbebanner auf anderen Webseiten als Gehilfenbeitrag ein.

25 Nach durchgeführter Hauptverhandlung kann sich der Sachverhalt freilich anders darstellen. Gemäß § 261 StPO entscheidet das Tatgericht über das Ergebnis der Beweisaufnahme nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung; und nach § 264 I StPO ist Gegenstand des Urteils zwar die in der Anklage bezeichnete Tat, aber nur in der Gestalt, wie sie sich nach dem Ergebnis der Verhandlung darstellt. Zu beachten ist freilich die Hinweispflicht des Gerichts gemäß § 265 StPO.

26 Was das OLG unter »inhaltlich kommunizieren« versteht, wird nicht deutlich, denn ein nicht inhaltliches Kommunizieren lässt sich schwerlich denken. Kommunizieren heißt per se mit einem anderen in Interaktion treten und Inhalte austauschen, mag dies verbal oder nonverbal geschehen. Eine inhaltlose Kommunikation ist nur scheinbar etwas anderes, denn sie bleibt inhaltliches Kommunizieren, da es für die Frage ob Kommunizieren vorliegt, nicht auf die Qualität des Inhalts ankommt.

27 Schönke/Schröder/Cramer/Perron StGB, 28. Aufl., 2010 § 263 Rdn. 12.

28 Zur zentralen Bedeutung des Kriteriums der »Verkehrsanschauung« beim konkludenten Täuschen vgl. *Kasiske* GA 2009, 360, 363.

29 Schönke/Schröder/Cramer/Perron StGB, 28. Aufl., 2010 § 263 Rdn. 14 m. w. N.

30 In Anlehnung an den »durchschnittlichen Internetnutzer« bei der Beurteilung der Gestaltung von Internetseiten bei sog. Abo-Fallen (vgl. Fn. 12 a. E.).

31 OLG Oldenburg, Beschl. v. 20. 8. 2010 – 1 Ws 371/10, II. 2. a).

32 *Wessels/Hillenkamp* BT 2, 33. Aufl., 2010, § 13 Rdn. 498.

Tatsache geschuldet, dass der an der Wohnungstüre Klingelnde physisch draußen steht und daher nicht sofort wieder weggehen wird. Im Gegensatz dazu gleicht das sich periodische wiederholende Klingeln des Telefons diese fehlende physische Präsenz vor der Türe durch eine akustische Präsenz aus, damit der Angerufene weiß, der Anrufer »klopft« immer noch an und begehrt quasi Einlass aus der Verbindungsleitung in das Endgerät. Das Ganze wird noch plastischer, wenn man den »Ping-Anruf« mit dem sog. Klingelstreich an der Wohnungstüre vergleicht, wenn also der Klingelnde läutet und sich dann versteckt. Auch hier wird die Türe geöffnet werden, sofern jemand zu Hause ist, denn der Wohnungsinhaber wird das Klingeln an der Türe nur so interpretieren können, jemand wolle mit ihm in irgendeiner Form kommunizieren. Zeigt sich dann aber keiner vor der Wohnungstüre, so wird er sich wundern, vielleicht einen Blick ins Treppenhaus werfen oder auf die Straße blicken. Jedenfalls bleibt er ratlos zurück, sein gewecktes Kommunikationsbedürfnis wurde ersichtlich nicht befriedigt, und er hat »nur« nutzlos Zeit aufgewendet, die Türe zu öffnen. Entsprechendes passiert auch beim einmaligen »Anpingen«, das man insoweit auch als »virtuellen Klingelstreich mit beabsichtigter Kostenfolge« bezeichnen könnte. Dabei spielt es keine Rolle, ob der Angerufene hört, dass es nur einmal geklingelt hat, oder gar nichts hört, weil das Telefon stumm geschaltet war, oder er später nur auf seinem Display sieht, dass ein Anruf erfolgt ist³³. Denn selbst wenn es nur einmal klingelt, so ist das heutzutage trotz gut ausgebauter Handynetze nichts Ungewöhnliches und gleich Verdächtiges, denn der Angerufene mag gerade im Zug gewesen sein und ist in ein Funkloch geraten, so dass die Verbindung nach dem ersten Klingeln abgerissen ist. Dasselbe gilt für den Anrufer. Dass ein einmaliges Anklingeln einen selbständigen Erklärungswert hat, zeigt sich zudem daran, dass man diesen sogar aktiv ändern kann. So ist es durchaus üblich, dass Menschen sich folgendermaßen verabreden: »Wenn Du da bist, lass das Telefon einmal klingeln, ich komme dann runter!«³⁴ Das setzt aber eine vorherige Interaktion von Anrufer und Angerufenem voraus und eine entsprechende Signalvereinbarung. Liegt eine solche, wie hier, nicht vor, so bleibt es bei der üblichen Bedeutung, dass ein Anruf, egal wie häufig es klingelt, ein Kommunikationsverlangen des Anrufers signalisiert. Ein Telefon ist in erster Linie unbestreitbar ein Kommunikationsmittel, und setzt man es durch Anwählen in Gang, so zeigt dies, dass man es, sofern nicht vorher anders vereinbart, in seiner Funktion als Kommunikationsmittel nutzen will³⁵.

b) Täuschung durch Unterlassen

Bejaht man zutreffend mit dem OLG eine konkludente Täuschung, weil die Ping-Anrufe aktives Verhalten sind, so ist für eine Täuschung durch Unterlassen kein Raum, sie wäre auch nicht zu begründen³⁶. Der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit liegt auf einem aktiven Tun: dem einmaligen »Anpingen« mit dem ihm zuerkannten Erklärungsgehalt. Da aber auch konkludentes Täuschen aktives Täuschen ist³⁷, ist dieses demjenigen durch Unterlassen vorrangig³⁸. Sollte man konkludentes Täuschen ablehnen, so liegt auch kein Betrug durch Unterlassen vor: Ein Betrug durch Unterlassen würde nach § 13 StGB eine Rechtspflicht zum Tätigwerden voraussetzen³⁹. Eine solche kann sich auch aus einem außerstrafrechtlichen Gesetz ergeben, was jedoch im Einzelfall festzustellen ist⁴⁰. Ob sich allerdings aus § 66 a TKG eine solche Garantienstellung ergibt, ist höchst zweifelhaft⁴¹.

Nach der Neuregelung des § 66 a TKG besteht die gesetzliche Pflicht, auf Kosten des Mehrwertdienstes hinzuweisen⁴². Damit

enthält § 66 a TKG durchaus eine entsprechende Mitteilungspflicht. Das hilft aber nicht wirklich weiter, denn diese Zusatzinformationen können gar nicht per »Anpingen« übertragen werden, sondern eben nur die Nummer als solche. Auch wenn man eine automatische Bandansage aus § 66 a TKG fordern würde, die dem Anrufer offenbarte, dass sein jetziger Anruf ihn 0,98 € koste, käme diese zu spät. Fraglich ist aber in jedem Fall, ob § 66 a TKG eine vermögensbezogene Informationspflicht statuiert. Denn eine Aufklärungspflicht besteht nicht alleine deshalb, weil die jeweilige Norm ausdrücklich zur Aufklärung oder Mitteilung gegenüber dem Getäuschten verpflichtet⁴³. Zudem muss ein besonderes Vertrauensverhältnis vorliegen, denn nur ein solches rechtfertigt es, dem Täter das Aufklärungsrisiko im Einzelfall aufzubürden⁴⁴. Gerade das besondere Vertrauensverhältnis, wie es etwa bei der Inanspruchnahme staatlicher Leistungen gesehen wird, wird man in der hier vorliegenden Konstellation nicht überzeugend bejahen können.

c) Opfermitverantwortung als Einschränkung des Strafrechtsschutzes?

Auch die Frage nach der Mitverantwortung des Opfers (sog. Viktimodogmatik) führt zu keiner anderen Einschätzung. Hinter diesem Prinzip steht der Gedanke, dass keinen Strafrechtsschutz braucht, wer sich selbst leicht schützen kann, indem er seinen Zweifeln nachgeht⁴⁵. Vor allem im Betrugstatbestand wird die Frage diskutiert, ob eine Mitverantwortung des Opfers für das Geschehen das Unrecht beeinflussen kann⁴⁶. Die Frage ist im vorliegenden Fall aber nicht, ob der viktimodogmatische

33 Nach Ansicht von Erb passe der Vergleich mit der Wohnungstüre nur für ein aktuell ertönendes Anrufsignal. Dagegen sei das Hinterlassen einer Nummer in der Anzeige des angerufenen Mobiltelefons unter der Rubrik »entgangene Anrufe« schon im Hinblick darauf, dass sie automatisch erfolge und für jedermann ersichtlich keinerlei Rückschlüsse auf den Willen des Anrufers erlaube, schwerlich als gezielte Mitteilung eines Gedankeninhaltes zu interpretieren. Der hiervon ausgehende Reiz sei nicht kommunikativ, sondern suggestiv (im Einzelnen Erb ZIS 2011, 368, 369 ff.). Dem kann man allerdings entgegenhalten, dass dem Hinterlassen der Nummer auf dem Display im Falle der Wohnungstüre etwa ein Zettel entspricht, den der nur einmal Klingelnde dort angeheftet hat mit der Aufschrift »Sie können mich unter folgender Telefonnummer erreichen: 0137...«. Das Hinterlassen deszettels hindert wohl nicht das Vorhandensein eines vormaligen Kommunikationswunsches, wenn der Zettel erst viele Stunden später gefunden und entsprechend interpretiert wird. Darauf, dass im Falle des Anrufes der virtuelle Zettel automatisch erfolgte, kann es nicht ankommen.

34 Auch in zahlreichen Kriminalfilmen wird das einmalige Klingelnlassen des Telefons als Warnhinweis verabredet.

35 Es soll auch Handy-Nutzer geben, die, um Kosten zu sparen, ihre Mailbox-Funktion, also ihren Anrufbeantworter deaktivieren. Solchen Nutzern dient dann die Anzeige des entgangenen Anrufes auf dem Display gleichsam als kostenfreier Anrufbeantwortersatz.

36 Zimmermann FD-StrafR 2010, 308037 geht dagegen von einer Täuschung durch Unterlassen aus, ohne den Vorrang des konkludenten Täuschens zu problematisieren.

37 Schönke/Schröder/Cramer/Perron StGB, 28. Aufl., 2010 § 263 Rdn. 14/15.

38 Satzger/Schmitt/Widmaier/Satzger, 2009, § 263 Rdn. 37.

39 Schönke/Schröder/Cramer/Perron StGB, 28. Aufl., 2010 § 263 Rdn. 19.

40 Schönke/Schröder/Cramer/Perron StGB, 28. Aufl., 2010 § 263 Rdn. 21.

41 So aber ohne weitere Begründung Zimmermann, FD-StrafR 2010, 308037.

42 Zimmermann, FD-StrafR 2010, 308037.

43 Satzger/Schmitt/Widmaier/Satzger, 2009, § 263 Rdn. 51.

44 Satzger/Schmitt/Widmaier/Satzger, 2009, § 263 Rdn. 51; vgl. auch Schönke/Schröder/Cramer/Perron StGB, 28. Aufl., 2010 § 263 Rdn. 21.

45 Vgl. Roxin AT I, 4. Aufl., 2006 § 14 Rdn. 16 m. w. N. Zur Entwicklung und Funktion der Viktimodogmatik eingehend Schönemann/Schönemann, Strafrechtssystem und Betrug 2002, 51, 61 ff.

46 Entweder durch Ausschluss des Tatbestandes oder der Rechtswidrigkeit (Roxin AT I, 4. Aufl., 2006 § 14 Rdn. 15 f. m. w. N.); Eingehend zur Frage der Opfer-

Ansatz generell abzulehnen ist⁴⁷, etwa mit dem Argument Leichtgläubigkeit oder Erkennbarkeit der Täuschung bei hinreichend sorgfältiger Prüfung schlössen die Schutzbedürftigkeit des potentiellen Opfers und damit gegebenenfalls eine Täuschung nicht aus⁴⁸. Eine generelle Ablehnung dieses Ansatzes ist gar nicht notwendig, man umginge dadurch nur das eigentliche Problem, welches lautet: Waren die Opfer der Ping-Anrufe bei ihrem Rückruf leichtgläubig und war ihnen die Täuschung bei sorgfältiger Prüfung erkennbar, oder anders ausgedrückt: haben die Geschädigten zumutbare Selbstschutzmaßnahmen unterlassen⁴⁹? Ist all dies nicht der Fall, so steht, die Geltung dieses Ansatzes unterstellt, fest, dass er hier inhaltlich nicht zum Zuge kommt, weil eine Mitverantwortung des Opfers nicht in ausreichendem Maße gegeben ist. Genau das ist hier der Fall, denn es war den Opfern in der Situation nicht erkennbar und sie waren auch nicht leichtgläubig: Das liegt daran, dass Mehrwertdienstnummern ihrem Wesen nach Telefonnummern sind, die einspurig sind, d. h. man kann sie nur anrufen, kann aber nie von ihnen angerufen werden. Das ist allgemein bekannt. Man braucht, auch als umsichtiges Opfer, nicht zu erwarten, dass man von einer Mehrwertdienstnummer, die nur dazu dient, angerufen zu werden, angerufen wird. Sähe man dies anders, dann würde man vom Angerufenen verlangen, erkennen zu müssen, dass hier eine Telefonnummer pervertiert wurde, um eine kostenpflichtige einspurige Nummer auf das Display zu bringen, was dem Wesen dieser Nummer gegenläufig wäre. Daran anschließend müsste man zudem die Erkenntnis des angerufenen Opfers voraussetzen, eine solche Umkehr könne nur durch eine technische Manipulation gelaufen sein, also müsse es sich bei der Nummer um eine Falle handeln. Eine Nummer, selbst bei der man sicher weiß, dass sie eine kostenpflichtige ist, wenn man sie anwählt, kann auf dem Display oder im Ordner »verpasste Anrufe« nicht das Wissen vermitteln, bei einem bloßen Rückruf würden Kosten anfallen. Der Angerufene müsste in der Situation nicht nur erkennen, dass er angerufen wurde und dass sich die Nummer auf seinem Display befindet, sondern zugleich auch, dass es sich um eine kostenpflichtige Nummer handelt und dass diese ihrer Natur zuwiderlaufend, nicht als passive Nummer, sondern als aktive Nummer verwendet wurde. Diese Zweckentfremdung müsste ihm bewusst werden und er müsste hieraus seine Zweifel bilden und den Rückruf unterlassen. Das ist auch aus viktimodogmatischer Sicht sicher zu viel verlangt, denn gefordert wird eine Opfermitverantwortung, nicht aber eine Opferalleinvertantwortung. Man könnte sogar die offensichtliche Erkennbarkeit der Kostenpflichtigkeit bestreiten. Jedenfalls eine 0137-Nummer ist einer üblichen Vorwahl noch zu ähnlich, so dass sie nicht zwingend als »unschwer erkennbar« kostenpflichtig einzustufen ist⁵⁰: so existiert etwa eine Handy-Vorwahl 0173, und die Stadt Chemnitz besitzt beispielsweise die Vorwahl 0371⁵¹. Wenn der »Ping-Anrufer« zusätzlich noch die Länderkennung vor der Mehrwertdienstnummer anzeigen lässt, also +49137xxxx, dann wird die mangelnde Erkennbarkeit besonders deutlich⁵².

2. Vermögensverfügung und Vermögensschaden

Während das OLG noch zutreffend eine Vermögensverfügung bejaht, stellt es zwar fest, dass diesem Vermögensabfluss durch die dadurch bewirkte automatische Ansage »Ihr Anruf wurde gezählt« kein gleichwertiges Äquivalent gegenüberstand, lehnt dann aber den Vermögensschaden mit dem Hinweis auf die nicht mögliche eindeutige Zuordnung tatsächlich stattgefundener Rückrufe ab⁵³.

Mit der Frage, ob eine schadensgleiche Vermögensgefähr-

dung vorliegt und damit doch ein vollendeter Betrug anzunehmen ist, setzt sich das OLG dabei aber nicht auseinander. Eine schadensgleiche Vermögensgefährdung ist gegeben, wenn die Wahrscheinlichkeit des endgültigen Verlustes eines Vermögensbestandteils zum Zeitpunkt der täuschungsbedingten Verfügung so groß ist, dass dies schon jetzt eine objektive Minderung des Gesamtvermögens zur Folge hat⁵⁴. Faktisch wird, sobald der »Angepingte« zurückruft, seine Telefonrechnung unmittelbar belastet, wenn der Betrag auch grundsätzlich erst mit der nächsten Telefonrechnung abgezogen wird. Man sollte richtigerweise daher »schon mit dem täuschungsbedingten Rückruf des Opfers eine schadensgleiche Vermögensgefährdung [annehmen], weil der Rückruf bei normalem Gang der Dinge automatisch dazu führen wird, dass dem Opfer eine Gebühr in Rechnung gestellt wird, deren Abwehr im Dreiecksverhältnis zwischen Mobilfunknutzer, Telekommunikationsunternehmen und Täter mit Unsicherheiten und Aufwand verbunden ist; allerspätestens entstünde der Schaden in dem Moment, in dem die überhöhte Rechnung bezahlt wird«⁵⁵. Angesichts neuerer Entscheidungen des BGH zur schadensgleichen Vermögensgefährdung – erst zur Untreue⁵⁶, dann auch zum Betrug⁵⁷ – bleibt allerdings abzuwarten, ob sich der BGH von diesem umstrittenen Institut verabschieden wird oder ob seine Hinwendung zum »Verlustrisiko«⁵⁸ als Schaden nur eine semantische Verschiebung ist; noch ist jedenfalls keine einheitliche Linie erkennbar⁵⁹. Unabhängig von dieser Frage lassen sich im Rahmen der »Ping-Anrufe« auch Konstellationen denken, bei denen ein erfolgter Rückruf unweigerlich einen endgültigen Vermögensschaden darstellt: So wird bei den weit verbreiteten Handys mit Prepaid-Karten der Betrag sofort und unwiederbringlich von der Karte getilgt. Hier kann von einer bloßen Gefährdung oder einem bloßen Verlustrisiko nicht gesprochen werden. Angesichts dessen fragt sich, ob eine Differenzierung »offensichtlicher Schaden« (bei Prepaid-Karten)

mitverantwortung beim Betrug auch MünchKomm-StGB/Hefendehl, 2006, Bd. 4, § 263 Rdn. 22 ff. m. w. N.

47 So auch Erb, der seine dezidierten Ausführungen zur Opfermitverantwortung in diesen Fällen auf die Frage kanalisiert, ob man mit einem entsprechenden Ansatz so weit gehen dürfe, dem Geschädigten bei Leichtgläubigkeit und Nachlässigkeit in geschäftlichen Angelegenheiten über eine evtl. Relevanz bei der Strafzumessung hinaus den Schutz des Betrugstatbestandes vollständig zu entziehen und dies mit starken Argumenten ablehnt (Erb ZIS 2011, 368, 372).

48 So aber Seidl jurisPR-ITR 20/2010 Anm. 3 C. mit Hinweis pauschal auf die h. L. und auf BGH, Urt. v. 22. 10. 1986 – 3 StR 226/86 und BGH, Urt. v. 5. 12. 2002 – 3 StR 161/02.

49 Jahn JuS 2010, 1119.

50 So aber Jahn JuS 2010, 1119.

51 Auch Luckenwalde mit der Vorwahl 03371 oder Iserlohn mit der Vorwahl 02371 sind nicht weit von der Zahlenkombination 0137 entfernt.

52 Im Falle einer ungeschönt angezeigten 0900-Nummer wird man dies dagegen auch anders sehen können, da sie von üblichen Vorwahlen deutlich unterschieden ist.

53 Dabei ist nicht eindeutig, ob der Senat die als maßgeblich erachtete »Belastung der Anschlussnehmer« in der Rechnungsstellung durch den Mobilfunkbetreiber oder in der tatsächlichen Zahlung erblickt (so Erb ZIS 2011, 368, 370).

54 Fischer, 57. Aufl., 2010, § 263 Rdn. 159.

55 So Erb ZIS 2011, 368, 370.

56 BGHSt 52, 323 = NJW 2009, 89.

57 BGHSt 53, 199 = NJW 2009, 2390.

58 Vgl. den zweiten Leitsatz zu BGHSt 53, 199: »Der mit der Vermögensverfügung unmittelbar eingetretene Vermögensschaden ist durch das Verlustrisiko zum Zeitpunkt der Vermögensverfügung bestimmt.«

59 Zum Streit zwischen 1. Senat und 2. Senat des BGH über das Institut der schadensgleichen Vermögensgefährdung vgl. bspw. Schlösser NSTZ 2009, 663; Ransiek/Reichling ZIS 2009, 315; siehe auch die Nachweise bei Schönke/Schröder/Cramer/Perron StGB, 28. Aufl., 2010 § 263 Rdn. 143.

oder »nur möglicher Schaden« (bei Vertragshandys mit monatlicher Handyrechnung) allein von der Wahl des Kostenabrechnungssystem abhängen soll. Allerdings lässt sich auch bei Rückrufen mittels Vertragshandys ein endgültiger Schaden nach den vom 1. Strafsenat aufgestellten Grundsätzen bejahen, wonach »der mit einer Vermögensverfügung unmittelbar eingetretene Vermögensschaden durch das Verlustrisiko zum Zeitpunkt der Vermögensverfügung bestimmt sei«⁶⁰. Ausgangspunkt für die Bestimmung des Verlustrisikos ist hierbei die Wertung des § 45 i TKG: hiernach besteht eine grundsätzliche Vermutung zulasten des Anschlussinhabers; die Nutzung des Netzzugangs fällt in den Gefahren- und Risikobereich des Endnutzers, so dass von dieser gesetzlichen Risikoverteilung per Vermutung erst einmal der Täter profitiert. Das Verlustrisiko des Verbindungsentgelts beim Rückruf trifft damit unmittelbar den Anschlussinhaber.

Wie das OLG ausgeführt hatte, erfolgten die Rückzahlungen durch die Netzbetreiber aufgrund nachträglicher Beschwerden. Auch das spricht aber für einen vollendeten Betrug, denn einen Schaden können nachträgliche, gerade als Folge der Täuschung, entstandene Rückforderungsansprüche nicht mehr rückgängig machen; sie bleiben bei der Schadensberechnung unberücksichtigt⁶¹.

II. Subjektiver Tatbestand des § 263 StGB: Vorsatz und Absicht stoffgleicher Bereicherung

Das OLG nimmt Vorsatz und Bereicherungsabsicht im Rahmen seiner Versuchsprüfung zutreffend an. Gleichzeitig bejaht es ohne Weiteres auch das ungeschriebene Merkmal der Stoffgleichheit, denn nach der Vorstellung der Angeschuldigten sollte diesen der von den Anrufern zu zahlende Betrag abzgl. der Entgelte der jeweiligen Netzbetreiber zufließen, der erstrebte Vorteil sei somit unmittelbare Folge der Vermögensverfügung und damit stoffgleich.

Die Frage der Stoffgleichheit ist aber so leicht nicht zu beantworten, denn Stoffgleichheit setzt voraus, dass Vermögensvorteil und Vermögensnachteil einander entsprechen; dieselbe Vermögensverfügung des Getäuschten, die den Bereicherungserfolg bewirken soll, muss den Schaden unmittelbar herbeiführen⁶². Dabei muss die Stoffgleichheit zwischen Vermögensnachteil und angestrebtem Vermögensvorteil objektiv bestehen⁶³. Das wäre hier aber nur dann der Fall, wenn der an die Täter weiterzuleitende Anteil zu keinem Zeitpunkt als eigener Vermögensbestandteil des Telekommunikationsunternehmens, sondern nur als durchlaufender Posten betrachtet werden würde.

Mag man dies auch in Zweifel ziehen⁶⁴, so bestehen jedenfalls keine Zweifel, dass eine dennoch eingetretene vorübergehende Vermögensmehrung beim Telekommunikationsunternehmen für den Täter ein notwendiges Zwischenziel war und damit auch eine Drittbereicherungsabsicht in Bezug auf den Telefonanbieter angenommen werden kann⁶⁵.

III. Objektive Rechtswidrigkeit der erstrebten Bereicherung und entsprechender Vorsatz

Der erstrebte Vermögensvorteil war auch rechtswidrig, denn die Angeschuldigten hatten keinen fälligen und eindefreien Anspruch auf das anteilige Verbindungsentgelt, was sie auch wussten.

IV. Regelbeispiele

Massenhafte Ping-Anrufe wie in der vorliegenden Konstellation stellen auch einen besonders schweren Fall des Betruges dar⁶⁶: Zwar liegt pro Anruf nur ein Schaden von 0,98 € vor, dennoch ist § 263 IV StGB (Antragserfordernis) nicht einschlägig, da die gesamte softwaregesteuerte Ping-Aktion sich als eine »natürliche Handlungseinheit« darstellt; damit kann nicht auf den Einzelanruf abgestellt werden⁶⁷, sondern es sind die einzelnen Werte zusammenzurechnen⁶⁸.

1. § 263 III Nr. 1 StGB

a) »Gewerbsmäßig« (Alt. 1) setzt ein Handeln in der Absicht voraus, sich durch wiederholte Tatbegehung eine fortlaufende Einnahmequelle von einiger Dauer und einigem Umfang zu verschaffen; dann ist bereits die erste Tat als gewerbsmäßig anzusehen⁶⁹.

Angesichts der Vorgehensweise, massenhaft mittels Software Anrufe zu tätigen, um möglichst viele Rückrufe im Zeitraum von Weihnachten bis Neujahr zu erreichen, ist dies unzweifelhaft. Die Ansicht des OLG, dass Gewerbsmäßigkeit ausscheidet, weil die Angeschuldigten nur zu Beginn der Ping-Aktion einmalig tätig geworden seien, da die Anwahl der zahlreichen Mobilfunkteilnehmer dann selbstständig erfolgt sei, überzeugt nicht. Ob die Angeklagten gewerbsmäßig gehandelt haben, beurteilt sich vielmehr nach ihren ursprünglichen Planungen sowie ihrem tatsächlichen, strafrechtlich relevanten Verhalten über den gesamten ihnen jeweils anzulastenden Tatzeitraum⁷⁰.

Es kommt auf die Absicht des Täters an und nicht auf die Funktionsweise der tatsächlichen Ausführung, wie hier durch eine einmal in Gang gesetzte Anwahlsoftware. Ist es die Absicht des Täters massenhaft »Ping-Anrufe« zu generieren, dann löst bereits die erste Tat das Regelbeispiel aus, selbst dann, wenn es entgegen der ursprünglichen Intention des Täters zu weiteren Taten nicht kommen würde⁷¹. Denn schon hierin zeigt sich das gesteigerte Unrecht der gewerbsmäßigen Tatbegehung. Gewerbsmäßigkeit setzt auch nicht voraus, dass sich die Gewinnerwartung realisiert⁷².

b) »Bandenmäßige Begehung« (Alt. 2) erfordert den Zusammenschluss von drei oder mehr Personen, sowie eine Bandenabrede und eine Bandenmitgliedschaft. Besteht eine Bandenverbindung, so unterfällt bereits die erste Tat dem Regelbeispiel⁷³. Erforderlich ist nicht, dass alle Mitglieder »Mit-

60 Vgl. Fn. 58.

61 Wittig Wirtschaftsstrafrecht, 2010, § 14 Rdn. 103.

62 Vgl. Rengier BT I, 12. Aufl., 2010, § 13 Rdn. 106 a.

63 Satzger/Schmitt/Widmaier/Satzger, 2009, § 263 Rdn. 228.

64 So zu Recht Erb ZIS 2011, 368, 370. Vgl. auch Brand/Reschke NSTZ 2011, 379, 380 ff.

65 Erb ZIS 2011, 368, 370; vgl. insoweit zur Parallelproblematik bei Fernsehgewinnspielen Eiden ZIS 2009, 59, 66 m. w. N.).

66 Vgl. im Einzelnen Ellbogen/Erforth CR 2008, 635, 636 f.

67 Vgl. Ellbogen/Erforth CR 2008, 635, 636 m. w. N.

68 Fischer, 57. Aufl., 2010, § 243 Rdn. 25.

69 Satzger/Schmitt/Widmaier/Satzger, 2009, § 263 Rdn. 297.

70 BGH NSTZ 2006, 106, 107. A.A NK/Kindhäuser, 3. Aufl., 2010 § 263 Rdn. 391, nach dessen Auffassung das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit eindeutig objektive Züge trägt und nicht im Sinne eines rein subjektiven Planungszusammenhangs interpretiert werden kann.

71 Satzger/Schmitt/Widmaier, 2009, § 263 Rdn. 297 m. w. N.

72 BGH NSTZ 1995, 85.

73 Satzger/Schmitt/Widmaier/Satzger, 2009, § 263 Rdn. 298.

täter« sind, es reicht vielmehr aus, wenn ein Bandenmitglied nur Gehilfe ist⁷⁴.

Hier hatte das OLG zwei der Angeschuldigten als Täter und eine Angeschuldigte als Gehilfin qualifiziert. Auch die Bandenabrede lässt sich erkennen, nämlich der Wille sich mit mindestens zwei anderen Personen zur fortgesetzten Begehung von Betrug zusammenzutun.

2. § 263 III Nr. 2 StGB

a) »Vermögensverlust großen Ausmaßes« (Alt. 1): Geht man zutreffend von vollendetem Betrug aus, dann stellt sich die vom OLG aufgeworfene Hürde nicht, wonach beim Versuch die Herbeiführung eines Vermögensverlustes größeren Ausmaßes ausgeschlossen ist⁷⁵. Ein Vermögensverlust größeren Ausmaßes ist gegeben, wenn die Schadenshöhe außergewöhnlich hoch ist, was objektiv und nicht aus der Sicht des Opfers zu bestimmen ist; die Regelgrenze wird bei 50.000 € gesehen⁷⁶. Ob diese Schadenshöhe erreicht wird, ist Sachverhaltsfrage, angesichts von 785.000 Fällen zu je 0,98 € aber nicht von vornherein ausgeschlossen. Das OLG sah den erstrebten Vermögensvorteil hier im fünfstelligen Eurobereich⁷⁷.

b) »Absicht durch fortgesetzte Begehung von Betrug eine große Zahl von Menschen in die Gefahr eines Verlustes von Vermögenswerten zu bringen« (Alt. 2): Nimmt man vollendeten Betrug an, so ist auch dieses Regelbeispiel erfüllt, wobei entgegen dem Wortlaut nicht Absicht, sondern direkter Vorsatz in der Form des sicheren Wissens ausreichend ist⁷⁸.

Wann eine große Zahl vorliegt, ist aus der Vorschrift nicht erkennbar, es soll aber bereits als beträchtlich angesehen werden, wenn wenigstens zehn Personen betroffen sind⁷⁹.

V. Qualifikation § 263 V StGB

§ 263 V StGB qualifiziert die Tat zu einem Verbrechen, wenn kumulativ gewerbsmäßige und bandenmäßige Begehung vorliegt⁸⁰.

Beides wäre hier zu bejahen, denn es liegt sowohl Gewerbsmäßigkeit vor als auch Bandenmäßigkeit⁸¹. Zu beachten ist zudem, dass die Geringfügigkeit des durch die Tat verursachten Schadens nur bei § 263 III StGB eine Rolle spielt, nicht aber bei § 263 V StGB⁸², was sich bereits aus der Gesetzssystematik ergibt. Nach § 12 III StGB bliebe aber auch ein minderschwerer Fall ein Verbrechen.

D. Das Zwischenverfahren

Die prozessrechtliche Seite der Entscheidung des OLG zeigt die Funktion des Zwischenverfahrens im Strafprozess. Da in der Praxis über 99% der Anklagen zur Hauptverhandlung zugelassen werden⁸³, ist eine Nichtzulassung durchaus etwas Besonderes.

Zweck des Zwischenverfahrens ist es sicherzustellen, dass das Gericht nicht unmittelbar durch die Anklage der Staatsanwaltschaft in die Hauptverhandlung gezwungen wird⁸⁴: Es muss selbst vorab prüfen, ob der von der Staatsanwaltschaft in der Anklageschrift⁸⁵ behauptete »hinreichende Tatverdacht« auch aus seiner Sicht gegeben ist. Dies folgt unmittelbar aus den §§ 199 I, 203 StPO, den Einstiegsnormen, um im Rahmen des »hinreichenden Tatverdachts« das materielle Recht zu prüfen. Ein »hinreichender Tatverdacht« besteht, wenn bei vorläufiger Tatbewertung eine spätere Verurteilung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist⁸⁶. Grundlage hierfür sind nicht nur die Anklageschrift, sondern auch die

vorangegangenen Ermittlungen, sowie eigene Ermittlungen des Gerichtes (§ 202 S. 1 StPO). Zudem hat der Angeschuldigte in diesem Verfahrensstadium das Recht, Beweisanträge zu stellen (§ 201 StPO)⁸⁷.

Kommt das Gericht bei seiner vorläufigen Tatbewertung zu dem Ergebnis, dass kein »hinreichender Tatverdacht« besteht, so hat es nach den §§ 199 I, 204 I StPO aus tatsächlichen Gründen die Eröffnung der Hauptverhandlung abzulehnen⁸⁸. § 204 I StPO kennt neben der Ablehnung aus tatsächlichen Gründen auch eine solche aus Rechtsgründen: Das ist etwa der Fall bei funktionellen Mängeln der Anklageschrift, Verfahrenshindernissen oder, wenn der Sachverhalt keinen Straf tatbestand erfüllt⁸⁹. Nach § 204 I StPO muss der ablehnende Beschluss möglichst genau deutlich machen, ob er auf tatsächlichen oder auf Rechtsgründen beruht. Das liegt an der Wirkung der Ablehnungsentscheidung, denn nach § 211 StPO entfaltet diese eine sog. beschränkte Sperrwirkung für eine neue Strafverfolgung⁹⁰.

I. Nichteröffnungsbeschluss des LG

Das LG lehnte die Eröffnung der Hauptverhandlung aus tatsächlichen Gründen ab⁹¹: Es sah keinen »hinreichenden Tatverdacht« gegeben, erkannte also bei seiner vorläufigen Tatbewertung eine spätere Verurteilung als unwahrscheinlich. Es stützte sich dabei auf einen vorläufige Subsumtion des »Anpingens« unter § 263 StGB und sah hierin keine Täuschungshandlung gegeben⁹².

II. Sofortige Beschwerde der Staatsanwaltschaft

Mit der sofortigen Beschwerde (§ 210 II i. V. m. § 311 StPO) kann die Staatsanwaltschaft die ablehnende Entscheidung angefechten⁹³. Die Beschwerde ist eine sofortige, weil sie gemäß

74 Satzger/Schmitt/Widmaier/Kudlich, 2009, § 244 Rdn. 33.

75 Zu dieser Konstellation BGH NJW-RR 2009, 206; dazu Fischer, 57. Aufl., 2010, § 263 Rdn. 217 m. w. N.; dort auch zur Frage, ob ein Gefährdungsschaden die Regelwirkung auslösen kann, was von der Rspr. abgelehnt wird, und der sich hieran anschließenden Folgefrage nach der Kompatibilität der Rechtsprechung des 1. Strafsenats zur Gleichsetzung von Gefährdungs- und Endscha den hiermit.

76 Fischer, 57. Aufl., 2010, § 263 Rdn. 215 mit krit. Anm.

77 OLG Oldenburg, Beschl. v. 20. 8. 2010 – 1 Ws 371/10, II. 2. c).

78 Schönke/Schröder/Cramer/Perron StGB, 28. Aufl., 2010 § 263 Rdn. 188 d.

79 NK/Kindhäuser, 3. Aufl., 2010, § 263 Rdn. 396.

80 Schönke/Schröder/Cramer/Perron StGB, 28. Aufl., 2010 § 263 Rdn. 189 a.

81 Vgl. unter IV. 1.

82 Fischer, 57. Aufl., 2010, § 263 Rdn. 229.

83 Volk, Strafprozessrecht 7. Aufl., 2010, § 16 Rdn. 3.

84 Das macht auch § 199 II StPO deutlich, wonach die Anklageschrift nur den Antrag enthält, das Hauptverfahren zu eröffnen.

85 Zum notwendigen Inhalt der Anklageschrift vgl. § 200 I StPO.

86 Roxin/Schünemann Strafverfahrensrecht, 26. Aufl., 2009, § 42, Rdn. 8.

87 In diesem Stadium des Verfahrens sollten Beweisanträge und Beweiserhebungen nur das Ziel haben, den hinreichenden Tatverdacht zu erschüttern (Volk, Strafprozessrecht 7. Aufl., 2010, § 16 Rdn. 6).

88 Meyer-Goßner StPO 53. Aufl., 2010, § 204 Rdn. 3.

89 Meyer-Goßner StPO 53. Aufl., 2010, § 204 Rdn. 2 m. w. N.

90 Volk, Strafprozessrecht 7. Aufl., 2010, § 16 Rdn. 21; »eingeschränkte Rechtskraft« vgl. Roxin/Schünemann Strafverfahrensrecht, 26. Aufl., 2009, § 42 Rdn. 19.

91 Nach Seidl hätte das LG aus rechtlichen Gründen einstellen müssen (Seidl jurisPR-ITR 20/2010 Anm. 3, C.).

92 Vgl. oben unter B. I. 1. a).

93 Roxin/Schünemann Strafverfahrensrecht, 26. Aufl., 2009, § 42 Rdn. 17. Für den Nebenkläger gilt dies gleichermaßen (vgl. § 400 II 1 StPO).

§ 311 II StPO fristgebunden ist (eine Woche) und ein grundsätzliches Abhilfeverbot besteht (§ 311 III 1 StPO)⁹⁴. Anzubringen ist die Beschwerde bei dem Gericht, das die ablehnende Entscheidung erlassen hat (sog. *iudex a quo*), § 306 I StPO⁹⁵. Aufgrund des Abhilfeverbotes gemäß § 311 III 1 StPO legt es diese dem Beschwerdegericht vor⁹⁶.

III. Zulassung der Anklage und Eröffnung der Hauptverhandlung durch das OLG

Zuständiges Beschwerdegericht war hier das OLG gemäß § 121 I Nr. 2 GVG, da eine Entscheidung des LG mit der sofortigen Beschwerde angefochten wurde⁹⁷.

Das OLG Oldenburg hat der Beschwerde gemäß § 210 III StPO stattgegeben und die Hauptverhandlung mit Änderungen⁹⁸ vor der Ausgangsstrafkammer eröffnet. Eine Eröffnung vor einer anderen Kammer gemäß § 210 III 1 StPO sah das OLG nicht veranlasst. Der Senat hatte keine Zweifel daran, dass sich die Ausgangskammer die Auffassung des Beschwerdegerichtes voll zu eigen machen werde⁹⁹.

V. Fazit

Die Entscheidung des OLG ist teilweise zutreffend. Sie zeigt, dass der Begriff der Täuschungshandlung in § 263 I StGB sich

nicht auf bekannte und eindeutige Verhaltensweisen beschränkt, sondern offen ist auch für trickreiches Ausnützen neuer technischer Möglichkeiten. Die Entscheidung verdeutlicht aber auch, dass die sog. Verkehrsanschauung hinsichtlich neuer Phänomene häufig nur durch einen Vergleich mit Bekanntem zu ermitteln ist, so etwa durch das Gegenüberstellen von telekommunikativem »Anpingen« und dem greifbaren Klingeln an der Wohnungstüre.

Die Frage, wann bei »Ping-Anrufen« ein Vermögensschaden vorliegt, bleibt nach den Ausführungen des OLG dagegen unklar. Ob Regelbeispiele und Qualifikationen des § 263 StGB verwirklicht sind, hängt mitunter wesentlich davon ab, ob man im konkreten Fall einen versuchten oder einen vollendeten Betrug annimmt.

⁹⁴ Meyer-Goßner StPO 53. Aufl., 2010, § 311 Rdn. 1.

⁹⁵ Für die Begründung dieses Rechtsmittels gelten dieselben Grundsätze wie bei § 306 StPO (Meyer-Goßner StPO 53. Aufl., 2010, § 311 Rdn. 4; § 306 Rdn. 5.

⁹⁶ Meyer-Goßner StPO 53. Aufl., 2010, § 311 Rdn. 7.

⁹⁷ Meyer-Goßner GVG 53. Aufl., 2010, § 121 Rdn. 3.

⁹⁸ Vgl. § 207 II StPO.

⁹⁹ OLG Oldenburg, Beschl. v. 20. 8. 2010 – 1 Ws 371/10, IV. Zum eingeschränkten Wahlrecht nach § 210 III StPO vgl. Meyer-Goßner StPO 53. Aufl., 2010, § 210 Rdn. 10.