

Entscheidungsanmerkung

Strafbarkeit wegen Betrugs durch sog. Ping-Anrufe

Das Tätigen eines sog. Ping-Anrufs, d.h. das kurzzeitige Anwählen eines Mobiltelefons, bei dem in der Anrufliste eine Mehrwertdienstnummer hinterlassen wird, stellt eine konkludente Täuschung dar, da auf diese Weise nach der objektiv zu bestimmenden Verkehrsanschauung zum einen die Erklärung übermittelt wird, der Anrufer habe mit dem Angerufenen kommunizieren wollen, und zum anderen die Möglichkeit vorgespiegelt wird, einen Rückruf zu dem mit dem jeweiligen Netzbetreiber vereinbarten Tarif ohne darüber hinausgehend Kosten durchführen zu können. (Leitsatz des Verf.)

StGB § 263 Abs. 1

BGH, Urt. v. 27.3.2014 – 3 StR 342/13 (LG Osnabrück)¹

I. Ausgangspunkt der Entscheidung

1. Sachverhalt

T entwickelte gemeinsam mit O und R Ende 2006 die Idee, computergestützt eine Vielzahl von Mobiltelefonnummern anzurufen und es dabei nur einmal klingeln zu lassen. Zudem sollte in der Anrufliste der Telefone nicht die Rufnummer des Festnetzanschlusses, von dem der Anruf kam, sondern mittels einer speziellen Computerfunktion die Rufnummer eines kostenpflichtigen Mehrwertdienstes hinterlassen werden. Durch diese sog. Ping-Anrufe sollten die Inhaber der angerufenen Mobiltelefonanschlüsse zu einem Rückruf bei diesen Mehrwertdienstnummern veranlasst werden, der indes nur zur Ansage eines für die Anrufer nutzlosen Textes führt („Ihre Stimme wurde gezählt.“). Das Ganze war für die Weihnachtszeit geplant, weil dem Angeklagten T aufgrund seiner langjährigen Erfahrung im Telekommunikationsgeschäft bekannt war, dass Besitzer von Mobiltelefonen zu dieser Zeit mit Weihnachts- und/oder Neujahrsgrüßen von Verwandten oder Bekannten rechneten und deshalb ihre Rückrufbereitschaft erhöht ist. Die Erlöse aus den so generierten Telefongebühren für den Mehrwertdienst in Höhe von 98 Cent pro Anruf sollten nach Abzug des dem Vermieter der Mehrwertdienstnummern zustehenden Anteils unter den tatbeteiligten Personen aufgeteilt werden.

Nach dem von T entwickelten Tatplan kam O neben der technischen Umsetzung auch die Beschaffung der Mehrwertdienstnummern zu. O wandte sich hierzu wiederum an R, die in Kenntnis der geplanten Ping-Anrufe den Kontakt zu einem ihr bekannten Vermieter solcher Nummern herstellte. O und T entschieden sich daraufhin für Mehrwertdienstnummern

¹ Die Entscheidung ist online abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=7ad7832319e8d0a283217252014054c2&nr=67867&pos=0&anz=1> sowie abgedruckt in NJW 2014, 2054; dazu *Cornelius*, NJW 2014, 2056; *Jäger*, JA 2014, 630; *Kunkel*, jurisPR-StrafR 16/2014 Anm. 2.

mit der Vorwahl „0137“, weil sie aufgrund der Ähnlichkeit mit einer Vorwahl des Mobilfunknetzbetreibers Vodafone/D2 („0173“) erwarteten, dass zahlreiche Anrufer diese nicht als Mehrwertdienstnummer erkennen würden. Zudem stellen sie die Länderkennung für Deutschland voran, um diese erhoffte Fehlvorstellung zu verstärken. Zur Tatzeit waren solche Ping-Anrufe nach einem Verhaltenskodex, den sich die deutschen Telekommunikationsdienstleister selbst gegeben hatten, und der auch Bestandteil der von T und O abgeschlossenen Verträge zur Anmietung der Mehrwertdienstnummern war, unzulässig. Da die Tatbeteiligten befürchteten, die Nummern könnten infolge von Beschwerden von Angerufenen abgeschaltet werden, beschlossen sie, ihr Vorgehen als Abstimmung über eine geplante Erhöhung des Umsatzsteuersatzes zu tarnen. Sie ließen daher eine Internetseite einrichten, auf der – täglich wechselnd – die von ihnen für die Ping-Anrufe verwendeten Mehrwertdienstnummern angegeben wurden.

Nach der Freischaltung von 20 angemieteten Mehrwertdienstnummern wurden über die von O kontrollierten Computerserver vom 22. bis 28.12.2006 unter Zuhilfenahme einer Datenbank, in der mehr als 10 Millionen Mobilfunknummern gespeichert waren, eine nicht mehr feststellbare Anzahl dieser Nummern angerufen. Etwa 785.000 Inhaber angerufener Mobilfunkanschlüsse riefen zurück, wobei es wegen einer Leitungsüberlastung nur in 660.000 Fällen zu einer ausreichenden Verbindung kam, durch die der kostenpflichtige Mehrwertdienst ausgelöst wurde. Etwa 60.000 Anrufer nutzten für den Rückruf nicht ihr Mobilfunkgerät, sondern einen Festnetzanschluss. Ab dem 26.12.2006 wurden die Mehrwertdienstnummern infolge massenhafter Beschwerden gesperrt. Die Bundesnetzagentur verhängte ein Rechnungslegungs- und Inkassoverbot, so dass keine Geldbeträge an T und O ausgekehrt wurden. Gleichwohl vereinnahmten die Mobilfunknetzbetreiber die Gebühren im Wege des Forderungseinzugs von ihren Kunden und erstatteten sie nur in den wenigen Fällen zurück, in denen es zu konkreten Beschwerden kam.

2. Verfahrensgeschichte

Ursprünglich hatte die zuständige Strafkammer des LG Osnabrück mit Beschluss vom 26.5.2010 die Anklage der Staatsanwaltschaft vom 29.12.2009 nicht zur Hauptverhandlung zugelassen und die Eröffnung des Hauptverfahrens abgelehnt, da sie die Voraussetzungen des Betrugstatbestands als nicht erfüllt ansah. Auf die sofortige Beschwerde (vgl. §§ 210 Abs. 2, 311 StPO) der StA wurde sodann durch das OLG Oldenburg das Hauptverfahren vor der Osnabrücker Strafkammer eröffnet.² In diesem Verfahren verurteilte das LG Osnabrück T und O mit Urteil vom 6.3.2013 erstinstanzlich wegen Betruges zu Freiheitsstrafen von jeweils einem Jahr und drei Monaten und setzte deren Vollstreckung zur Bewährung aus. Gegen R wurde wegen Beihilfe zum Betrug eine Geldstrafe von 100 Tagessätzen zu je 15 Euro verhängt. Gegen dieses Urteil hatten sowohl die Angeklagten als auch die Staatsanwaltschaft Revision eingelegt. Während sich die Revision der Angeklagten auf die Rüge der Verletzung materiel-

² OLG Oldenburg wistra 2010, 453; vgl. hierzu auch *Eiden*, Jura 2011, 863 (869 f.).

len Rechts stützte, war die Revision der Staatsanwaltschaft auf den Rechtsfolgenausspruch beschränkt und beanstandete als sachlich rechtlichen Mangel des angefochtenen Urteils, dass die Strafkammer des LG Osnabrück nicht von einem besonders schweren Fall des Betruges bzw. der Beihilfe dazu ausgegangen ist. Beide Revisionen wurden vom 3. *Strafsenat* des Bundesgerichtshofs mit dem vorliegend zu besprechenden Urteil vom 27.3.2014 verworfen. Insofern ist das erstinstanzliche Urteil rechtskräftig.

II. Die Lösung des 3. *Strafsenats*

Der 3. *Strafsenat* des BGH hat sich im Rahmen der Prüfung des Betrugstatbestands (§ 263 Abs. 1 StGB) zunächst ausführlich mit dem Tatbestandsmerkmal der *Täuschung* befasst. In dem eingehenden Anruf, bei dem die Rufnummer hinterlassen wird, sieht er in Übereinstimmung mit der in Rechtsprechung³ und Schrifttum⁴ überwiegenden Auffassung eine konkludente Täuschung. Mit einem solchen Ping-Anruf werde nach der objektiv zu bestimmenden Verkehrsanschauung zugleich die (unwahre) Erklärung übermittelt, der Anrufer habe mit dem Angerufenen kommunizieren wollen.⁵ Dem diesbezüglich in Teilen des Schrifttums⁶ erhobenen Einwand, ein Anruf in Abwesenheit werde automatisch in der Anrufliste gespeichert und lasse als rein technischer Vorgang keinen Rückschluss auf den Willen des Anrufers zu, erteilt der *Senat* damit eine deutliche Absage. Ein Telefon stelle ein Kommunikationsmittel dar, so dass die damit vorgenommene Anwahl eines anderen Telefons – wenn zwischen den Teilnehmern nichts anderes vereinbart ist – von dem durchschnittlichen Nutzer eines Mobiltelefons als Angerufenem zu Recht so verstanden werden darf, dass auch der Anrufer sein Telefon als Kommunikationsmittel nutzen wollte. Dass manche Personen Mobiltelefone auch zu anderen – in aller Regel missbräuchlichen – Zwecken anrufen (z.B. bei Klingelstreichen, Telefonterror oder Ping-Anrufen), stelle diese nach der allgemeinen Verkehrsanschauung in dem Anruf enthaltene Botschaft nicht grundsätzlich in Frage.⁷

Eine weitere den Tatbestand des § 263 Abs. 1 StGB erfüllende *Täuschung* liege zudem in der den Angerufenen kon-

kludent vorgespiegelten Möglichkeit, einen Rückruf bei der in ihrem Mobiltelefon hinterlassenen Nummer zu dem jeweils mit ihrem Netzbetreiber vereinbarten Tarif ohne darüber hinausgehende Kosten durchführen zu können.⁸ Dabei sei die rein technische Herkunft der Anrufe, also die Tatsache, dass diese in Wahrheit nicht von der Mehrwertdienstnummer, sondern von Festnetzanschlüssen erfolgten, an denen O Telefon-Server betrieb, für die Angerufenen ohne Bedeutung. Zur Begründung verweist der 3. *Strafsenat* darauf, dass das Hinterlassen einer Mehrwertdienstnummer im Rufnummernspeicher ohnehin rechtlich unzulässig ist.⁹ Für die Tatzeit ergibt sich dies immerhin aus der Selbstverpflichtung der deutschen Telekommunikationsunternehmen, die auch Bestandteil der Verträge zur Anmietung der Mehrwertdienstnummern geworden war. Nach heutiger Rechtslage ist die Unzulässigkeit explizit in § 66k Telekommunikationsgesetz (TKG) geregelt und folgt somit unmittelbar aus dem Gesetz.

Nach Ansicht des *Senats* haben sich die Angerufenen, die bei der hinterlassenen Rufnummer zurückriefen, auch in einem *Irrtum* über den tatsächlich nicht bestehenden Kommunikationswunsch sowie – jedenfalls in Form eines sachgedanklichen Mitbewusstseins – über die Kostenpflichtigkeit des von ihnen getätigten Rückrufs befunden.¹⁰ Dass dieser Irrtum vermeidbar gewesen sein mag, was insbesondere in den etwa 60.000 Fällen, in denen die Angerufenen die Mehrwertdienstnummer zuvor von ihrem Mobiltelefon auf ihr Festnetztelefon übertragen hatten, nicht fernliegend erscheint, stehe der Verwirklichung dieses Tatbestandsmerkmals nicht entgegen.

Schließlich fehle es im Rahmen des subjektiven Betrugstatbestandes auch nicht am Vorliegen der *Absicht stoffgleicher Bereicherung*. Zwar wird das Merkmal der Stoffgleichheit im Schrifttum verneint, wenn die Abrechnung im sog. Online-Billing-Verfahren erfolgt.¹¹ Hierbei werden die Mehrwertdienstforderungen von den Mobilfunkanbietern der Angerufenen regelmäßig vorab erworben, so dass diese den Teilnehmern gegenüber als Forderungsinhaber auftreten.¹² In diesen Fällen stamme der von den Tätern erstrebte Vorteil dann gerade nicht aus dem Vermögen der Angerufenen, sondern aus demjenigen der Mobilfunkanbieter.¹³ Das Online-Billing-Verfahren war jedoch im vorliegenden Fall gerade nicht als Abrechnungsmethode zum Einsatz gekommen. Vielmehr zogen die Mobilfunkanbieter die durch die Ping-Anrufe generierten Forderungen lediglich ein und waren verpflichtet, die Erlöse an ihren Vertragspartner – nach Abzuge des eigenen Anteils – auszusahlen.¹⁴ Somit entstammte der von T und O angestrebte Vorteil dem Vermögen der Angerufenen.

³ OLG Oldenburg wistra 2010, 453 (454); LG Hildesheim MMR 2005, 130 (131).

⁴ Tiedemann, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2012, § 263 Rn. 11; Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 61. Aufl. 2014, § 263 Rn. 28c; Zieschang, in: Park (Hrsg.), Kapitalmarktstrafrecht, 3. Aufl. 2013, § 263 Rn. 36 mit Fn. 40; Ellbogen/Erfurth, CR 2008, 635; Eiden, Jura 2011, 863 (865 f.); Kölbl, JuS 2013, 193 (195); Jäger, JA 2014, 630 (631).

⁵ BGH NJW 2014, 3054 (3055).

⁶ Vgl. Hefendehl, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 263 Rn. 119; Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 4. Aufl. 2013, § 263 Rn. 109 mit Fn. 201; Erb, ZIS 2011, 368 (369); Ladiges, JuS 2012, 50 (54 f.); Becker, JuS 2014, 307 (311 f.).

⁷ BGH NJW 2014, 2054 (2055).

⁸ BGH NJW 2014, 2054 (2055).

⁹ BGH NJW 2014, 2054 (2055).

¹⁰ BGH NJW 2014, 2054 (2055 f.).

¹¹ Tiedemann (Fn. 4), § 263 Rn. 258; Hefendehl (Fn. 6), § 263 Rn. 791; Brand/Reschke, NStZ 2011, 379 (380 ff.); a.A. Kölbl, JuS 2013, 193 (198).

¹² Vgl. BGH NJW 2014, 2054 (2056).

¹³ Brand/Reschke, NStZ 2011, 379 (382).

¹⁴ BGH NJW 2014, 2054 (2056).

III. Bewertung

Die Entscheidung des 3. Strafsenats und damit eine Bestrafung der Angeklagten wegen Betruges bzw. Beihilfe zum Betrug verdient im Ergebnis Zustimmung, verlangt jedoch mit Blick auf die Tatbestandsmerkmale der Täuschung und des Irrtums nach einer Präzisierung.

1. Täuschung

Dies betrifft zunächst das Tatbestandsmerkmal der Täuschung. Unter einer *Täuschung* ist jede intellektuelle Einwirkung auf das Vorstellungsbild eines anderen mit dem Ziel der Irreführung über Tatsachen zu verstehen.¹⁵ Wer täuscht, wirkt also bewusst auf das Vorstellungsbild des Opfers ein, so dass sich dieses objektive Tatbestandsmerkmal nach vorzugswürdiger Ansicht im Regelfall nicht ohne Rückgriff auf die (subjektive) Tätervorstellung bestimmen lässt.¹⁶ Eine solche Täuschung kann sowohl durch aktives Tun als auch durch Unterlassen verwirklicht werden, wobei innerhalb des aktiven Tuns wiederum zwischen einer ausdrücklichen Erklärung und konkludentem Verhalten zu unterscheiden ist. Im vorliegenden Fall schied die Annahme einer Täuschung durch ausdrückliche Erklärung jedoch von vornherein aus, da T und O nicht mit den angerufenen Anschlussinhabern in direkten Kontakt traten, sondern die per Computer generierten Anrufe bereits nach einmaligem Klingeln gezielt abbrechen, so dass das Zustandekommen von Gesprächen gerade vermieden wurde. Im Zusammenhang mit Ping-Anrufen kommt somit nur die Annahme einer *konkludenten Täuschung* in Betracht. Dazu muss die Verkehrsauffassung dem Verhalten des Täters einen bestimmten Erklärungswert in Bezug auf eine Tatsache beimessen, wobei ein objektiver Maßstab anzulegen ist.¹⁷ Der 3. Strafsenat hat Anrufen, bei denen in der Anrufliste eines Mobiltelefons die Rufnummer des (vermeintlichen) Anrufers hinterlassen wird, insofern einen doppelten Erklärungswert zugewiesen: *zum einen* werde auf diese Weise konkludent erklärt, der Anrufer habe mit dem Angerufenen kommunizieren wollen, und *zum anderen* werde vorgespiegelt, dass im Falle eines Rückrufs keine ungewöhnlichen Telefonkosten anfallen. Eine solche *doppelfunktionale Auslegung* des Täterverhaltens besitzt zwar auf den ersten Blick durchaus Überzeugungskraft, stellt aber bei näherer Betrachtung nur eine plausible Hypothese dar, die es mit Leben zu füllen gilt.

¹⁵ BGHSt 47, 1 (3); Tiedemann (Fn. 3), § 263 Rn. 21; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 36. Aufl. 2013, Rn. 490; Eisele, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 2. Aufl. 2012, Rn. 521; Zöller, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 2007, S. 58.

¹⁶ BGHSt 47, 1 (3); Eisele (Fn. 15), Rn. 521; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 16. Aufl. 2014, § 13 Rn. 9; Wessels/Hillenkamp (Fn. 15), Rn. 492; Schneider, StV 2004, 535 (538 f.); a.A. Kindhäuser (Fn. 6), § 263 Rn. 58; Fischer (Fn. 4), § 263 Rn. 14; Gaede, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller (Hrsg.), AnwaltKommentar Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2014, § 263 Rn. 11; Krey/Hellmann/Heinrich, Strafrecht Besonderer Teil, Bd. 2, 16. Aufl. 2012, Rn. 496; Pawlik, StV 2003, 297 ff.

¹⁷ BGHSt 47, 1 (3 f.); BGH NJW 2014, 2054 (2055).

Zu diesem Zweck erscheint zunächst ein Blick auf die gesellschaftlichen Rahmenbedingungen technikgestützter Kommunikation im Zeitalter des Mobilfunks hilfreich. Dieser zeigt, dass in Deutschland aktuell rund 63 Millionen Mobilfunkbesitzer registriert sind.¹⁸ 90 Prozent aller über 14-Jährigen besitzen ein Handy. Das ist einerseits Ausdruck eines gesamtgesellschaftlichen Gefühls, im Informationszeitalter jederzeit erreichbar sein zu müssen. Andererseits bringen Mobiltelefone aber auch einen Gewinn an Lebensqualität. Nicht nur für Senioren über 65 Jahren, von denen immerhin rund zwei Drittel ein solches Gerät besitzen, kann das Handy, das Flexibilität und Sicherheit bietet, im Alltag eine wichtige Hilfe sein. Der anhaltende Trend hin zur Verwendung von Smartphones zeigt vielmehr, dass Mobiltelefone mittlerweile in erheblichem Maße auch der Freizeitplanung und -gestaltung dienen. Sie stellen die telefonische Erreichbarkeit des Einzelnen in allen Lebenslagen sicher. Daneben ist die weit überwiegende Zahl der Mobilfunknutzer nach wie vor auch Inhaber von Festnetzanschlüssen. Die meisten Telekommunikationsunternehmen bieten sogar gemeinsame Leistungspakete mit Mobilfunk- und Festnetzanschlüssen sowie teilweise auch weiteren Leistungen (z.B. Internetzugang oder TV- und Videoinhalte) als Pauschalpakete zum monatlichen Festpreis an. Der Schlüssel zur Lösung der Problematik bei den Ping-Anrufen liegt also in der Beantwortung der Frage, wann anstelle des Festnetzanschlusses des Anzurufenden auf dessen Mobilfunkgerät zurückgegriffen wird. Insoweit gilt regelmäßig: Wer einen anderen auf dessen Mobilfunkgerät kontaktiert, bringt damit nach der Verkehrsanschauung zum Ausdruck, dass das erstrebte Gespräch – jedenfalls aus der subjektiven Sicht des Anrufers – dringlich ist. Man möchte seinen Kommunikationspartner sofort erreichen und nicht darauf warten, dass er sich irgendwann einmal (wieder) in räumlicher Nähe zu seinem Festnetzanschluss in seinem Zuhause oder Büro befindet. Das wissen auch die angerufenen Mobilfunkeinsteiger. Wer also auf seinem Handydisplay erkennt, dass ein anderer Teilnehmer möglicherweise vergeblich versucht hat, ihn auf dem Mobiltelefon zu erreichen, geht nahezu automatisch davon aus, dass ein an ihn herangetragenener Kommunikationswunsch dringend bzw. wichtig ist. Dies gilt nicht nur, aber in besonderem Maße für Berufstätige (z.B. Rechtsanwälte, Kaufleute oder Versicherungsmitarbeiter), die mit einer Vielzahl von Personen in Kontakt kommen, die ihnen, beispielsweise als potenzielle Kunden, Mandanten, Lieferanten etc., vor einem Gespräch häufig nicht persönlich bekannt sind.

Die sozialpsychologische Forschung¹⁹ zeigt, dass Menschen generell danach streben, einen Zustand von Unsicher-

¹⁸ Siehe dazu die Erhebung des Branchenverbands BITKOM vom August 2013; die diesbezügliche Pressemitteilung ist abrufbar: http://www.bitkom.org/de/presse/78284_77178.aspx.

¹⁹ Allgemein zum Streben nach Kontrolle und Strategien zum Umgang mit Stresserleben bei Kontrollverlust etwa Bierhoff, Sozialpsychologie – Ein Lehrbuch, 6. Aufl. 2006, S. 201 ff.; Fritsche u.a., in: Bierhoff/Frey (Hrsg.), Sozialpsychologie – Individuum und soziale Welt, 2011, S. 86; Lazarus, Psychological stress and coping, 1966; Lazarus/Folkman, Stress, appraisal and coping, 1984.

heit und Ungewissheit zu vermeiden. Unsicherheit wird in aller Regel als aversiv wahrgenommen und löst Bestrebungen aus, die auf die Wiedergewinnung von kognitiver oder emotionaler Sicherheit gerichtet sind.²⁰ Ein erfolgreicher Umgang mit den Anforderungen und Herausforderungen des täglichen Lebens setzt stets ein gewisses Maß an Überschaubarkeit, Vorhersehbarkeit und Stabilität der Umwelt voraus. Um in dieser Umgebung sinnvoll agieren zu können, muss man wissen, mit welcher Situation man es zu tun hat, was als Nächstes zu erwarten ist, was man tun könnte und mit welchen Konsequenzen dieser Handlungen zu rechnen ist. Fehlt diese Form von Kohärenz und Ordnung, fühlen wir uns als Menschen den Ereignissen um uns herum hilflos ausgeliefert.²¹ Typische Folgen sind Depression, Lerndefizite, Motivationsverlust und Resignation. Verkürzt lässt sich somit sagen: Unsicherheit führt psychologisch betrachtet zu Unzufriedenheit.

Bezogen auf den vorliegenden Kontext bedeutet dies, dass man schlicht wissen möchte, wer und aus welchen Gründen (vergeblich) versucht hat, per Telefon Kontakt aufzunehmen, um einen als negativ empfundenen Zustand von Kontrollverlust zu vermeiden. Es sind also solche typischen menschlichen Mechanismen, die auch die Urheber von Ping-Anrufen in den Dienst ihres Vorhabens stellen. Die Täter gehen ganz selbstverständlich davon aus, dass jedenfalls ein erheblicher Anteil der von ihnen Angerufenen bestrebt sein wird, Anlass und Urheber dieser Anrufe zu eruieren, um für sich Gewissheit und damit ein Gefühl der Zufriedenheit oder Beruhigung zu erlangen. Insofern ist es zwar richtig, dass mit dem Hinterlassen einer Rufnummer bei einem Anruf nach der Verkehrsanschauung ein Kommunikationswunsch übermittelt wird. Die damit erfolgende, intellektuelle Einwirkung auf das Vorstellungsbild des Angerufenen bezieht sich aber vor allem auf die Dringlichkeit und Bedeutung dieses (bislang nicht zustande gekommenen Gesprächs) für das Leben des Angerufenen. Diesbezüglich wird das Opfer durch die Täter bewusst in die Irre geführt. Insofern lässt sich die von Teilen des Schrifttums²² vertretene Ansicht, der Erklärungswert eines Ping-Anrufs erschöpfe sich schlicht darin, dass ein Anruf mit Rufnummernübermittlung eingegangen sei, kaum mit den Erkenntnissen der Sozialpsychologie in Einklang bringen. Aber auch die vom 3. Strafsenat befürwortete Täuschung über die Möglichkeit eines Rückrufs ohne besondere Mehrkosten²³ tritt dann bedeutungstechnisch in den Hintergrund.²⁴ Wem es um die Befriedigung seiner Neugier hinsichtlich der Frage geht, wer und warum angerufen hat, für den dürften monetäre Aspekte im Zeitalter bezahlbarer Mobilfunktelefonie nur eine untergeordnete Rolle spielen. Richtigerweise ist im Zusammenhang mit Ping-Anrufen die konkludente Täuschungshandlung in der *bewussten und wahrheitswidrigen Vorspieg-*

lung eines (zumindest aus Sicht des Anrufers) *dringenden und bedeutsamen Kommunikationswunsches* zu sehen.

2. Irrtum

Vor diesem Hintergrund bedarf auch die im Ergebnis zutreffende Annahme eines Irrtums der angerufenen Personen einer entsprechenden Präzisierung. Schließlich gilt als Irrtum die Fehlvorstellung gerade über diejenigen Tatsachen, die Gegenstand der Täuschung waren.²⁵ Der Irrtum spiegelt mithin auf der Seite des Opfers die erfolgreiche Täuschung durch den Täter wider. Im vorliegenden Fall befanden sich die Angerufenen, die bei der hinterlassenen Mehrwertdienstnummer zurückriefen, im Irrtum über das Vorliegen eines in Wahrheit nicht bestehenden, dringenden und bedeutsamen Kommunikationswunsches. Dabei geht der 3. Strafsenat des BGH zu Recht davon aus, dass eine mögliche Vermeidbarkeit des Irrtums der Verwirklichung des Tatbestandsmerkmals nicht entgegensteht. In der Tat könnte man argumentieren, die Angerufenen hätten den „Zahlendreher“ bei der hinterlassenen Vorwahl („0137“ statt „0173“) und damit den möglichen Rückruf auf einen kostenpflichtigen Mehrwertdienst erkennen können. Schließlich hatten die Angeklagten die objektiv einem Mehrwertdienst zugeordnete Vorwahl – mag sie zur Tatzeit im allgemeinen Rechtsverkehr auch wenig geläufig gewesen sein – gerade nicht durch Manipulation verschleiert, indem etwa eine andere Vorwahl in der Anrufliste der kontaktierten Mobilfunkgeräte angezeigt wurde. Der Einsatz einer inhaltlich richtigen Erklärung, die geeignet ist, einen Irrtum hervorzurufen, wird aber immer dann zur Täuschung, wenn dieses Verhalten planmäßig erfolgt und damit unter dem Anschein äußerlich verkehrsgerechten Verhaltens gezielt die Schädigung des Adressaten verfolgt wird.²⁶ Für die Annahme einer Täuschung kommt es auf die auf Seiten des Erklärungsempfängers zu erwartende Sorgfaltspflicht an. Sie ist insbesondere dann zu bejahen, wenn die Adressaten auf Grund der typischerweise durch die Situation bedingten mangelnden Aufmerksamkeit irren und dies von den Tätern gerade beabsichtigt ist.²⁷ Vorliegend haben die Tatbeteiligten exakt eine solche Situation geschaffen, indem sie der Vorwahl „0137“ die Länderkennung für Deutschland voranstellten, als Tatzeitraum die Weihnachtszeit wählten und ihr Vorgehen unter Einrichtung einer eigenen Internetadresse als Abstimmung über die Erhöhung des Umsatzsteuersatzes tarnten. Entscheidend für die Bestimmung des Irrtums ist stets die tatsächliche Vorstellung des Opfers. Insofern ist es irrelevant, ob ein solcher Irrtum auf dessen Leichtgläubigkeit beruht oder das Opfer die Behauptungen des Täters in zumutbarer Weise

²⁰ Lantermann u.a., Selbstsorge in unsicheren Zeiten, 2009, S. 33.

²¹ Lantermann u.a. (Fn. 20), S. 33.

²² Vgl. dazu die Nachw. in Fn. 6.

²³ BGH NJW 2014, 2054 (2055); ebenso Hefendehl (Fn. 6), § 263 Rn. 119; Kölbel, JuS 2013, 193 (196).

²⁴ So i.E. auch Cornelius, NJW 2014, 2056 (2057).

²⁵ Tiedemann (Fn. 4), § 263 Rn. 77; Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 263 Rn. 35; Gaede (Fn. 16), § 263 Rn. 51; Satzger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2014, § 263 Rn. 70; Eisele (Fn. 15), Rn. 541; Zöller (Fn. 15), S. 62.

²⁶ OLG Oldenburg wistra 2010, 453 (454).

²⁷ Vgl. BGHSt 47, 1 f.; BGH NStZ-RR 2004, 110; OLG Oldenburg wistra 2010, 453 (455).

hätte überprüfen können.²⁸ Ohnehin durften sich die angerufenen Personen, wenngleich es nur den wenigsten unter ihnen bewusst gewesen sein dürfte, rechtlich in Sicherheit wiegen, da das Hinterlassen einer Mehrwertdienstnummer im Rufnummernspeicher – zur Tatzeit durch eine Selbstverpflichtung der Telekommunikationsunternehmen und heute durch § 66k TKG – rechtlich unzulässig ist. Sie konnten daher darauf vertrauen, dass so etwas nicht vorkommt.

Ob im Rahmen der Irrtumsprüfung des § 263 StGB unter dem Einfluss europäischer Vorgaben, speziell der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken v. 11.5.2005²⁹, in unionsrechtskonformer Auslegung von einem aufgeklärteren Verbraucherleitbild auszugehen ist,³⁰ kann im hier zu besprechenden Fall dahinstehen. Schließlich handelt es sich bei den Angerufenen nicht um „Verbraucher“ i.S.v. Art. 2 lit. a der Richtlinie,³¹ da diese bereits einen Mobilfunkvertrag mit ihrem Anbieter besaßen und durch die Ping-Anrufer lediglich durch technische Manipulationen zu einem Rückruf innerhalb ihres Netzes veranlasst werden sollten. Es ging somit auch nicht um die Absatzförderung, den Verkauf oder die Lieferung eines „Produktes“ an sie, da T und O weder Waren noch Dienstleistungen zur Verfügung stellten, sondern lediglich eine Ansage mit nutzlosem Text („Ihre Stimme wurde gezählt.“) geschaltet hatten.

3. Vermögensverfügung und Schaden

Unter einer *Vermögensverfügung* ist jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen zu verstehen, das sich beim Getäuschten oder einer dritten Person unmittelbar vermögensmindernd auswirkt.³² Durch den Anruf bei einer Mehrwertdienstnummer entstehen für den Anrufer unmittelbar Verbindlichkeiten.³³ Zum einen kommt durch die Entgegennahme des Anrufs ein Inhaltevertrag mit dem Betreiber des Mehrwertdienstes zustande. Zum anderen entstehen dadurch zugleich Ansprüche auf Verbindungsentgelte des Netzbetreibers, da Entgelte für Mehrwertdienste in den Mobilfunkverträgen regelmäßig nicht durch Flatrates oder Minutenpauschalen oder Datenvolumenpakete erfasst und somit im Voraus abgegolten sind. Infolge-

²⁸ Vgl. BGHSt 34, 199 (201); BGH NJW 2003, 1198 (1199); BGH NJW 2004, 3569 (3577); BGH NSTZ-RR 2004, 110; Tiedemann (Fn. 4), § 263 Rn. 93; Kindhäuser (Fn. 6), § 263 Rn. 182; Perron (Fn. 25), § 263 Rn. 32a.

²⁹ ABl. EU 2005 Nr. L 149 v. 11.6.2005, S. 22.

³⁰ Näher zu dieser Problematik Satzger (Fn. 25), § 263 Rn. 112; Eisele (Fn. 15), Rn. 550; Soyka, wistra 2007, 127 (129 ff.); Scheinfeld, wistra 2008, 167 (171 f.); Erb, ZIS 2011, 368 (375 f.); Hecker/Müller, ZWH 2014 (im Erscheinen).

³¹ Gem. Art. 2 lit. a der Richtlinie 2005/29/EG bezeichnet der Ausdruck „Verbraucher“ jede natürliche Person, die im Geschäftsverkehr im Sinne dieser Richtlinie zu Zwecken handelt, die nicht ihrer gewerblichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können.

³² BGHSt 14, 170 (171); 41, 198 (201); OLG Celle NJW 1974, 2326 (2327); Hoyer, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 143. Lfg., Stand: Juni 2014, § 263 Rn. 158 ff.; Gaede (Fn. 16), § 263 Rn. 65.

³³ Kölbl, JuS 2013, 193 (197).

dessen ist die Vermögensverfügung bereits im *Herstellen der Verbindung* zum Anschluss der Mehrwertdienstnummer zu sehen. Den durch den Rückruf entstandenen Verbindlichkeiten von 98 Cent pro Anruf stand auch evident keinerlei unmittelbare Schadenskompensation gegenüber, da die Anrufer über die Mehrwertdienstnummer lediglich eine generell nutzlose Ansage erreichen konnten.³⁴ Ein Rückgriff auf die Rechtsfigur des individuellen Schadenseinschlags³⁵ bedarf es zur Begründung eines Schadens somit vorliegend nicht. Der Schadenseintritt erfolgte bereits mit Entstehung der Entgeltforderung,³⁶ so dass es auf die Frage einer späteren Zahlung oder Nichtzahlung nicht ankommt. Damit sind Ping-Anrufe in die Kategorie des sog. (vollendeten) Eingehungsbetruges einzuordnen mit der Folge, dass sich die Tatsache, dass zahlreiche Rückrufer die von den Mobilfunkanbietern eingezogenen Forderungen von 98 Cent später nicht zurückerhalten haben, lediglich als Schadensvertiefung darstellt.

4. Subjektiver Tatbestand

Im Hinblick auf den subjektiven Betrugstatbestand bereiten die Fälle sog. Ping-Anrufe regelmäßig weder materiell-rechtlich noch beweisrechtlich unlösbare Probleme.³⁷ Da die Täter die technischen Voraussetzungen zur Durchführung solcher Anrufe bewusst einsetzen, um auf diese Weise schnelles Geld zu verdienen, ist sowohl Vorsatz hinsichtlich der Verwirklichung der objektiven Tatbestandsmerkmale des § 263 Abs. 1 StGB als auch die Absicht gegeben, (sich selbst) rechtswidrig zu bereichern. Probleme der Stoffgleichheit können mit Blick auf die Bereicherungsabsicht lediglich dann auftreten, wenn die Abrechnung der Mehrwertdienstleistungen im sog. Online-Billing-Verfahren erfolgt, was – wie bereits ausgeführt (s.o. II.) – im vorliegenden Fall nicht gegeben war.

5. Besonders schwerer Fall

Angeichts der Vielzahl der von den Angeklagten veranlassten Ping-Anrufe ist man zudem geneigt, an die Verwirklichung eines besonders schweren Betrugsfalles i.S.d. Regelbeispiele des § 263 Abs. 3 StGB zu denken. Anhaltspunkte dafür, dass es sich bei T, O und R um eine *Bande*³⁸ gem. § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Alt. 1 StGB handelte, lassen sich dem Sachverhalt allerdings nicht entnehmen.³⁹ Eine *gewerbsmäßige Tatbegehung* i.S.v. § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Alt. 1 StGB würde voraussetzen, dass sich die Täter aus einer wiederholten Tatbegehung eine fortlaufende Einnahmequelle von einigem Umfang und einer gewissen Dauer verschaffen wollten.⁴⁰ Diese

³⁴ OLG Oldenburg wistra 2010, 453 (455); Ellbogen/Erfurth, CR 2008, 635 (636); Kölbl, JuS 2013, 193 (197); Cornelius, NJW 2014, 2056 (2057).

³⁵ Siehe dazu nur BGHSt 16, 321, sowie Rengier (Fn. 16), § 13 Rn. 176 ff. m.w.N.

³⁶ Eiden, Jura 2011, 863 (867); Erb, ZIS 2011, 368 (370); Kölbl, JuS 2013, 193 (197).

³⁷ Vgl. Kölbl, JuS 2013, 193 (198).

³⁸ Zum Bandenbegriff vgl. nur Rengier (Fn. 16), § 4 Rn. 89 ff. m.w.N.

³⁹ A.A. Eiden, Jura 2011, 863 (868 f.).

⁴⁰ BGHSt 49, 177 (181); BGH NJW 2009, 3798.

Voraussetzungen liegen jedoch nicht vor. So handelt es sich beim einmaligen Auslösen hunderttausender, aber völlig identischer Lockanrufe nicht um eine wiederholte, sondern um eine sich gleichartig wiederholende („iterative“) Tatbegehung, die sich konkurrenzrechtlich nur als eine einzige Handlung darstellt und somit den Tatbestand des § 263 Abs. 1 StGB auch nur einmal verwirklicht.⁴¹ Zudem lässt sich den Tatsachenfeststellungen nicht entnehmen, dass sich die Täter mit Hilfe ihres *modus operandi* „auf Dauer“ eine Einnahmequelle verschaffen wollten.⁴² Dagegen spricht insbesondere, dass sie den Tatzeitraum bewusst in die Weihnachtszeit gelegt hatten, da ihnen dies mit Blick auf eine möglicherweise erhöhte Rückrufbereitschaft der angerufenen Mobilfunkteilnehmer infolge der Branchenerfahrung von T als besonders günstige Tatgelegenheit erschien. Infolgedessen kommt auch das Regelbeispiel des § 263 Abs. 3 S. 2 Alt. 2 StGB nicht in Betracht, da keine Anhaltspunkte für die Absicht einer *fortgesetzten*, d.h. wiederholten Begehung mehrerer rechtlich selbständiger Betrugstaten erkennbar sind. Und schließlich muss im Ergebnis auch die Herbeiführung eines *Vermögensverlusts großen Ausmaßes* gem. § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB auscheiden. Zwar wäre bei 660.000 Rückrufen zum Preis von je 98 Cent die hierfür bei 50.000 Euro anzusetzende Schwelle⁴³ evident überschritten, wenn man alle Rückrufversuche zu einem Gesamtschaden addiert. Allerdings ist der Begriff des Vermögensverlustes opferbezogen zu verstehen. Sein Ausmaß muss somit, auch wenn es sich aus mehreren Einzelschäden zusammensetzt, bei jedem einzelnen Betrugsopfer mehr als 50.000 Euro betragen. Demgegenüber ist eine Addition der Einzelschäden von verschiedenen Geschädigten durch ein und dieselbe Tat unzulässig.⁴⁴ In der Praxis bleibt somit allenfalls der Ausweg durch die Annahme eines unbenannten besonders schweren Falles, sofern der Strafrahmen des § 263 Abs. 1 StGB für die Erfassung einer solchen Vielzahl, im Einzelfall jedoch geringwertiger⁴⁵ Vermögensschäden als nicht ausreichend erachtet wird.

IV. Fazit

Der 3. Strafsenat hat in der vorliegenden Entscheidung in begrüßenswerter Weise klargestellt, dass Urheber sog. Ping-Anrufe wegen (einfachen) Betruges nach § 263 Abs. 1 StGB zu bestrafen sind. Besonderer Aufmerksamkeit bedarf dabei die Begründung des Tatbestandsmerkmals der (konkludenten) Täuschung. Der BGH misst Anrufen, bei denen in der Anruf-

liste eines Mobiltelefons die Rufnummer des (vermeintlichen) Anrufers hinterlassen wird, einen doppelten Erklärungswert bei: auf diese Weise werde nicht nur erklärt, der Anrufer habe mit dem Angerufenen kommunizieren wollen, sondern zugleich auch vorgespiegelt, dass im Falle eines Rückrufs keine ungewöhnlichen Telefonkosten anfallen. Eine nähere Begründung für diese, auf den ersten Blick durchaus plausible Annahme bleibt er allerdings schuldig. Mit Blick auf die einschlägige sozialpsychologische Forschung zum menschlichen Umgang mit Situationen von Unsicherheit und Ungewissheit ist dieser Ansatz daher insoweit zu präzisieren, als die konkludente Täuschungshandlung richtigerweise in der bewussten und wahrheitswidrigen Vorspiegelung eines (zumindest aus Sicht des Anrufers) dringenden und bedeutsamen Kommunikationswunsches zu sehen ist. Die weiteren Tatbestandsvoraussetzungen des § 263 Abs. 1 StGB bereiten dann in Ausbildung und Praxis regelmäßig keine größeren Probleme. Allerdings bleibt der Rückgriff auf den Strafrahmen des § 263 Abs. 3 StGB in den einschlägigen Fallkonstellationen meist versperrt, sofern nicht die Annahme eines unbenannten besonders schweren Falles befürwortet wird.

Prof. Dr. Mark A. Zöller, Trier

⁴¹ Kölbl, JuS 2013, 193 (198); a.A. Ellbogen/Erfurth, CR 2008, 635 (636); Eiden, Jura 2011, 863 (868).

⁴² Kölbl, JuS 2013, 193 (198).

⁴³ BGHSt 48, 360 (361); BGH NJW 2005, 3650 (3653); BGH NStZ-RR 2007, 269; BGH HRRS 2010, 128.

⁴⁴ BGH NJW 2011, 1827; BGH NStZ 2012, 213; BGH NStZ-RR 2012, 114; a.A. Eiden, Jura 2011, 863 (869).

⁴⁵ Bei der Frage der Geringwertigkeit ist allerdings eine Addition der Vermögensschäden personenverschiedener Opfer anerkannt (vgl. nur Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder, § 248a Rn. 11-14; Ellbogen/Erfurth, CR 2008, 635 [636]), so dass das Strafantragserfordernis aus § 263 Abs. 4 i.V.m. § 248a StGB hier nicht eingreift.