

UNIVERSITÄT ZU KÖLN

Rechtswissenschaftliche Fakultät



Magisterarbeit zum Thema

Die Strafbarkeit der progressiven Kundenwerbung gemäß § 16 Abs. 2 UWG

bei

Prof. Dr. Martin Paul Waßmer

Wintersemester 2009/10

eingereicht von

Reşit Karaaslan

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	I
Literaturverzeichnis	VI
Abkürzungsverzeichnis	XX
A. Einleitung	1
B. Erscheinungsformen von progressiver Kundenwerbung	3
I. Herkömmliche Systeme (echte Warenkoppelungssysteme)	3
1. Das Schneeballsystem.....	3
2. Das Pyramidensystem.....	4
II. Systeme ohne echte Warenkoppelung	6
1. Kettenbriefsysteme.....	6
a) Das Selbstläufersystem	6
b) Das zentralgesteuerte Kettenbriefsystem.....	7
2. Geldgewinnspiele.....	7
3. Schenkkreise.....	9
C. Strafwürdigkeit und die strafrechtliche Würdigung von progressiver Kundenwerbung durch Rechtsprechung	11
I. Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit	11
1. Die Gefahr der Marktverengung	12
2. Glückspielartiger Charakter und Ausnutzung der Spiellust (Aleatorische Reize).....	13
3. Kommerzialisierung privater Beziehungen	15
4. Ergebnis.....	15

II. Die strafrechtliche Würdigung von progressiver Kundenwerbung durch Rechtsprechung.....	16
1. Rechtsprechungsübersicht bis zum Inkrafttreten des § 6c UWG a.F. (§ 16 Abs. 2 UWG n.F.).....	16
a) Die strafrechtliche Würdigung von herkömmlichen Systemen.....	16
b) Die strafrechtliche Würdigung von Systemen ohne echte Warenkoppelung.....	19
2. Rechtsprechungsübersicht nach dem Inkrafttreten des § 6c UWG a.F. (§ 16 Abs. 2 UWG).....	20
a) Die strafrechtliche Würdigung von herkömmlichen Systemen	20
b) Die strafrechtliche Würdigung von Systemen ohne echte Warenkoppelung.....	20
aa) Kettenbriefsysteme.....	20
bb) Geldgewinnspiele.....	21
cc) Schenkkreise.....	21
D. Strafrechtliche Schutzmechanismen nach anderen Strafvorschriften.....	23
I. §§ 284 ff. StGB.....	23
1. Zufall.....	23
2. Einsatz.....	24
a) Herkömmliche Systeme.....	25
b) Systeme ohne echte Warenkoppelung	25
3. Ergebnis zu §§ 284 ff. StGB.....	28
II. § 263 StGB.....	28
1. Täuschungshandlung.....	28
2. Irrtum.....	29
3. Vermögensverfügung.....	29

4. Vermögensschaden.....	30
a) Herkömmliche Systeme.....	30
b) Systeme ohne echte Warenkoppelung.....	31
5. Ergebnis zu § 263 StGB.....	32
III. § 16 Abs. 1 UWG	32
1. Objektiver Tatbestand.....	32
a) Irreführende Werbung durch unwahre Angaben.....	32
b) Geschäftliche Handlung.....	34
c) Öffentlichen Bekanntmachungen oder Mitteilungen, die für einen größeren Personenkreis bestimmt sind.....	35
2. Subjektiver Tatbestand.....	35
3. Ergebnis zu § 16 Abs. 1 UWG.....	36
IV. Exkurs: Der Fall Madoff und Schneeballsystem i.w.S. / Die Entscheidung des BGH, Beschl. v. 18.2.2009 – 1 StR 731/08.....	36
1. § 16 Abs. 2 UWG	38
2. §§ 284 ff. StGB.....	38
3. § 263 StGB.....	38
a) Täuschungshandlung – Irrtum – Vermögensverfügung.....	38
b) Vermögensschaden.....	38
E. Strafbarkeit der progressiven Kundenwerbung gemäß § 16 Abs. 2 UWG.....	41
I. Entstehungsgeschichte des § 16 Abs. 2 UWG.....	41
II. Das geschützte Rechtsgut.....	42
1. Überindividuelles Rechtsgut.....	42
2. Individualvermögen der einzelnen Kunden.....	43
3. Schutzzwecktrias.....	43
4. Stellungnahme.....	44

III. Objektiver Tatbestand	45
1. Verbraucher.....	45
2. Handeln im geschäftlichen Verkehr.....	47
a) Herkömmliche Systeme.....	47
b) Systeme ohne echte Warenkoppelung.....	48
3. Unternehmen der Veranlassung zur Abnahme von Waren, Dienstleistungen oder Rechten.....	49
a) Herkömmliche Systeme	50
b) Systeme ohne echte Warenkoppelung.....	51
aa) Adressenmaterial.....	51
bb) Überlassung von Teilnahmebedingungen.....	51
cc) Überwachungs- und Kontrolltätigkeit des Veranstalters....	52
dd) Mitgliedschaftsrecht (Teilnahmeberechtigung).....	52
ee) Gewinnchance.....	59
4. Versprechen eines besonderen Vorteils	60
a) Herkömmliche Systeme	62
b) Systeme ohne echte Warenkoppelung	62
5. Vom Veranstalter selbst oder von einem Dritten gewährt.....	65
6. Aufschiebende Bedingung (Das Kettenelement).....	66
IV. Subjektiver Tatbestand	67
V. Rechtswidrigkeit und Schuld	68
VI. Vollendung und Versuch der Tat	71
VII. Täterschaft und Teilnahme	71
1. Abgrenzungskriterium „bloßer Werbeversuch“.....	73
2. Abgrenzungskriterium „Nutznießer des Systems“.....	73
3. Abgrenzungskriterium „erfolgreiche Werbung“.....	73
4. Stellungnahme.....	73

VIII. Konkurrenzen	75
1. Tateinheit (§ 52 StGB).....	75
2. Lex specialis.....	75
IX. Rechtsfolgen	76
1. Strafrechtliche Sanktionen und Maßnahmen.....	76
a) Strafe und Strafmaß.....	76
b) Strafverfolgung und Verjährung.....	77
2. Wettbewerbsrechtliche Ansprüche.....	78
a) Unterlassung, Beseitigung und Schadenersatz (§§ 8, 9 UWG).....	78
b) Gewinnabschöpfung (§ 10 UWG).....	79
3. Zivilrechtliche Ansprüche	82
a) Schadenersatz.....	82
aa) Ansprüche der Abnehmer.....	82
bb) Ansprüche der Mitbewerber.....	82
cc) Vertragliche Folgen.....	82
F. Sondererscheinungsformen von progressiven Kundenwerbung	83
I. Multi Level Marketing (MLM)	83
II. Power-Shopping (Co-Shopping)	84
III. Rückwärtsauktionen	85
G. Zusammenfassung und Schlussbetrachtung	87

Literaturverzeichnis

- Alexander, Christian Die strafbare Werbung in der UWG-Reform,
WRP 2004, S. 407-421
(zit.: *Alexander*, WRP 2004, 407)
- Amend-Traut, Anja Geschenkt ist geschenkt? Kondiktionsrechtliche und
andere Sanktionen gegen so genannte Schenkkreise,
KJ 2008, S. 408-424
(zit.: *Amend-Traut*, KJ 2008, 408)
- Arzt, Gunther Lehren aus dem Schneeballsystem, Festschrift für Koichi
Miyazawa, Dem Wegbereiter des japanisch-deutschen
Strafrechtsdiskurses, Kühne (Hrsg.), 1995, S. 519-531
(zit.: *Arzt*, FS-Miyazawa, 1995, 519)
- Baumanns, Silke Die fehlende Zahlungsbereitschaft des solventen
Vertragspartners als Unterfall des Eingehungsbetruges? –
Zugleich ein Beitrag zur grundsätzlichen Anerkennung
der schadensgleichen Vermögensgefährdung, JR 2005,
S. 227-232
(zit.: *Baumanns*, JR 2005, 227)
- Beckemper, Katharina Die Strafbarkeit des Veranstaltens eines Pyramidenspiels
nach § 6c UWG, Anmerkung zu BGHSt 43, 270, wistra
1999, S. 169-174
(zit.: *Beckemper*, wistra 1999, 169)
- Bläse, Joachim Die strafrechtliche Erfassung von Schneeballsystemen,
insbesondere Kettenbrief- und System der progressiven
Kundenwerbung, Stuttgart 1997
(zit.: *Bläse*, Die strafrechtliche Erfassung, 1997)

- Dornis, Tim W. Der „Schenkkreis“ in der Strafbarkeitslücke? Zum Tatbestandsmerkmal des „geschäftlichen Verkehrs“ in § 16 Abs. 2 UWG, WRP 2007, S. 1303-1307
(zit.: *Dornis*, WRP 2007, 1303)
- Eichmann, Daniel/
Sörup, Thorsten Das Telefongewinnspiel – Zwischen Strafbarkeit und Wettbewerbsverstoß, MMR 2002, S. 142-146
(zit.: *Eichmann/Sörup*, MMR 2002, 142)
- Erbs, Georg/
Kohlhaas, Max (Hrsg.) Strafrechtliche Nebengesetze, Band 4, Loseblattsammlung (zit.: *Bearbeiter*, in; Erbs/Kohlhaas, Straf. Nebengesetze (Losbl.)
- Fahl, Christian Rechtsprechung, „Verbotsirrtum“, OLG Braunschweig, Beschl. v. 25.02.1998 – Ss 9/98, JA 1999, S. 8-9
(zit.: *Fahl*, JA 1999, 8)
- Fezer, Karl-Heinz (Hrsg.) Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, München 2005
Band 1 (§§ 1-4 UWG), Band 2 (§§ 5-22 UWG)
(zit.: *Bearbeiter*, in: Fezer-UWG, 2005)
- Finger, Thorsten Strafbarkeitslücken bei so genannten Kettenbrief-, Schneeball- und Pyramidensystemen, ZRP 2006, S. 159-161
(zit.: *Finger*, ZRP 2006, 159)
- Fischer, Thomas Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 56. Auflage, München 2009
(zit.: *Fischer*, StGB, 56. Aufl., 2009)

- von Frentz, Wolfgang Frhr. Raitz/
Masch, Christian L. Glücksspiele, Sportwetten, Geschicklichkeitsspiele,
Lotterien, Unterhaltungsspiele, Spielbanken, Spielhallen
und Gewinnspiele in Deutschland, ZUM 2006, S. 189-
199 (zit.: von *Frentz/Masch*, ZUM 2006, 189)
- Gagern, Wolfram Auch in Deutschland: Die Abzocke mit Schenkkreisen,
(zit.: *Gagern*, „Auch in Deutschland: Die Abzocke mit
Schenkkreisen“,
([http://www.transgallaxys.com/
~beo/mlm/schenkkreise.htm](http://www.transgallaxys.com/~beo/mlm/schenkkreise.htm))
- Gärtner, Olaf Der Gewinnabschöpfungsanspruch gemäß § 10 UWG –
Leitfaden für eine effektive Anwendung in der Praxis,
GRUR-Int 2008, S. 817-822
(zit.: *Gärtner*, GRUR-Int 2008, 817)
- Granderath, Peter Strafbarkeit von Kettenbriefaktionen, wistra 1988,
S. 173-177
(zit.: *Granderath*, wistra 1988, 173)
- Harte-Bavendamm, Henning/
Henning-Bodewig, Frauke (Hrsg.) Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar,
2. Auflage, München 2009 (zit.: *Bearbeiter*, in: Harte-
Bavendamm/ Henning-Bodewig, UWG, 2. Aufl., 2009)
- Hartlage, Bernd Progressive Kundenwerbung- immer
wettbewerbswidrig?- zugleich Anmerkung zu OLG
München, WRP 1996, 42- Vertriebssystem -,
WRP 1997, S. 1-5
(zit.: *Hartlage*, WRP 1997, 1)
- Hecker, Manfred/
Ruttig, Markus „Versuchen Sie es noch einmal“ – Telefon-
Gewinnspiele im Rundfunk unter Einsatz von
Mehrwertdienste-Rufnummern und ihre Beurteilung

nach StGB und neuem UWG, GRUR 2005, S. 393-398
(zit.: *Hecker/Ruttig*, GRUR 2005, 393)

Heermann, Peter W./
Hirsch, Günter (Hrsg.)

Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, Band 2
(§§ 5-22 UWG), München 2006 (zit.: *Bearbeiter*, in:
MünchKomm-UWG, 2006)

Hefermehl, Wolfgang/
Köhler, Helmut/
Bornkamm, Joachim

Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar,
Kommentiert von Köhler/Bornkamm, 27. Auflage,
München 2009
(zit.: *Bearbeiter*, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm,
UWG, 27. Aufl., 2009)

Hefermehl, Wolfgang

Das Prokrustesbett „Wettbewerbsverhältnis“, Festgabe
zum 65. Geburtstag von Max Kummer, Merz,
Hans/Schlupe, Walter R. (Hrsg.), Bern 1980, S. 345-361
(zit.: *Hefermehl*, FG-Kummer, 1980, 345)

Hellmann, Uwe/
Beckemper, Katharina

Wirtschaftsstrafrecht, 2. Auflage, Stuttgart 2008
(zit.: *Hellmann/Beckemper*, Wirtschaftsstrafrecht, 2.
Aufl., 2008)

Immenga, Ulrich/
Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.)

Wettbewerbsrecht, Band 2. GWB, Kommentar zum
Deutschen Kartellrecht, 4. Auflage, München 2007
(zit.: *Bearbeiter*, in: Immenga/Mestmäcker,
Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2007)

Jähnke, Burkhard/
Laufhütte, Heinrich Wilhelm/
Odersky, Walter (Hrsg.)

Leipziger Kommentar, 11. Auflage, Berlin
Sechster Band (§§ 223 bis 263a)
(zit.: *Bearbeiter*, in: LK, 11. Aufl.,)

Jakobs, Günther

Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung,
ZStW 97 (1985), S. 751-785
(zit.: *Jakobs*, ZStW 97 (1985), 751)

- Jakobs, Rainer/
Lindacher, Walter F./
Teplitzky, Otto (Hrsg.) Großkommentar, UWG, 5. Lieferung (§§ 2-6e), Berlin,
New York, 1992 (zit.: *Bearbeiter*, in: Großkomm-UWG,
1992)
- Jescheck, Hans-Heinrich/
Weigend, Thomas Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Auflage,
Berlin 1996 (zit.: *Jescheck/Weigend*, AT, 5. Aufl., 1996)
- Joecks, Wolfgang/
Miebach, Klaus (Hrsg.) Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, München
Band 2/1 (§§ 52-79b StGB), 2005
Band 4 (§§ 263-358 StGB, §§ 1-8, 105, 106 JGG), 2006
(zit.: *Bearbeiter*, in: MünchKomm-StGB)
- Joecks, Wolfgang Anleger- und Verbraucherschutz durch das 2. WiKG,
wistra 1986, S. 142-150
(zit.: *Joecks*, wistra 1986, 142)
- Kilian, Robert Zur Strafbarkeit von Ponzi-schemes – Der Fall Madoff
nach deutschem Wettbewerbs- und
Kapitalmarktstrafrecht, HRRS 2009, S. 285-290
(zit.: *Kilian*, HRRS 2009, 285)
- Kindhäuser, Urs/
Neumann, Ulfrid/
Paeffgen, Hans Ullrich (Hrsg.) Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Auflage,
Baden-Baden, 2005
Band 2 (§§ 146-358)
(zit.: *Bearbeiter*, in: NK, 2. Aufl., 2005)
- Koriath, Heinz Zum Streit um die Gefährdungsdelikte, GA 2001, S. 51-
74 (zit.: *Koriath*, GA 2001, 55)
- Köhler, Helmut Das neue UWG, NJW 2004, S. 2121-2127
(zit.: *Köhler*, NJW 2004, 2121)

- Köhler, Helmut UWG-Reform und Verbraucherschutz, GRUR 2003, S. 265-272
(zit.: *Köhler*, GRUR 2003, 265)
- Krack, Ralf Legitimationsdefizite des § 16 Abs. 2 UWG, Festschrift zum 70. Geburtstag von Harro Otto, Gerhard/Langer/Ranft/Schmitz/Brammsen, (Hrsg.), Köln 2007, S. 609-621
(zit.: *Krack*, FS-Otto, 2007, 609)
- Kühl, Kristian Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Auflage, München 2008
(zit.: *Kühl*, AT, 6. Aufl., 2008)
- Lackner, Karl/
Kühl, Kristian Strafrechtsgesetzbuch, Kommentar, Bearbeitet von Kühl, 26. Auflage, München 2007
(zit.: *Lackner/Kühl*, StGB, 26. Aufl., 2007)
- Lampe, Ernst-Joachim Anmerkung zu BGH, Urteil vom 18.06.1986- 4 StR 148/86, JR 1987, S. 383-385
(zit.: *Lampe*, JR 1987, 383)
- Lampe, Ernst-Joachim Strafrechtliche Probleme der „progressiven Kundenwerbung“, GA 1977, S. 33-55
(zit.: *Lampe*, GA 1977, 33)
- Lampe, Ernst-Joachim Soll ein Straf- oder Bußgeldtatbestand gegen die progressive Kundenwerbung für Waren oder Leistungen geschaffen werden? Anlage 2 der Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, Band XI, 1976
(zit.: *Lampe*, Tagungsbericht)

- Laufhütte, Heinrich Wilhelm/
Rissing-van Saan, Ruth/
Tiedemann, Klaus (Hrsg.)
- Leipziger Kommentar, 12. Auflage, Berlin
Erster Band (§§ 1 bis 31), 2006
Zweiter Band (§§ 32 bis 55), 2006
Zehnter Band (§§ 284 bis 305a), 2008
(zit.: *Bearbeiter*, in: LK, 12. Aufl.)
- Leible, Stefan/
Sosnitza, Olaf (Hrsg.)
- Versteigerungen im Internet, Heidelberg 2004
(zit.: *Bearbeiter*, in: Versteigerungen im Internet,
Leible/Sosnitza, 2004)
- Leible, Stefan
- Multi-Level-Marketing ist nicht wettbewerbswidrig!,
Einige (zustimmende) Anmerkung zu LG Offenburg,
WRP 1998, 85, WRP 1998, S. 18-21
(zit.: *Leible*, WRP 1998, 18)
- Loewenheim, Ulrich/
Meessen, Karl M./
Riesenkampff, Alexander (Hrsg.)
- Kartellrecht, Kommentar, 2. Auflage, München 2009
(zit.: *Bearbeiter*, in: Loewenheim/Meessen/
Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Aufl., 2009)
- Maurach, Reinhart/
Schroeder, Friedrich-Christian/
Maiwald, Manfred
- Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 1, Straftaten gegen
Persönlichkeits- und Vermögenswerte, Lehrbuch,
9. Auflage, Heidelberg, 2003
(zit.: *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT 1, 9. Aufl., 2003)
- Meyer-Goßner, Lutz
- Strafprozessordnung, Mit GVG und Nebengesetzen, 52.
Auflage, München 2009
(zit.: *Meyer-Goßner*, StPO, 52. Aufl., 2009)
- Müller-Gugenberger, Christian/
Bieneck, Klaus (Hrsg.)
- Wirtschaftsstrafrecht, Handbuch des Wirtschaftsstraf-
und –ordnungswidrigkeitenrechts, 4. Auflage, Köln 2006
(zit.: *Bearbeiter*, in: Müller-Gugenberger/Bieneck,
Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl., 2006)

- Otto, Harro
Anmerkung zu BGH, Beschl. vom 22.10.1997- 5 StR
223/97, wistra 1998, S. 227-228
(zit.: *Otto*, wistra 1998, 227)
- Otto, Harro
„Geldgewinnspiele“ und verbotene Schneeballsysteme
nach § 6c UWG, wistra 1997, S. 81-89
(zit.: *Otto*, wistra 1997, 81)
- Otto, Harro/
Brammsen, Joerg
Progressive Kundenwerbung, Strukturvertriebe und
Multi-Level-Marketing, WiB 1996, S. 281-292
(zit.: *Otto/Brammsen*, WiB 1996, 281)
- Piper, Henning/
Ohly, Ansgar
Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar,
4. Auflage, München 2006
(zit.: Piper/Ohly, UWG, 4. Aufl., 2006)
- Raube, Ralf
Strafrechtliche Probleme der progressiven
Kundenwerbung unter besonderer Berücksichtigung von
Kettenbriefen, Pfaffenweiler 1995
(zit.: *Raube*, Strafrechtliche Probleme, 1995)
- Richter, Hans
Kettenbriefe doch straflos?, wistra 1990, S. 216-218
(zit.: *Richter*, wistra 1990, 216)
- Richter, Hans
Anmerkung zu AG Böblingen, Urteil v. 02.09.1987, 9 Ls
– Cs- 581/87, wistra 1988, S. 245-245
(zit.: *Richter*, wistra 1988, 245)
- Richter, Hans
Strafloses Betreiben eines Kettenbriefsystems, Kritische
Anmerkung zum Beschluss des Bundesgerichtshofes
vom 29.09.1986 (4 StR 148/86), wistra 1987, S. 276-278
(zit.: *Richter*, wistra 1987, 276)

- Schönke, Adolf/
Schröder, Horst
Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Auflage, München
2006 (zit.: *Bearbeiter*, in: Schönke/Schröder, StGB, 27.
Aufl., 2006)
- Sieme, Stefan
Die Auslegung des Begriffs „zu Lasten“ in § 10 UWG
und § 34a GWB, WRP 2009, S. 914-921
(zit.: *Sieme*, WRP 2009, 914)
- Sonnen, Bernd-Rüdeger
Anmerkung zu BGH, Beschl. vom 29.09.1986- 4 StR
148/86, JA 1987, S.108-109
(zit.: *Sonnen*, JA 1987, 108)
- Soyka, Till
Zur strafbaren Werbung (§ 16 Abs. 1 UWG) in Fällen
der Zusendung von Gewinnmitteilungen, Zugleich
Besprechung von BGH, Urteil vom 30. Mai 2008 – 1
StR 166/07, HRRS 2008, S. 418-429
(zit.: *Soyka*, HRRS 2008, 418)
- Thume, Karl-Heinz
Multi-Level-Marketing, ein stets sittenwidriges
Vertriebssystem?, WRP 1999, S. 280-286
(zit.: *Thume*, WRP 1999, 280)
- Tiedemann, Klaus
Wirtschaftsstrafrecht, Einführung und Allgemeiner Teil,
2. Auflage, Köln, München 2007 (zit.: *Tiedemann*,
Wirtschaftsstrafrecht AT, 2. Aufl., 2007)
- Tiedemann, Klaus
Wettbewerb als Rechtsgut des Strafrechts, Festschrift für
Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag,
Britz/Jung/Koriath/Müller (Hrsg.), Grundfragen
staatlichen Strafens, München 2001, S.
905-918
(zit.: *Tiedemann*, FS-Müller-Dietz, 2001, 905)

- Tiedemann, Klaus Strafrecht in der Marktwirtschaft, Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels, Küper/Welp (Hrsg.), Beiträge zur Rechtswissenschaft, Heidelberg 1993, S. 527-543
(zit.: *Tiedemann*, FS- Stree und Wessels, 1993, 527)
- Tiedemann, Klaus Verfassungsrecht und Strafrecht, Heidelberg 1991
(zit.: *Tiedemann*, Verfassungsrecht und Strafrecht, 1991)
- Tiedemann, Klaus Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität durch den Gesetzgeber, JZ 1986, S. 865-874
(zit.: *Tiedemann*, JZ 1986, 865)
- Tiedemann, Klaus Wirtschaftskriminalität – ein Fall organisierter Kriminalität?, Festschrift zum 70. Geburtstag von Walter Mallmann, Triffterer/von Zezschwitz (Hrsg.), 1978, S. 359- 372
(zit.: *Tiedemann*, FS-Mallmann, 1978, 359)
- Tiedemann, Klaus Anmerkung zu KG, Urteil v. 01.03.1973 – (2) Ss 286/72 (105/72), JR 1973, S. 429-430
(zit.: *Tiedemann*, JR 1973, 429)
- Tiedemann, Klaus Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, Untersuchungen zu einem rechtsstaatlichen Tatbestandsbegriff, entwickelt am Problem des Wirtschaftsstrafrechts, Tübingen 1969 (zit.: *Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969)
- Többens, Hans B. Die Straftaten nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (§§ 16-19 UWG), WRP 2005, S. 552-561
(zit.: *Többens*, WRP 2005, 552)

- Wabnitz, Heinz-Bernd/
Janovsky, Thomas (Hrsg.) Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts
3. Auflage, München 2007 (zit.: *Bearbeiter*, in:
Wabnitz/Janovsky, Handbuch, 3. Aufl., 2007)
- Wegner, Carsten Reform der „Progressiven Kundenwerbung“ (§ 6c
UWG), *wistra* 2001, S. 171-173
(zit.: *Wegner*, *wistra* 2001, 171)
- Weitemeier, Ingmar/
Große, Wolfgang System- und Kettenspiele, Zur Strafbarkeit von
Systemspielen nach dem Pyramiden- oder
Schneeballprinzip, *Kriminalistik* 1996,
S. 787-791
(zit.: *Weitemeier/Große*, *Kriminalistik* 1996, 787)
- Wessels, Johannes/
Hillenkamp, Thomas Strafrecht, Besonderer Teil/2, Straftaten gegen
Vermögenswerte, 32. Auflage, Heidelberg 2009
(zit.: *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, 32. Aufl., 2009)
- Willingmann, Armin/
Strauß, Christine Aktuelle zivilrechtliche Aspekte von
Progressionsmodellen am Beispiel sog. Marketing- oder
Geldgewinnsysteme, *NJ* 2000, S. 7-14
(zit.: *Willingmann/Strauß*, *NJ* 2000, 7)
- Zander, Maik Die Strafbarkeit von Pyramidengewinnspielen gemäß §
6c UWG, Zugleich eine Auseinandersetzung mit dem
Merkmal „Wettbewerbsverhältnis“ als Anwendungs- und
Auslegungsprärogative des UWG-Rechts, Hamburg
2005 (zit.: *Zander*, *Die Strafbarkeit von*
Pyramidengewinnspielen, 2005)

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	: anderer Ansicht
a.a.O.	: am angegebenen Ort
Abs.	: Absatz
a.F.	: alte Fassung
AG	: Amtsgericht
Art.	: Artikel
AT	: Allgemeiner Teil
Aufl.	: Auflage
BayObLG	: Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	: Der Betriebs-Berater
BFH	: Bundesfinanzhof
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	: Bundesgesetzblatt
BGH	: Bundesgerichtshof
BGHSt	: Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BT	: Bundestag
BT-Drucks.	: Bundestagsdrucksache
BVerfG	: Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	: Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	: beziehungsweise
CR	: Computer und Recht
d.h.	: das heißt
DM	: Deutsche Mark
EDV	: Elektronische Datenverarbeitung
etc.	: et cetera

EuGH	: Europäischer Gerichtshof
EWS	: Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
f., ff.	: folgende, fortfolgende
FG	: Festgabe
FS	: Festschrift
Fn.	: Fußnote
GA	: Goldammer's Archiv für Strfrecht
GG	: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GRUR	: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR-Int.	: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Auslands- und Internationaler Teil
GRUR-RR	: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Rechtsprechungs-Report
GS	: Gedächtnisschrift
GVerlWerb	: Gesetz zur vergleichenden Werbung und zur Änderung wettbewerbsrechtlicher Vorschriften vom 01.09.2000 (BGBl. I S. 1374)
GWB	: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
h.M.	: herrschende Meinung
HRefG	: Handelsrechtsreformgesetz vom 22.06.1998 (BGBl. I S. 1474)
HRRS	: Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht
Hrsg.	: Herausgeber
i.d.R.	: in der Regel
i.e.S.	: im engeren Sinn
i.S.d.	: im Sinne der/des
i.S.v.	: im Sinne von
i.V.m.	: im Verbindung mit
i.w.S.	: im weiteren Sinn
JA	: Juristische Arbeitsblätter

JR	: Juristische Rundschau
Jura	: Juristische Ausbildung
JZ	: Juristenzeitung
KJ	: Kritische Justiz
LG	: Landgericht
Mio.	: Million
MLM	: Multi-Level-Marketing
MMR	: MultiMedia und Recht, Zeitschrift für Information, Telekommunikation und Medienrecht
Mrd.	: Milliarde
m.w.N.	: mit weiteren Nachweisen
n.F.	: neue Fassung
NJ	: Neue Justiz
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
NJWE-WettbR	: Neue Juristische Wochenschrift – Entscheidungsdienst Wettbewerbsrecht
Nr.	: Nummer
NStZ	: Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	: Neue Zeitschrift für Strafrecht Rechtsprechungs-Report Strafrecht
OLG	: Oberlandesgericht
OWiG	: Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
PKS	: Polizeiliche Kriminalstatistik
Rdn.	: Randnummer
RiStBV	: Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren in der bundeseinheitlich geltenden Fassung
RG	: Reichsgericht
RGSt	: Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
S.	: Seite

StGB	: Strafgesetzbuch
StPO	: Strafprozessordnung
StV	: Strafverteidiger
u.s.w.	: und so weiter
UWG	: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	: von, vom
vgl.	: vergleiche
WiB	: Wirtschaftliche Beratung, Zeitschrift für Wirtschaftsanwälte und Unternehmensjuristen
2. WiKG	: Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität v. 15.05.1986 (BGBl. I 721)
wistra	: Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer und Strafrecht
WRP	: Wettbewerb in Recht und Praxis
z.B.	: zum Beispiel
ZJS	: Zeitschrift für das Juristische Studium
ZRP	: Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZUM	: Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht

A. Einleitung

Der durch die Wirtschaftskriminalität verursachte Schaden beziffert sich auf 4,3 Milliarden Euro (2006)¹. Auf Wirtschaftskriminalität reagiert der Staat mit dem Wirtschaftsstrafrecht. Das Wirtschaftsstrafrecht ist ein Sammelbegriff für sämtliche Vorschriften, die die im Bereich der Wirtschaft liegenden Tatbestände entweder als Straftaten im engeren Sinne mit Freiheitsstrafe oder Geldstrafe oder als Ordnungswidrigkeiten mit einer Geldbuße ahnden². Wirtschaftsstrafrechtliche Vorschriften befinden sich im Strafgesetzbuch und in vielen anderen Gesetzen (z.B. §§ 16-19 UWG). § 16 UWG erfasst die strafbare Werbung. Die §§ 17 ff. UWG pönalisieren den Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen durch Betriebsespionage.

Die vorliegende Arbeit befasst sich mit progressiver Kundenwerbung (§ 16 Abs. 2 UWG). Obwohl sich bereits 1901 das Reichsgericht mit einem Schneeballsystem zu befassen hatte³, sind bisher nur wenige Entscheidungen zu diesem Thema ergangen. In allen Formen von progressiver Kundenwerbung kamen Obergerichte zu unterschiedlichen Auffassungen. Die Strafbarkeit von progressiver Kundenwerbung gemäß § 6c UWG a.F. oder gemäß § 16 Abs. 2 UWG n.F. wurde auch in der Literatur zu wenig diskutiert. Deshalb sind viele rechtliche Probleme immer noch ungeklärt. Die Veranstaltung von progressiven Kundenwerbungsmodellen wirft in strafrechtlicher Hinsicht eine Fülle von Problemen auf. Fallen diese Systeme unter das Glücksspielverbot der §§ 284 ff. StGB? Inwiefern kann dem Veranstalter Betrug gemäß § 263 StGB vorgeworfen werden? Greift die Strafnorm des § 16 Abs. 2 UWG ein, auch wenn es sich nicht um den klassischen Warenvertrieb handelt? Diese Diskussionen sind bis heute nicht völlig abgeschlossen.

Nachdem mit dem § 6c UWG a.F.⁴ (§ 16 Abs. 2 UWG n.F.⁵) ein Spezialstraftatbestand geschaffen wurde, stellt sich die Frage, ob mit diesem Tatbestand eine strafrechtliche Erfassung von progressiven Kundenwerbungsmodellen insgesamt möglich ist, oder ob Strafbarkeitslücken bestehen, die ein Handeln des Gesetzgebers erforderlich machen. Eine Antwort hierauf kann nur in vielen Schritten erfolgen. Im ersten Schritt wird zunächst ein Über-

¹ Aus Tabelle 7 der PKS 2006, S. 297 ff. (http://www.bka.de/pks/pks2006/download/pks-jb_2006_bka.pdf) (Stand 03.10.2009).

² Müller-Gugenberger, in: Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl., 2006, § 1, Rdn. 3.

³ RGSt, 34, 140.

⁴ Art. 4 Nr. 1 WiKG vom 15.5.1986 (BGBl. I S. 721, 726).

⁵ UWG vom 3.7.2004 (BGBl. I S. 1414, 1418).

blick über die wichtigsten Erscheinungsformen gegeben, um die schnelle Identifikation von progressiven Kundenwerbungsmodellen zu erleichtern (nachfolgend B). Sodann wird eine Betrachtung der Strafwürdigkeit solcher Systeme erfolgen. Im Anschluss daran wird die strafrechtliche Würdigung von progressiver Kundenwerbung durch Rechtsprechung gezeigt (nachfolgend C). Anschließend wird die Strafbarkeit von progressiver Kundenwerbung anhand der strafrechtlichen Normen - §§ 284 ff. StGB, § 263 StGB, § 16 Abs. 1 UWG und § 16 Abs. 2 UWG – untersucht (nachfolgend D und E). Schließlich wird geprüft, ob die Sondererscheinungsformen von progressiver Kundenwerbung (MLM, Power-Shopping und Rückwärtsauktionen) unter § 16 Abs. 2 UWG subsumiert werden können (nachfolgend F).



B. Erscheinungsformen von progressiver Kundenwerbung

Erscheinungsformen von progressiver Kundenwerbung zeigen sich in herkömmlichen Systemen (Schneeball- und Pyramidensystem) und in Systemen ohne echte Warenkoppelung (Kettenbriefsysteme, Geldgewinnspiele und Schenkkreise). Die herkömmlichen Systeme verbinden die Vertriebsorganisation des werbenden Unternehmens in Bezug auf ein bestimmtes Produkt mit der Anwerbung von Kunden durch Kunden⁶. Bei Systemen ohne echte Warenkoppelung sind dagegen Waren nur sekundär oder gar nicht an das Vertriebssystem gekoppelt. Der Absatz eines Rechtes oder einer Dienstleistung steht im Vordergrund.

I. Herkömmliche Systeme (echte Warenkoppelungssysteme)

1. Das Schneeballsystem

Vorab ist hervorzuheben, dass in der Rechtsprechung der Begriff „Schneeballsystem“ für alle progressiven Kundenwerbungsmodelle (sogar für Systeme ohne echte Warenkoppelung) verwendet wird⁷. Im Rahmen der hier vorliegenden Arbeit wird der Begriff – anders als in der Rechtsprechung - nur für eine Art von herkömmlichen Systemen benutzt.

Das Schneeballsystem – teilweise auch Lawinen-, Gella- oder Hydrasystem genannt⁸ – ist eindimensional strukturiert. Für die Kunden existiert keine Hierarchieebene, in die sie durch Zahlung oder durch Anwerbung weiterer Personen aufsteigen können⁹. Beim Schneeballsystem schließt der Unternehmer (Hersteller und/oder Systembetreiber) den Kauf- oder Franchise-Vertrag mit dem Erstkunden. Der Unternehmer verpflichtet diesen zur Abnahme von Waren und/oder Zahlung von Eintrittsgebühren. Außerdem wird dem Kunden aufgegeben, weitere Kunden für das Unternehmen zu werben. Damit wird ihm die Möglichkeit eröffnet, den Kaufpreis ganz oder teilweise erlassen oder rückerstattet¹⁰ zu bekommen. Wenn dem Erstabnehmer die Werbung neuer Abnehmer gelingt, schließt der Unternehmer ähnliche Verträge mit den von diesem geworbenen und allen anderen nachfolgenden Kunden (Interessen-

⁶ *Otto/Brammsen*, WiB 1996, 281 (281); *Otto*, Jura 1999, 97 (98).

⁷ z.B. LG Rostock, NStZ-RR 1997, 218; LG Hamburg, NJWE-WettbR 1997, 131.

⁸ *Bläse*, Die strafrechtliche Erfassung, 1997, S. 13; *Raube*, Strafrechtliche Probleme, 1995, S. 8; *Schaf*, aleatorische Reize, 2006, S. 191.

⁹ *Brandl*, Spielleidenschaft, 2003, S. 159.

¹⁰ LG Frankfurt, wistra 1987, 36 (36).

ten) ab und der Absatznehmer erhält quasi eine Provision¹¹. Die Kunden erscheinen innerhalb des Systems nicht als Wiederverkäufer, sondern lediglich als Absatzmittler¹².

Beispiel (BGHSt 2, 79)¹³: Der Angeklagte vertrieb in seinem Versandgeschäft Armbanduhren, Aktensachen und Handtaschen derart: Die Kunden mussten einen Bestellschein ausfüllen, den sie von einem Werber für 5 DM- erwarben. Hierauf bestellte der Kunde einen der Gegenstände zum Preis von 80 DM. Gleichzeitig mit der Bestellung bat er um Zusendung von vier Bestellscheinvordrucken gegen Zahlung von 20 DM. Gelang es ihm, diese Bestellscheine an weitere Kunden abzusetzen, die ihrerseits die Ware und vier Bestellscheine erwarben, erhielt er Gutschriften von 20 DM. Gelang es den Kunden nicht, erhielten sie eine Gutschrift über 5 DM auf ihr Konto und konnten den Restbetrag in bar bezahlen. Erst nach Ausgleich ihres Kontos von 80 DM wurde ihnen die bestellte Ware ausgeliefert.

2. Das Pyramidensystem

Das Pyramidensystem unterscheidet sich vom Schneeballsystem dadurch, dass der erste Kunde eine bestimmte Menge an Produkten kaufen muss, die seinen Bedarf weit überschreitet. Es liegt dem Kunden also nahe, dieses Übermaß an Produkten selbst zu verkaufen, oder durch Anwerben weiterer Verkäufer ein eigenes Vertriebssystem zu etablieren und dadurch die Produkte zu verkaufen¹⁴. Es herrscht daher zwischen dem zweiten Kunden und dem Systembetreiber keine Rechtsbeziehung mehr, denn die weiteren Verträge schließt der erste Kunde mit den weiteren Angeworbenen¹⁵.

Die typische Vorgehensweise der Systembetreiber eines Pyramidensystems kann wie folgt geschildert werden. Der Systembetreiber lädt die Interessenten zu einer Werbeveranstaltung ein, wo ihnen mit ausführlichen Erklärungen das angebliche Erfolgsprinzip angetragen wird. Dann schließt der Systembetreiber mit dem ersten Kunden einen Vertrag ab, der als

¹¹ *Schorsch*, Kriminalistik 2007, 236 (237 f.); *Otto/Brammsen*, WiB 1996, 281 (282); *Thüme*, WRP 1999, 280 (283); *Brammsen/Leible*, BB 1997, Beilage 10 zu Heft 32, 1 (5); *Dreyer*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2. Aufl., 2009, § 16, Rdn. 43; *Diemer*, in: Erbs/Kohlhaas, Straf. Nebengesetze (Losbl.), UWG (158. Lief-August 2005), § 16, Rdn. 103; *Brammsen*, in: MünchKomm-UWG, 2006, § 16, Rdn. 58; *Rengier*, in: Fezer-UWG, 2005, § 16, Rdn. 121; *Bornkamm*, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 27. Aufl., 2009, § 16, Rdn. 32; *Piper/Ohly*, UWG, 4. Aufl., 2006, § 16, Rdn. 32; *Solf*, in: Wabnitz/Janovsky, Handbuch, 3. Aufl., 2007, 14. Kapitel, Rdn. 70.

¹² *Brammsen*, in: MünchKomm-UWG, 2006, § 16, Rdn. 58; *Schaf*, aleatorische Reize, 2006, S. 191.

¹³ Dargestellt auch bei *Brammsen*, in: MünchKomm-UWG, 2006, § 16, Rdn. 59; *Rengier*, in: Fezer-UWG, 2005, § 16, Rdn. 123; *Otto*, Jura 1999, 97 (98).

¹⁴ Vgl. *Nack*, in: Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl., 2006, § 59, Rdn. 40.

¹⁵ *Brammsen*, in: MünchKomm-UWG, 2006, § 16, Rdn. 58; vgl. Fn. 11.

„Partnerschaftsvertrag“ bezeichnet wird¹⁶. Auf der Grundlage von abgeschlossenen Verträgen tun sich den Angeworbenen verschiedene Hierarchieebenen auf, in die sie durch Zahlung einer bestimmten Summe eintreten bzw. durch Anwerbung einer bestimmten Anzahl weiterer Personen (bzw. durch den Abschluss einer bestimmten Anzahl von Verträgen) aufsteigen können (Käuferpyramide)¹⁷. Bei den Pyramidensystemen also ist die Vertriebsorganisation hierarchisch gegliedert und jede Stufe trägt einen gut passenden Titel¹⁸.

Beispiel (OLG Frankfurt, wistra 1986, 31)¹⁹: Die Angeklagten errichteten eine Organisation für den Direktvertrieb von Produkten zur Einsparung von Energie. Nach dem Ergebnis der Ermittlungen konnte man Vertragshändler dieser Firma werden, wenn man sechzig Flaschen eines Motorenöls mit Teflon-Zusatz zum Preis von 3884,20 DM erwarb und einen Seminarvertrag abschloss. Für diesen Vertrag waren zunächst 2000 DM, seit 01.11.1981 3000 DM und seit 01.09.1982 5000 DM an Seminargebühren zu zahlen. Mit seinem Vertragsbeitritt erwarb der Vertragshändler das Recht, seinerseits weitere Vertragspartner zu werben. Die drei erstgeworbenen Vertragshändler musste der Werber an den Händler abgeben, der ihn geworben hatte. Durch diese drei Werbungen qualifizierte er sich zum Fachhändler. Warb er weitere Vertragshändler, blieben diese in seiner Organisation und konnten selbst wiederum zum Fachhändler werden. Für alle Werbungen erhielten sie Prämien. In Werbeveranstaltungen stellten sie den Interessenten die Verdienstmöglichkeiten anhand eines Verdienstplanes dar. Danach konnte ein Vertragshändler durch die Werbung von vier neuen Händlern durch Kostenzuschüsse, die bis zum 30.11.1981 700 DM für den ersten eigenen und 350 DM für jeden weiteren Geworbenen betrug, und durch Provisionen für das von diesen abzunehmende Öl einen Gesamtgewinn von 35320 DM erzielen (15400 DM Werbepremie und 19920 DM Provision für Ware). Voraussetzung war, dass der vierte von ihm geworbene und in seiner Vertragsorganisation verbleibende Vertragshändler selbst zum Fachhändler aufstieg.

¹⁶ Vgl. *Lampe*, Tagungsbericht, S. 37 ff.

¹⁷ *Willingmann/Strauß*, NJ 2000, 7 (7).

¹⁸ LG Frankfurt, wistra 1987, 36: „Versandrepräsident“, „Versandleiter“, „Versandbuchhändler“, „Versanddirektor“; OLG Frankfurt, wistra 1986, 31: „Vertragshändler“, „Fachhändler“; *Lampe*, GA 1977, 33 (43) – Golden Produkts Vertriebsgesellschaft m.b.H.: „Berater“, „Bezirksleiter“, „Generalvertreter“.

¹⁹ Dargestellt auch bei *Brammsen*, in: MünchKomm-UWG, 2006, § 16, Rdn. 61; *Rengier*, in: Fezer-UWG, 2005, § 16, Rdn. 124; *Otto*, Jura 1999, 97 (98 f.).

II. Systeme ohne echte Warenkoppelung

1. Kettenbriefsysteme

Bei den heutzutage über das Internet per E-Mail verbreiteten Kettenbriefen unterscheidet man zwischen Selbstläufersystemen und zentralgesteuerten (verwalteten) Kettenbriefsystemen²⁰.

a) Das Selbstläufersystem: Das sog. Selbstläufersystem ist dadurch gekennzeichnet, dass die Einhaltung der Spielregeln sowie der übrige Ablauf von keiner übergeordneten Instanz überwacht werden.

Beispiel (BGHSt 34, 171 – „Goldkreis“)²¹: Der Angeklagte beteiligte sich im Jahr 1984 an einer sog. Kettenbriefaktion, die unter der Bezeichnung „Goldkreis“ durchgeführt wurde. Bei dieser Aktion konnte der Teilnehmer eine Liste mit 12 Namen und eine Broschüre mit den Spielregeln gegen Zahlung von 100 DM an den Überbringer der Liste erwerben. Der Empfänger verpflichtete sich zugleich, der auf Platz 1 der Liste aufgeführten Person 100 DM zu überweisen. Er durfte dafür deren Namen von der Liste streichen und seinen eigenen Namen auf Platz 12 unten auf der Liste eintragen. Die so veränderte Liste sollte er sodann an zwei weitere „verantwortungsbewusste Personen“ übergeben, die ihm dafür jeweils 100 DM bezahlen sollten, womit er den von ihm geleisteten Betrag von 200 DM bereits wiedererlangt hätte. Diese vom ihm erworbenen neuen Mitspieler sollten dem nunmehr auf der Liste an erster Stelle Stehenden jeweils 100 DM übersenden, dessen Namen streichen, sich selbst an die letzte Stelle setzen und ihrerseits die Liste jeweils an zwei weitere, von ihnen zu suchende, Mitspieler verkaufen. In der Broschüre wurde erklärt, dass bei einer sich auf diese Weise immer weiter fortpflanzenden Verbreitung des Kettenbriefes, dessen Empfänger allmählich selbst auf Platz 1 vorrücken würde, vorausgesetzt, die Kette reiße nicht ab. Wenn er Platz 1 erreicht habe, werde er 819200 DM erhalten.

²⁰ Einigkeit besteht darüber, dass sog. Glückskettenbriefe nicht als Unterfall der progressiven Kundenwerbung angesehen werden können, weil eine Einschaltung, Benachrichtigung oder sonstige Verbindung zu den Vorgängern durch den Teilnehmer nicht besteht, *Raube*, Strafrechtliche Probleme, 1995, S. 14 f.; *Bläse*, Die strafrechtliche Erfassung, 1997, S. 32 f. beide m.w.N.

²¹ (BGHSt 34, 171 = NJW 1987, 851 = wistra, 1987, 66). Dargestellt auch bei *Brammsen*, in: MünchKomm-UWG, 2006, § 16, Rdn. 66; *Rengier*, in: Fezer-UWG, 2005, § 16, Rdn. 128.

b) Das zentralgesteuerte Kettenbriefsystem: Das zentralgesteuerte Kettenbriefsystem unterscheidet sich von dem Selbstläufersystem dadurch, dass eine Kontrollstelle eingerichtet ist, die den ordnungsgemäßen Ablauf des Systems überwacht und dafür ein Entgelt kassiert²². Denn Mitspieler können durch Manipulation, nämlich durch Verfälschung der von ihnen selbst weiterzureichenden Teilnahmezertifikate, die Gewinnchancen für sich erhöhen und für andere reduzieren²³.

Beispiel (BayObLG, wistra 1990, 240 „Easy“)²⁴: Der Angeklagte hatte einen Kettenbrief unter dem Namen „Easy“ entwickelt. Dem Spielsystem entsprechend brachte er Teilnehmerzertifikate in Umlauf, auf denen sieben Teilnehmer eingetragen waren. Der Teilnehmer Nr. 7 hatte drei solcher Zertifikate und verkaufte diese an neue Teilnehmer. Jeder neue Teilnehmer zahlte an den Anbieter 60 DM. Darüber hinaus hatte er dem auf Platz 1 eingetragenen Teilnehmer als dessen Spielgewinn 60 DM zu überweisen. Außerdem musste er der Veranstaltungsfirma „M-GmbH“ 40 DM Bearbeitungsgebühr überweisen. In dem erworbenen Teilnehmerzertifikat hatte er Namen, Adresse und Bankverbindungen einzutragen. Das erworbene Zertifikat sowie Überweisungsbelege musste er an die Veranstaltungsfirma einsenden. Danach erhielt er drei neue Teilnehmerzertifikate, auf denen die bisherigen sieben Teilnehmer jeweils um einen Platz nach oben gesetzt waren, so dass der bisherige Teilnehmer Nr. 1 fehlte und der neue Teilnehmer selbst als Nr. 7 erschien. Bei kontinuierlichen Einzelüberweisungen seien 131220 DM als Gewinn möglich.

2. Geldgewinnspiele

Diese populärste und weit verbreitete Erscheinungsform der progressiven Kundenwerbung, deren Umsätze die Milliardengrenze überschritten haben dürften²⁵, wird mit vielfältigen phantasievollen Bezeichnungen benannt: z.B. „Dr. K. GmbH²⁶“, „Jump²⁷“, „Life²⁸“, „Future“,

²² Otto, Jura 1999, 97 (99).

²³ BayObLG, wistra 1990, 240 (240).

²⁴ (wistra 1990, 240 = NJW 1990, 1862 = WRP 1990, 755 = GRUR 1991, 245). Dargestellt auch bei Rengier, in: Fezer-UWG, 2005, § 16, Rdn. 129.

²⁵ Allein der im gerichtlichen Verfahren festgestellte Umsatz betrug bei dem Gewinnspiel „Life“ 320 Millionen DM.

²⁶ OLG Brandenburg, wistra 2003, 74.

²⁷ LG Ingolstadt, wistra 1997, 76; LG Hamburg, NJWE-WettbR 1997, 131; OLG Braunschweig, NStZ-RR 1998, 251.

²⁸ BGHSt 43, 270; LG Rostock, wistra 2002, 75; OLG Bamberg, NStZ-RR 1997, 217.

„Multi-Finanz-System“, „Spring“, „World-Trading-System (WTS)²⁹“, „Titan³⁰“, American Golden Eagle“, „National-Activ-System“ usw³¹.

Die Geldgewinnspiele sind in Form einer Pyramide aufgebaut; d.h. sie funktionieren grundsätzlich nach demselben Prinzip wie die Pyramidensysteme³². Im Unterschied zu den Pyramidensystemen mit Vertriebsfunktion besteht bei den Geldgewinnspielen keine Kopplung mit dem Vertrieb echter Ware. Die Geldgewinnspiele sind nämlich gänzlich von der Last des Waren- bzw. Leistungsvertriebs entkoppelt³³. Deshalb werden die Geldgewinnspiele in Deutschland flächendeckend angeboten und gespielt.

Die Vertragsparteien sind die Spielteilnehmer. Zwischen Veranstalter und Spielteilnehmer bestehen keine Rechtsbeziehungen³⁴. Der Veranstalter tritt aber nach der Inangasetzung des Spiels als dessen Verwalter auf. Er verwaltet und überwacht im Namen und im Auftrag der Spielteilnehmer den ordnungsgemäßen Systemablauf (z.B. Fortgangskontrolle, Berechnung der Spielstände und Spielgewinne, Positionsbestätigungen, Aufnahmebescheinigungen). Für diese Tätigkeiten erhält er eine Aufnahme- bzw. Bearbeitungsgebühr³⁵.

Das System läuft folgendermaßen ab. Eine Pyramidenteilung erfolgt in dem Moment, wenn die Spielerzahl auf der untersten Pyramidenebene vollzählig ist. Der Spieler, der sich an der Spitze der Altpyramide befindet, ist aus dem Spiel. Alle anderen Spieler steigen in den beiden neu geschaffenen Pyramiden gegenüber der Altpyramide eine Stufe auf. Nach Auffüllung der neu entstandenen freien Plätze wiederholt sich das System³⁶.

Beispiel (BGHSt 43, 270- „Life“)³⁷: Der Veranstalter warb in Tageszeitungen unter der Rubrik „Stellenanzeigen“ für die Teilnahme an seinen Seminarveranstaltungen gegen ei-

²⁹ (Zivilrecht) BGH, NJW 1997, 2314.

³⁰ OLG Rostock, JR 1998, 389; LG Rostock, NStZ-RR 1997, 218; LG Hamburg, NStZ-RR 1997, 57.

³¹ Vgl. *Otto*, wistra 1997, 81 (81).

³² *Solf*, in: Wabnitz/Janovsky, Handbuch, 3. Aufl., 2007, 14. Kapitel, Rdn. 77; *Otto*, wistra 1997, 81 (81); *Otto*, Jura 1999, 97 (100).

³³ *Brammsen*, in: MünchKomm-UWG, 2006, § 16, Rdn. 63.

³⁴ *Brandl*, Spieleleidenschaft, 2003, S. 163; *Willingmann/Strauß*, NJ 2000, 7 (8 f.).

³⁵ *Otto*, Jura 1999, 97 (101); *Beckemper*, wistra 1999, 169 (170); siehe auch *Krehl*, in: LK, 12. Aufl., 2008, Vor § 287, Rdn. 7.

³⁶ *Zander*, Strafbarkeit von Pyramidengewinnspielen, 2005, S. 3 ff.; *Brandl*, Spieleleidenschaft, 2003, S. 164; Grafische Darstellung bei *Otto*, wistra 1997, 81 (81 ff.); *Otto*, Jura 1999, 97 (100 f.).

³⁷ (BGHSt 43, 270 = StV 1998, 4 = NJW 1998, 390 = NStZ 1998, 90 = wistra 1998, 67). Dargestellt auch bei *Beckemper*, wistra 1999, 169 (169); *Brammsen*, in: MünchKomm-UWG, 2006, § 16, Rdn. 64; *Rengier*, in: Fe-

nen Unkostenbeitrag von 50 DM. Auf den Veranstaltungen bot der Veranstalter den Interessenten gegen eine Zahlung von 6500 DM die Mitgliedschaft in seiner Spielergemeinschaft an. Mit der Zahlung dieses Einstandsgeldes erlangte das Mitglied in dem Spielsystem die Position eines Einzelhändlers. Mit dieser Position erwarb es das Recht, nunmehr selbst neue Mitglieder zu werben und an deren Einstandsgeldern zu partizipieren. Den Spielregeln zufolge bekam ein Einzelhändler für seine ersten drei Werbungen eine Provision in Höhe von je 1500 DM ausgezahlt. Mit der vierten erfolgreichen Werbung rückte das Mitglied in die Position eines Großhändlers auf, wodurch ihm dann nicht nur die Provisionen für direkt von ihm angeworbene Mitglieder zustanden, sondern auch sog. „Folgeprovision“, d.h. eine Beteiligung an den Einstandsgeldern neu eingetretener Mitglieder, die von den Einzelhändlern in seinem „Stamm“ geworben wurden. Die Organisation und Durchführung der Werbeveranstaltungen sowie die unmittelbare Betreuung der Mitspieler oblag dem Management, in welches erfolgreiche Großhändler als Gruppenmanager, stellvertretende Organisationsdirektoren, Organisationsdirektoren, Regionaldirektoren oder Landesdirektoren aufsteigen konnten. Als Gegenleistung für diese Tätigkeit wurde jedem Mitglied des Managements eine Provision in Höhe von 500 DM für den Fall versprochen, dass ein ihm unterstellter Groß- oder Einzelhändler einen neuen Mitspieler angeworben hatte. Die Steuerung des gesamten Systems war Aufgabe des Veranstalters, der die Abrechnungen für die einzelnen Mitglieder zentral erstellte. Er war insbesondere für die Verwaltung der Einstandsgelder und die Auszahlung der Provisionen zuständig. Die Spieleinsätze gingen auf ein Konto der Spielergemeinschaft, aus dessen Guthaben der Veranstalter die Provisionen verteilte. Für diese Tätigkeit behielt er eine sog. Bearbeitungsgebühr in Höhe von 1500 DM ein.

3. Schenkkreise

Bei Schenkkreisen, auch teilweise „Herzkreis“, „Herzspirale“, „Sternenkreis“, „Sonnenmännerkreis“, „Lotus-Brüten-Kreis“, „Power-Circle“, „Ellipsenkreis“, „Ballkreis“, „Sternentaler“, „Frauen-Schenkkreis“ oder „Die Tafelrunde“ genannt, handelt es sich um eine besondere Form von progressiven Geldgewinnspielen³⁸.

Das System (der Kreis) besteht aus vier Spielstufen (Hierarchiestufen). Es funktioniert, indem der Initiator, der den innersten Kreis bildet, zunächst sechs weitere, ebenfalls

zer-UWG, 2005, § 16, Rdn. 130; Vgl. zu den zum Teil voneinander abweichenden Systemen *Otto*, wistra 1997, 81 (81 ff.), der das System „Life“ unter dem Namen X-System beschreibt.

³⁸ *Amend-Traut*, KJ 2008, 408 (408- Fn. 5).

nicht zahlende Mitspieler gewinnt, von denen zwei den zweiten und vier den dritten Kreis bilden. Die für jede Runde neu geworbenen acht Mitspieler bilden den vierten Kreis. Diese acht Mitspieler bezahlen immer den auf Stufe eins stehenden Mitspieler. Also erhält der an der Spitze des Schenkkreises stehende Mitspieler das Geldgeschenk, das aus der Summe der acht Einstiegsbeträge besteht. Der Einstiegsbetrag variiert zwischen 100 und 5000 Euro. Nach dem Geldgeschenk verlässt der Mitspieler an der Spitze den Kreis. Jeder Kreis teilt sich in zwei neue Kreise, alle Mitspieler rücken einen Kreis auf und die je acht freigewordenen Stellen in den zwei äußersten Kreisen müssen wiederum neu besetzt werden³⁹, d.h. in der dritten Runde müssen 32 in der zehnten Runde 4096, in der zwanzigsten Runde 4.194.304 Neueinsteiger angeworben sein⁴⁰.



³⁹ Dornis, WRP 2007, 1303 (1303 f.).

⁴⁰ Eine exakte Darstellung der tatsächlichen zahlenmäßigen Entwicklung sowohl im Schenkkreis als auch vergleichend im Pyramidensystem findet sich bei Gagern, „Auch in Deutschland: Die Abzocke mit Schenkkreisen“ (<http://www.transgalaxys.com/~beo/mlm/schenkkreise.htm>) (Stand: 27.9.2009). Vgl. ferner Amend-Traut, KJ 2008, 408 (409).

C. Strafwürdigkeit und die strafrechtliche Würdigung von progressiver Kundenwerbung durch Rechtsprechung

In den nächsten Paragrafen wird eine kleine Auswahl aus der Rechtsprechung über die bisherige strafrechtliche Würdigung von progressiver Kundenwerbung getroffen. Vor diesem Überblick ist es aber zunächst erforderlich, festzustellen, ob das Betreiben derartiger Systeme die Grenze von Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit überschreitet. Denn die Pönalisierung sozialschädlichen Verhaltens setzt Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit voraus.

I. Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit

Abgesehen von der Frage, ob im Wirtschaftsstrafrecht Besonderheiten bestehen⁴¹, wenn man der herrschenden Meinung folgt, sei das ultima ratio Prinzip - zumindest verbal⁴² - ein in der strafrechtlichen Literatur allgemein anerkannter Grundsatz⁴³. Das Prinzip wird verstanden als: Das Strafrecht darf wegen seiner besonders scharfen Rechtsfolgen nur als ultima ratio staatlichen Einschreitens in Betracht kommen. Erst wenn andere Mittel (z.B. des Zivilrechts, Verwaltungsrechts oder Sozialrechts) nicht wirken, darf der Staat das scharfe Werkzeug des Strafrechts einsetzen, um soziales Verhalten zu erzwingen. Das BVerfG sieht auch als Voraussetzung für den Einsatz des Strafrechts als ultima ratio ein Verhalten, das „über sein Verbotensein hinaus in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich, seine Verhinderung daher besonders dringlich ist“⁴⁴. Nach dem BVerfG sind Belange nicht strafwürdig, welche die Gemeinschaft nicht in ethischer Weise berühren, insbesondere typisches Verwaltungsunrecht, welches in den Bereich der Ordnungswidrigkeiten gehört⁴⁵.

⁴¹ Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht AT, 2. Aufl., 2007, Rdn. 63a.

⁴² Lackner/Kühl, StGB, 26. Aufl., 2007, vor § 13, Rdn. 3.

⁴³ Weigend, in: LK, 12. Aufl., 2006, Einl. Rdn. 1; Otto, AT, 7. Aufl., 2004, § 1, Rdn. 49.

Anders: (Kritisch zum ultima ratio und auch zum Subsidiaritätsprinzip) In seinen Überlegungen gelangt Tiedemann zur Ansicht, dass das Strafrecht aufgrund seines sozialetischen Schuldbezuges letztlich mit anderen staatlichen Mitteln nicht vergleichbar sei, weil es nicht in einer Steigerungs- und Stufenfolge mit diesen steht, sondern als Ausdruck sittlicher (sozialetischer) Missbilligung ein singuläres aliud. darstellt. So kann dessen Einsatz durch Schaffung von Straftatbeständen entgegen der klassischen und auch dem Bundesverfassungsgericht entnommenen ultima ratio Lehre sogar milder sein als beispielsweise die Errichtung eines umfassenden verwaltungsrechtlichen Kontrollnetzes. (Tiedemann, Verfassungsrecht und Strafrecht, 1991, S. 52; Tiedemann, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969, S. 144 ff.; zum 2. WiKG vom 1986 siehe Tiedemann, JZ 1986, 865, 866).

⁴⁴ BVerfG, NJW 2008, 1137 (1138) (= BVerfGE 120, 224).

⁴⁵ BVerfGE 9, 167 (171); BVerfGE 27, 18 (31).

In der Literatur werden verschiedene Möglichkeiten genannt, worauf der Gedanke Strafrecht als ultima ratio basieren soll. Ein Ansatzpunkt dafür ist die Strafwürdigkeit/Strafbedürftigkeit. Strafwürdiges Verhalten ist nach herrschender Meinung nur dann anzunehmen, wenn es sozialetisch zu missbilligen ist, weil es geeignet ist, die sozialen Beziehungen erheblich zu gefährden oder zu schädigen⁴⁶.

Im Hinblick auf das Strafrecht als ultima ratio und der Strafwürdigkeit vertritt *Otto*, dass Masseneinsatz von Laien nicht mehr das Unrecht einer Ordnungswidrigkeit sei. Ein Bußgeldtatbestand wäre adäquat⁴⁷. Zuzustimmen ist der von *Otto* vertretenen Auffassung dahingehend, dass Masseneinsatz von Laien, wenn auch unerwünscht, nicht sozialgefährlich ist⁴⁸. *Otto* verkennt jedoch, dass die Legitimationsgründe von § 16 Abs. 2 UWG nicht in der „überdimensionalen“ Eingliederung von Laien, sondern in der „Marktverengungsgefahr“, der „Ausnutzung von Spielleidenschaft“ bzw. der „Vermögensgefährdung der Teilnehmer“ und der „Kommerzialisierung privater Beziehungen“ liegen.

Es ist daher erforderlich zu untersuchen, ob es sich beim Betreiben eines progressiven Kundenwerbungsmodells überhaupt um eine Verhaltensweise handelt, die von der Gesellschaft als *strafwürdig* (in der Formulierung der herrschenden Meinung) zu werten ist, oder ob es sich um eine unerwünschte Verhaltensweise handelt, was aber nicht strafrechtlich zu ahnden ist.

1. Die Gefahr der Marktverengung

Teilweise wird in der Literatur vertreten, dass die Marktverengung nicht als Legitimationsgrund des § 16 Abs. 2 UWG angesehen werden kann. *Krack* orientiert sich an der fehlenden Marktfähigkeit des angebotenen Produktes. Die Verkaufspläne der Teilnehmer würden nicht wegen der Marktverengung scheitern, sondern wegen des schlechten Preis-Leistungs-Verhältnisses des Produkts⁴⁹. Nach *Schaf* existiert in Deutschland ein nicht beschränkter

⁴⁶ *Otto*, AT, 7. Aufl., 2004, § 1, Rdn. 49.

⁴⁷ (Für Schneeballsysteme) *Otto*, in: Großkomm-UWG, 1992, § 6c, Rdn. 13; *Bruns* lehnt die Einführung von § 6c UWG (a.F.) gänzlich ab. Denn er fragt, warum die Benutzung freundschaftlicher oder verwandtschaftlicher Beziehungen zum Absatz von Waren, die i.d.R. ihr Geld wert sind, strafrechtlich verwerflich sein soll. Oder weshalb das „überdimensionale“ Eingliedern von Laien in das Vertriebssystem eine strafwürdige Störung der Wirtschaft bewirken soll. Zudem bezweifelt er, ob dadurch tatsächlich eine Verwilderung der Geschäftssitten eintritt. (*Bruns*, in: GS-Schröder, 1978, 273, 287 f).

⁴⁸ *Bornkamm*, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 27. Aufl., 2009, § 16, Rdn. 3.

⁴⁹ *Krack*, FS-Otto, 2007, 609 (613).

Wirtschaftsraum. Die Schaffung des Europäischen Binnenmarktes habe für Unternehmen die Absatzmöglichkeiten erhöht⁵⁰.

Obwohl diese Ansicht auf den ersten Blick überzeugt, muss sie jedoch abgelehnt werden. Bei einem System progressiver Kundenwerbung wächst die Kundenzahl nach dem Prinzip der geometrischen Reihe an⁵¹. Demzufolge wird nach einiger Zeit zwingend ein Punkt erreicht, an dem eine weitere Werbung von Teilnehmern fast nicht mehr möglich ist. Zu diesem Zeitpunkt spielt das Preis-Leistungs-Verhältnis keine Rolle. Auch ein guter Werber wird Probleme haben, neue Teilnehmer zu finden. Auch spielt die Schaffung des Europäischen Binnenmarktes keine Rolle für die Teilnehmer. Zwar ist der Betreiber eines progressiven Kundenwerbungsmodells in der Regel ein Unternehmer, die Werber aber sind in der Regel Verbraucher. Die Werbetätigkeit der Verbraucher ist selbstverständlich beschränkter als die der Unternehmer. Demnach ist die Marktverengung sehr wohl ein Legitimationsgrund des § 16 Abs. 2 UWG⁵².

2. Glückspielartiger Charakter und Ausnutzung der Spiellust (Aleatorische Reize)

Als weiteres Argument⁵³ für die Legitimation des § 16 Abs. 2 UWG wird der durch die Möglichkeit des Systembeitritts ausgelöste „aleatorische Reiz“ ins Feld geführt, der dazu verführe, die Ware oder Dienstleistungen allein wegen der Gewinnmöglichkeiten zu erwerben⁵⁴. *Krack* lehnt auch dieses Argument ab, weil man kaum vom Zufall reden könne⁵⁵. Jedoch ist *Krack* zu widersprechen.

Das System beruht auf dem Prinzip, eine kleine Zahl von Teilnehmern notwendig auf Kosten einer größeren Zahl von Mitspielern zu bereichern. Nur deshalb weisen ohne Zweifel die in Frage stehenden Systeme ein gewisses spielerisches Element und Zufall auf. Wenn der

⁵⁰ *Schaf*, aleatorische Reize, 2006, S. 198 f.

⁵¹ *Hartlage*, WRP 1997, 1 (2); *Brammsen/Leible*, BB 1997, Beilage 10 zu Heft 32, 1 (17).

⁵² Ebenso indes ohne nähere Begründung BayObLG, wistra 1990, 240 (241); *Többens*, WRP 2005, 552 (554); *Solf*, in: Wabnitz/Janovsky, Handbuch, 3. Aufl., 2007, 14. Kapitel, Rdn. 70; *Diemer*, in: Erbs/Kohlhaas, Straf. Nebengesetze (Losbl.), UWG (158. Lief-August 2005), § 16, Rdn. 104; *Krehl*, in: LK, 12. Aufl., 2008, Vor § 287, Rdn. 2; *Nack*, in: Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl., 2006, § 59, Rdn. 44 formuliert: „Den Letzten beißen die Hunde“.

⁵³ *Brammsen/Leible*, BB 1997, Beilage 10 zu Heft 32, 1 (18) sprechen sogar von dem „wichtigsten“ Argument.

⁵⁴ OLG München, NJW 1986, 1880 (1881); OLG Karlsruhe, GRUR 1989, 615 (616); *Brammsen/Leible*, BB 1997, Beilage 10 zu Heft 32, 1 (18); *Thume*, WRP 1999, 280 (285).

⁵⁵ *Krack*, FS-Otto, 2007, 609 (614 f.).

Teilnehmer zunächst weitere Personen wirbt, erhält er die Chance, einen Gewinn zu erzielen. Die Vorteilsaussichten des Teilnehmers hängen allerdings vom Stand der Progression ab, wofür der Teilnehmer aber keinen Überblick hat⁵⁶. Hier spricht man sehr wohl vom Zufall.

Man kann die hier behandelten Systeme auch nicht mit staatlicher Lotterie oder mit legalen Spielveranstaltungen vergleichen. Obwohl für den Teilnehmer auch bei staatlichen Lotterien oder legalen Spielveranstaltungen nur eine minimale Gewinnchance besteht, handelt es sich aber um eine für alle „gleiche“ Gewinnchance. Die Gewinnchance verringert sich nicht abhängig vom Stand der Progression.

§ 16 Abs. 2 UWG kann damit mit der Argumentation „Glückspielartiger Charakter“ legitimiert werden⁵⁷.

Ein mit der Ausnutzung der Spiellust eng stehendes Argument ist das der „Vermögensgefährdung“. Die Annahme der Strafbarkeit wegen einer Vermögensgefährdung scheint jedoch auf den ersten Blick zweifelhaft, weil die Teilnehmer in erster Linie einer Mischung aus Gier, Dummheit, Gewinnsucht und der Bereitschaft zum illegalen Handeln zum Opfer fallen⁵⁸. *Otto* formuliert dies wie folgt aus: „Es ist gerade erstaunlich, vor welchen Risiken erwachsene Bürger im Wettbewerbsrecht eventuell sogar mit Strafnormen angeblich geschützt werden müssen. Das Vorstellungsbild des an anderem Orte oft beschworenen mündigen Bürgers ist hier zu dem eines bemitleidenswerten Blödians verkommen⁵⁹“. Deshalb läge eine „eigenverantwortliche Selbstgefährdung“⁶⁰, die die Strafbarkeit des Veranstalters ausschließt⁶¹, vor. Denn wer seine eigenen Rechtsgüter aus freien Stücken gefährdet, trägt dafür grundsätzlich die alleinige Verantwortung.

Bei diesen Systemen ist jedoch eine „einverständliche Fremdgefährdung“ anzunehmen, die die Strafbarkeit des Veranstalters nicht ausschließt. Denn bei allen Systemen erfasst der Veranstalter kraft seines Sachwissens (Wissensherrschaft) das von dem Neueinsteiger eingegangene Risiko besser als die sich selbst gefährdende Person. Der Veranstalter solcher

⁵⁶ *Dornis*, WRP 2007, 1303 (1304); *Hartlage*, WRP 1997, 1 (3); *Brandl*, Spieleidenschaft, 2003, S. 158.

⁵⁷ BayObLG, wistra 1990, 240 (241); ebenso indes ohne Begründung OLG Bamberg, NSTZ-RR 1997, 217 (217); *Dreyer*, in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*, UWG, 2. Aufl., 2009, § 16, Rdn. 31; *Krehl*, in: *LK*, 12. Aufl., 2008, Vor § 287, Rdn. 3; *Alexander*, WRP 2004, 407 (410).

⁵⁸ *Arzt*, in: *FS-Miyazawa*, 1995, 519 (526).

⁵⁹ *Otto*, in: *Großkomm-UWG*, 1992, § 6c, Rdn. 13.

⁶⁰ *Krack*, *FS-Otto*, 2007, 609 (612); *Amend-Traut*, *KJ* 2008, 408 (421).

⁶¹ Vgl. *Kühl*, *AT*, 6. Aufl., 2008, § 4, Rdn. 86 ff.; *Roxin*, *AT I*, 4. Aufl., 2006, § 11, Rdn. 107 ff.

Systeme informiert die Teilnehmer über den Stand der Progression und die damit bereits vorangeschrittene Marktverengung und die sich daraus ergebende unmögliche Gewinnmöglichkeit wenig oder sogar gar nicht⁶². Deshalb erscheint der Teilnehmer lediglich als „Multiplikator“.

3. Kommerzialisierung privater Beziehungen

Ein weiterer Legitimationsgrund und zur Strafwürdigkeit führender Umstand ist die Kommerzialisierung privater Beziehungen, weil die Teilnehmer in der Regel versuchen, Interessenten aus ihrem eigenen Bekannten-, Freundes-, oder Verwandtenkreis zu rekrutieren. Die Teilnehmer werden auf private Beziehungen zurückgreifen, weil sie wissen, es ist schwieriger, fremde Menschen zu einem Spielbeitritt zu bewegen, als eigene Freunde, Bekannte oder Arbeitskollegen. Private Beziehungen werden ausgenutzt, um den eigenen drohenden Verlust zu verhindern und einen Gewinn zu realisieren⁶³.

Die Pönalisierung jedes rechtswidrigen Verhaltens setzt ferner die Strafbedürftigkeit voraus. Die Strafbedürftigkeit scheint bei progressiver Kundenwerbung nicht problematisch. Zivilrechtliche Schutzmechanismen kommen zu spät⁶⁴. Auch der Gesetzgeber ging bei der Einfügung des § 6c UWG a.F. (§ 16 Abs. 2 UWG n.F.) in das Gesetz neben den strafrechtlichen Schwierigkeiten bei der Anwendung der §§ 284 ff. StGB, § 263 StGB, § 4 UWG a.F. (§ 16 Abs. 1 UWG n.F.) auch von einem in der Praxis mangelhaften Zivilrechtsschutz aus⁶⁵.

4. Ergebnis

In der Veranstaltung eines progressiven Kundenwerbungsmodells liegt - auch unter Achtung des Prinzips *ultima ratio* - durchaus strafwürdiges Unrecht, welches einen entsprechenden Straftatbestand rechtfertigen würde⁶⁶.

Zu berücksichtigen ist aber, dass dieses gefundene Ergebnis auf Selbstläuferkettenbriefsysteme nicht übertragen werden kann. Da diese Systeme nicht im geschäftlichen Ver-

⁶² Ebenso Zander, Strafbarkeit von Pyramidengewinnspielen, 2005, S. 26; Bläse, Die strafrechtliche Erfassung, 1997, S. 199.

⁶³ Solf, in: Wabnitz/Janovsky, Handbuch, 3. Aufl., 2007, 14. Kapitel, Rdn. 78; Krehl, in: LK, 12. Aufl., 2008, Vor § 287, Rdn. 3; Hartlage, WRP 1997, 1 (3 f.); Lampe, GA 1977, 33 (51 f.).

⁶⁴ Ausführlich Zander, Strafbarkeit von Pyramidengewinnspielen, 2005, S. 42 ff.

⁶⁵ BT-Drucks. 8/2145, S. 12.

⁶⁶ Krehl, in: LK, 12. Aufl., 2008, Vor § 287, Rdn. 11.

kehr stattfinden, wird den Teilnehmern keine Dienstleistung zur Verfügung gestellt. Das System wird mangels Überwachung zwangsläufig sehr bald abbrechen. Daher scheint dieses System nicht strafbedürftig⁶⁷.

II. Die strafrechtliche Würdigung von progressiver Kundenwerbung durch Rechtsprechung

Im Folgenden wird dargestellt, ohne eigene Stellungnahme, wie bei allen Formen von progressiver Kundenwerbung die Obergerichte zu unterschiedlichen Auffassungen kamen.

1. Rechtsprechungsübersicht bis zum Inkrafttreten des § 6c UWG a.F. (§ 16 Abs. 2 UWG n.F.)

a) Die strafrechtliche Würdigung von herkömmlichen Systemen

Bis zur Entscheidung des BGH vom 09.03.1976 (BGH, GA 1978, 332) wurde die Veranstaltung von herkömmlichen Systemen der progressiven Kundenwerbung (Schneeball- und Pyramidensysteme) von der Rechtsprechung fast ausnahmslos als unerlaubte Ausspielung unter § 286 Abs. 2 StGB a.F.⁶⁸ (§ 287 Abs. 1 StGB n.F.) subsumiert. Nur in wenigen Fällen kam auch Strafbarkeit gemäß § 4 UWG a.F. (§ 16 Abs. 1 UWG n.F.) in Betracht. In der Rechtsprechung wurde Strafbarkeit gemäß § 263 StGB fast kaum diskutiert.

aa) Schneeballsystem

(1) RGSt 34, 140: Das Reichsgericht erblickte im Verhalten des Angeklagten (d.h. der Ausspielung) eine strafbare Handlung nach § 286 Abs. 2 StGB a.F. (§ 287 Abs. 1 StGB n.F.). Laut RG umfasst der Begriff der Ausspielung jede Veranstaltung, durch welche dem Publikum gegen Entrichtung eines Einsatzes die Hoffnung auf Gewinn in Aussicht gestellt wird⁶⁹. Das RG hat auch „Zufall“ bejaht. Dementsprechend sagte das RG: „Diese Voraussetzungen hat der Angeklagte erfüllt, denn der Kauf des Coupons stellt nur die Einleitung bzw. den Ein-

⁶⁷ Nach *Richter* ist aus diesem Grund bei Selbstläufersystemen schon die Strafwürdigkeit zu verneinen, *Richter*, wistra 1988, 245 (245).

⁶⁸ Die bis zum 31.03.1998 geltende Fassung lautete:

„(1) Wer ohne behördliche Erlaubnis öffentliche Lotterien veranstaltet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Den Lotterien sind öffentlich veranstaltete Ausspielungen beweglicher oder unbeweglicher Sachen gleichzuhalten“.

⁶⁹ RGSt 34, 140 (142).

satz dar und der Erwerb des gegenüber dem Einsatz wertvolleren Gegenstandes wird zum Gewinn. Dass der Gegenstand in den Besitz des Käufers gelangt ist, hängt hingegen im Wesentlichen vom Zufall ab. Denn das Wesen des Zufalls ist in dem Mangel der Erkennbarkeit der einem Ereignisse zugrundeliegenden Kausalität zu finden⁷⁰“.

Das RG hat Strafbarkeit gemäß § 4 UWG a.F. hingegen verneint. Das RG kam zu der Ansicht, dass eine Mitteilung an einen größeren Kreis von Personen vorliege. Jedoch fehle es an einer unwahren und zur Irreführung geeigneten Angabe⁷¹.

(2) BGHSt 2, 139: Der BGH hat eine Strafbarkeit gemäß § 286 Abs. 2 StGB a.F. (§ 287 Abs. 1 StGB n.F.) bejaht. Nach Ansicht des BGH ist Zufall gleichbedeutend mit Unbeeinflussbarkeit des Ursachenverlaufs. Allerdings könne nicht verlangt werden, dass die Kausalität völlig unbeeinflussbar verläuft. Es genüge, wenn eine überwiegende, tatsächlich und rechtlich als wesentlich erscheinende Abhängigkeit besteht⁷².

Der BGH hat zugleich einen Verstoß des Verkaufssystems gegen § 4 UWG a.F. (§ 16 Abs. 1 UWG n.F.) bejaht. Nach Ansicht des BGH liegt eine unwahre und zur Irreführung geeignete Angabe vor, weil nicht einzelne Angaben der Werbeschrift auf ihren Wahrheitsgehalt zu untersuchen seien, sondern entscheidend sei die Gesamtwirkung einer Ankündigung. Diese dürfe nicht in einzelne Bestandteile zerrissen werden⁷³.

bb) Pyramidensystem

(1) BGH, GA 1978, 332: Obwohl der BGH ausdrücklich darauf hingewiesen hat, dass er an seiner bisherigen Rechtsprechung grundsätzlich festhalte, verneint der BGH einen Verstoß gegen § 286 Abs. 2 StGB a.F. (§ 287 Abs. 1 StGB n.F.). Der BGH hat erstmals ausdrücklich betont, dass es bei der Subsumtion einer Veranstaltung der progressiven Kundenwerbung unter § 286 Abs. 2 StGB a.F. (§ 287 Abs. 1 StGB n.F.) auf die besondere Gestaltung des Einzelfalles ankomme. Vor allem beantworte sich die Frage der Einwirkung des Zufalls auf die Gewinnerzielung in erster Linie nach den tatsächlichen Feststellungen. Insoweit aber weise die Werbung des Systems „MZE⁷⁴“ entscheidungserhebliche Besonderheiten auf: „...“

⁷⁰ RGSt 34, 140 (143).

⁷¹ RGSt 34, 140 (148).

⁷² BGHSt 2, 139 (140).

⁷³ BGHSt 2, 139 (145).

⁷⁴ „Mut zum Erfolg“.

Bei dieser Sachlage kommt dem Umstand, dass auch innerhalb der von der MZE eingeleitete Entwicklung nach unbeeinflussbaren mathematischen Gesetzen zu einer im Ergebnis jeden weiteren Verkaufserfolg ausschließenden Endphase führe, hier keine entscheidende Bedeutung zu. Wenn es auch richtig sein mag, dass der Zufall selbst bei zahlenmäßiger Begrenzung des Werbekreises mit fortschreitenden Werbeerfolgen größeren Einfluss auf die weiteren allgemeinen Erfolgsaussichten der MZE-Werber nehmen musste, so ist dem Landgericht doch unter den gegebenen Umständen darin zu folgen, dass das Absatzsystem der MZE - entsprechend dem ihm zugrunde gelegten Appell an die Entfaltung aller aktiven persönlichen Antriebskräfte - der persönlichen Tüchtigkeit und Eignung des Werbers Vorrang eingeräumt und damit die beherrschende Wirkung des Zufalls zumindest zurückgedrängt habe.⁷⁵

Darüber hinaus hat der BGH erstmals einen möglichen Verstoß gegen § 263 StGB diskutiert, jedoch letztendlich verneint. Die Täuschungshandlung der Angeklagten bezog sich nach Meinung des BGH nicht auf das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung, sondern allein auf die Realisierbarkeit von über die geschuldete Vertragsleistung hinausgehenden Erwartungen, deren Erfüllung nach dem Vertragsinhalt in erster Linie von den Erfolgsbemühungen des Kunden abhängen sollte. Diese waren in Wirklichkeit aber nicht ausschlaggebend, wodurch die Interessenten zu einem Irrtum geführt wurden. Da nach feststehender Rechtsansicht der Betrug sich gegen den Bestand des Vermögens richtet, müsste durch den Systemeinstieg ein Vermögensschaden eingetreten sein. Die durch Täuschung bewirkte bloße Vereitelung einer erstrebten Vermögensvermehrung stellt grundsätzlich noch keine betrügerische Vermögensminderung dar. Betrug komme allenfalls dann noch in Betracht, wenn eine reale Gewinnaussicht vereitelt werde, weil eine solche Erwartung bereits dem Vermögensbestand zugerechnet werden kann. Nicht aber, wenn sich nur eine wirtschaftlich nicht fassbare Hoffnung auf Vermögenszuwachs zerschlägt, wie es hier der Fall gewesen sei⁷⁶.

Hingegen hat das Gericht Strafbarkeit gemäß § 4 UWG a.F. (§ 16 Abs. 1 UWG n.F.) angenommen. Denn nach den Feststellungen des BGH wurden den Besuchern von Werbeveranstaltungen für den Fall der Anwerbung neuer Kunden ganz außergewöhnliche Verdienstmöglichkeiten in Aussicht gestellt, obgleich solche Möglichkeiten für die überwiegende Mehrheit in Wirklichkeit nicht gegeben waren. Dabei war allen Angeklagten bekannt, dass für

⁷⁵ BGH, GA 1978, 332 (334).

⁷⁶ BGH, GA 1978, 332 (333).

mindestens 90% der Kunden das Geldverdienen ein wichtiges Motiv für den Vertragsschluss mit der „MZE“ darstelle⁷⁷.

(2) OLG Frankfurt, wistra 1986, 31: Obwohl der BGH keine generelle Bewertung für Pyramidensysteme treffen wollte, war seine Entscheidung bestimmend für die anderen Instanzen. Das OLG hat eine Strafbarkeit gemäß § 286 Abs. 2 StGB a.F. (§ 287 Abs. 1 StGB n.F.) mit ähnlichen Argumentationen verneint. Das Gericht folgte der Ansicht des BGH auch bei der rechtlichen Würdigung der Pyramidensystemen auf der Grundlage von § 4 UWG a.F. (§ 16 Abs. 1 UWG n.F.)⁷⁸.

b) Die strafrechtliche Würdigung von Systemen ohne echte Warenkoppelung

Bis zum Inkrafttreten des § 6c a.F. UWG (§ 16 Abs. 2 UWG n.F.) haben sich die Gerichte lediglich mit Kettenbriefsystemen beschäftigt. Jedoch wurde nur eine Strafbarkeit gemäß § 286 StGB a.F. (§ 287 StGB n.F.) diskutiert. Andere Strafvorschriften kamen nicht in Betracht.

aa) Selbstläufersysteme

(1) OLG Stuttgart, NJW 1964, 365: Nach Auffassung des OLG war ein Selbstläuferkettenbriefsystem kein strafbares Vergehen gemäß §§ 284 ff. StGB, weil die Merkmale des Glückspiels nicht vorliegen würden. Soweit die Empfänger des Kettenbriefes Geldbeträge entsprechend der Spielregeln an die jeweils in ihrem Brief an erster Stelle stehende Adresse zahlten, bedeute dies weder die Leistung eines Einsatzes noch die Auszahlung eines Gewinns⁷⁹.

bb) Zentralgesteuerte Kettenbriefsysteme

(1) OLG Karlsruhe, NJW 1972, 1963 „Amerikanisches Roulette“: Nach Auffassung des OLG stellten die Briefe die Spieleinrichtung dar. Darüber hinaus seien die nach den Spielregeln aufzuwendenden 30 DM als Einsatz anzusehen⁸⁰. Das OLG hat auch das Merkmal „Zufall“ bejaht, denn bei den Spielen mit geometrischer Progression komme es mit Sicherheit alsbald zu einer Marktverengung, so dass nicht mehr die Fähigkeiten des Spielers als Werber,

⁷⁷ BGH, GA 1978, 332 (333).

⁷⁸ OLG Frankfurt, wistra 1986, 31 (34).

⁷⁹ OLG Stuttgart, NJW 1964, 365 (366).

⁸⁰ OLG Karlsruhe, NJW 1972, 1963 (1963).

sondern allein oder hauptsächlich der Zufall bestimmend ist, ob weitere Spieler gefunden werden können⁸¹.

2. Rechtsprechungsübersicht nach dem Inkrafttreten des § 6c UWG a.F. (§ 16 Abs. 2 UWG)

a) Die strafrechtliche Würdigung von herkömmlichen Systemen

aa) Schneeballsystem: Nach dem Inkrafttreten des § 6c UWG a.F. (§ 16 Abs. 2 UWG n.F.) haben sich die Strafgerichte nicht mit dem Schneeballsystem beschäftigt. Aus zivilrechtlicher Ansicht bewertet das OLG Jena das sog. „Bonussystem bei Sportwetten“ als unlauter⁸².

bb) Pyramidensystem: Auch mit dem Pyramidensystem mussten sich die Gerichte nicht auseinandersetzen. Obwohl es beim Sachverhalt des KG, NStZ-RR 2005, 26 um ein Pyramidensystem ging, musste sich das Gericht hauptsächlich mit der „Zuständigkeit des Amtsgerichts - § 24 Abs. 1 Nr. 3 GVG“ auseinandersetzen⁸³.

b) Die strafrechtliche Würdigung von Systemen ohne echte Warenkoppelung

aa) Kettenbriefsysteme

(1) Selbstläufersysteme

(aa) BGHSt 34, 171: Nach Meinung des BGH ist auf Kettenbriefaktionen der hier vorliegenden Art § 6c UWG a.F. (§ 16 Abs. 2 UWG n.F.) nicht anwendbar, da es sich dabei um private Rechtsbeziehungen und nicht um einen geschäftlichen Verkehr im Sinne des UWG handelt⁸⁴.

(2) Zentralgesteuerte Kettenbriefsysteme

(aa) AG Böblingen, wistra 1988, 242: Das AG Böblingen sah in dem Verhalten des Angeklagten ein Vergehen gemäß § 6c UWG a.F. (§ 16 Abs. 2 UWG n.F.). Denn er habe im

⁸¹ OLG Karlsruhe, NJW 1972, 1963 (1964).

⁸² OLG Jena, GRUR 2000, 442 (443).

⁸³ Siehe auch Vorinstanz LG Berlin, wistra 2004, 317.

⁸⁴ BGHSt 34, 171 (179).

geschäftlichen Verkehr gehandelt und die Interessenten zur Abnahme von Rechten (Mitgliedschaftsrecht) veranlasst⁸⁵.

(bb) BayObLG, wistra 1990, 240: Obwohl nach Ansicht des Gerichts der Angeklagte am geschäftlichen Verkehr teilgenommen hat⁸⁶, kam das Gericht zu dem Ergebnis, dass § 6c UWG a.F. nicht verwirklicht sei. Denn die verkaufte Gewinnchance sei Voraussetzung für das Tatbestandsmerkmal „Ware, Dienstleistung oder Recht“ und könne somit nicht gleichzeitig ein besonderer Vorteil i.S. des Tatbestandes sein⁸⁷.

bb) Geldgewinnspiele

(1) BGHSt 43, 270: Im Gegensatz zum BayObLG hat der BGH die Identität von dem versprochenen Vorteil und dem erlangten Gegenstand verneint⁸⁸. Nach Ansicht des BGH können deshalb Geldgewinnspiele - und alle Systeme ohne echte Warenkoppelung - unter § 6c UWG a.F. (§ 16 Abs. 2 UWG n.F.) subsumiert werden.

(2) OLG Rostock, JR 1998, 389: Das OLG Rostock hat die Frage, ob „Gewinnchance“ als besonderer Vorteil i.S.v. Tatbestand angesehen werden kann, offen gelassen. Das Gericht lehnte die Anwendung von Tatbestand ab, weil für die Strafbarkeit nach § 6c UWG a.F. der notwendige wettbewerbsrechtliche Bezugspunkt fehle. Der Verzicht auf dieses wettbewerbsbezogene Element des Tatbestands und die Anwendung des § 6c UWG a.F. auf alle Anwendungsformen des progressiven Systems würden letztlich eine gegen das in Art. 103 Abs. 2 GG verankerte Bestimmtheitsgebot verstoßende, unerlaubte Analogie darstellen⁸⁹.

cc) Schenkkreise

Schenkkreise sind der zivilrechtlichen Literatur⁹⁰ und Rechtsprechung⁹¹ nicht fremd. Insbesondere in den letzten Jahren musste sich die Rechtsprechung mit den Rückforderungsverfahren ehemaliger Teilnehmer beschäftigen. Zur Strafbarkeit der Schenkkreise liegt dagegen - soweit ersichtlich - keine strafrechtliche Entscheidung vor. Über die Strafbarkeit von

⁸⁵ AG Böblingen, wistra 1988, 242 (243).

⁸⁶ BayObLG, wistra 1990, 240 (240).

⁸⁷ BayObLG, wistra 1990, 240 (241).

⁸⁸ BGHSt 43, 270 (275).

⁸⁹ OLG Rostock, JR 1998, 389 (391) (JR 1998, 389 = NSStZ 1998, 467 = wistra 1998, 234 = StV 1998, 490).

⁹⁰ Amend-Traut, KJ 2008, 408.

⁹¹ OLG Köln, NJW 2005, 3290; BGH, NJW 2006, 45; BGH, NJW 2008, 1942 (Alle im Rahmen der § 138 Abs. 1 BGB und § 817 Satz 2 BGB).

Schenkkreisen finden sich in zivilrechtlichen Entscheidungen ein paar unbegründete Stellungnahmen als obiter dictum. Nach Auffassung des AG Köln sind Schenkkreise kein strafbares Vergehen i.S. des § 6c UWG a.F., weil für die Strafbarkeit nach § 6c UWG a.F. der notwendige wettbewerbsrechtliche Bezugspunkt fehle⁹².



⁹² AG Köln, vom 18.02.2004 (112 C 551/03) (Rdn. 62 - Juris) im Rahmen des diskutierten Schadenersatzanspruchs aus § 823 Abs. 2 BGB i.V. mit § 6c UWG a.F.

D. Strafrechtliche Schutzmechanismen nach anderen Strafvorschriften

Die strafrechtliche Würdigung von progressiver Kundenwerbung ist nicht einhellig. Auch nach dem Inkrafttreten des § 6c UWG a.F. (16 Abs. 2 UWG n.F.) wurden Erscheinungsformen von progressiver Kundenwerbung - insbesondere „Systeme ohne echte Warenkoppelung“ - nicht übereinstimmend bewertet. Im Folgenden ist deshalb zu prüfen, ob progressive Kundenwerbungsmodelle unter die anderen Strafvorschriften subsumiert werden können. Denkbar ist eine Sanktionierung nach §§ 284 ff. StGB, § 263 StGB sowie § 16 Abs. 1 UWG.

Da der Mittelpunkt dieser Arbeit „Strafbarkeit der progressiven Kundenwerbung gemäß § 16 Abs. 2 UWG“ ist, ist darauf hinzuweisen, dass in den nächsten Paragraphen mögliche Strafbarkeit nach anderen Strafvorschriften lediglich zusammengefasst wird.

I. §§ 284 ff. StGB

1. Zufall

Ein Zufall liegt i.S.v. § 284 StGB vor, wenn die Entscheidung über Gewinn und Verlust allein oder hauptsächlich auf dem Wirken unberechenbarer, dem Einfluss der Beteiligten in ihrem Durchschnitt entzogener Ursachen beruht⁹³.

Nun stellt sich die Frage, ob bei progressiver Kundenwerbung die Erlangung des Gewinns bzw. Vorteils (Provision) wesentlich von unberechenbaren und unbeeinflussbaren Ursachen abhängt, oder ob körperliche und geistige Fähigkeiten des Spielers die Entscheidung bestimmen.

Teilweise wird vertreten, dass die Strafbarkeit gemäß §§ 284 ff. StGB schon am Merkmal „Zufall“ scheitert, weil die Entscheidung über Gewinn oder Verlust entscheidend

⁹³ BGHSt 2, 274 (276); BGHSt 29, 152 (157); BGHSt 36, 74 (80); *Eichmann/Sörup*, MMR 2002, 142 (143); *Groeschke/Hohmann*, in: MünchKomm-StGB, 2006, § 284, Rdn. 6; *Hecker/Ruttig*, GRUR 2005, 393 (397); *Fischer*, StGB, 56. Aufl., 2009, § 284, Rdn. 4; *Eser/Heine*, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl., 2006, § 284, Rdn. 5.

von der Gewandtheit und der Entschluss- bzw. Überzeugungskraft des jeweiligen Werbers abhängen⁹⁴.

Diese Ansicht ist unzutreffend. Denn bei diesen Systemen kommen mehrere Umstände in Betracht, die dem Einfluss der Mitspieler entzogen sind⁹⁵. Bei allen Systemen hängt die Vorteilsmöglichkeit davon ab, ob es dem ersten Kunden bzw. dem ersten Abnehmer gelingt, andere erfolgreich zu werben. Obwohl der Werber sich die von ihm zu werbende Personen geplant aussuchen kann, wirkt er aber sicherlich nicht 100% auf den freien Willensentschluss des Geworbenen ein. Schon hierin ist Zufall i.S.v. §§ 284 ff. StGB anzusehen⁹⁶.

Darüber hinaus führt der progressive Charakter eines Systems dazu, dass der Werber keinen Einfluss auf die Entscheidung über Gewinn oder Verlust hat. Der Werber weiß nicht, in welchem Abschnitt der Progression er steht bzw. einsteigt und wie weit der für ihn in Betracht kommende Markt an Teilnehmern bereits gesättigt ist. Denn es kommt zwingend ein Zeitpunkt, an dem es ausgeschlossen ist, weitere Teilnehmer zu finden⁹⁷. So kann auch ein guter Werber (Werbespezialist) Probleme haben, weitere Neueinsteiger zu finden⁹⁸.

Folglich ist festzuhalten, dass bei allen Formen von progressiven Kundenwerbungssystemen Zufall i.S.v. §§ 284 ff. StGB zu bejahen ist.

2. Einsatz

Eine weitere Voraussetzung zum Vorliegen eines Glückspiels – in den Tatbeständen der §§ 284 StGB wird die Erforderlichkeit eines Einsatzes zwar nicht ausdrücklich erwähnt – ist ein vom Spieler geleisteter Einsatz. Nach allgemeiner Meinung leistet einen Einsatz, wer bewusst einen Vermögenswert für die Beteiligung an einer Gewinnchance opfert⁹⁹. Darunter fällt jede Leistung, die in der Hoffnung erbracht wird, im Fall des Gewinnens eine höherwertige Leistung zu erhalten, und in der Befürchtung, dass sie im Fall des Verlierens dem Gegenspieler oder Veranstalter anheim fällt¹⁰⁰.

⁹⁴ BGH, GA 1978, 332 (334); vgl. *Brandl*, Spieleleidenschaft, 2003, S. 167.

⁹⁵ BGHSt 2, 139 (141).

⁹⁶ Skeptisch *Raube*, Strafrechtliche Probleme, 1995, S. 47; *Bläse*, Die strafrechtliche Erfassung, 1997, S. 131.

⁹⁷ *Bläse*, Die strafrechtliche Erfassung, 1997, S. 132.

⁹⁸ *Raube*, Strafrechtliche Probleme, 1995, S. 48.

⁹⁹ BGHSt 11, 209 (211); *Eichmann/Sörup*, MMR 2002, 142 (143); *von Frentz/Masch*, ZUM 2006, 189 (191).

¹⁰⁰ BGHSt 34, 171 (176).

Stellt sich die Frage, ob bei progressiven Kundenwerbungsmodellen die von den Mitspielern geleisteten Zahlungen als Einsatz i.S.v. §§ 284 ff. StGB zu bewerten sind.

a) Herkömmliche Systeme

Bei herkömmlichen Systemen von progressiver Kundenwerbung ist nach Auffassung von *Bläse* ein Einsatz anzunehmen, weil ein versteckter Einsatz¹⁰¹ vorläge¹⁰².

Diese Auffassung ist abzulehnen. Die Teilnehmer leisten bei herkömmlichen Systemen keinen Einsatz, um zu spielen, sondern sie bezahlen für den Erwerb der Ware einen bestimmten Betrag. Wenn es ihnen gelingt, andere zu werben, erwerben die Teilnehmer die Ware mit Minderpreis. Wenn man der Rest (Preis-Minderpreis) - so *Bläse* - als Einsatz für die Gewinnchance bewertet, verkennt man, dass die Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung die Grundlage des versteckten Einsatzes entzieht¹⁰³. Folglich fehlt bei herkömmlichen Systemen ein Einsatz i.S.v. §§ 284 ff. StGB.

b) Systeme ohne echte Warenkoppelung

Nach einer Ansicht soll für die Annahme des Vorliegens eines Einsatzes genügen, dass die Zahlungen zum Zwecke der Beteiligung an dem Spiel geleistet werden. Die von den Mitspielern geleisteten Zahlungen eröffnet die Gewinnmöglichkeit¹⁰⁴, weil zwischen den Geldzahlungen und der Erlaubnis, neue Spieler zu werben, ein so enger Zusammenhang bestehe, dass die Zahlungen letztlich die Gewinnmöglichkeit begründen¹⁰⁵. Also bewertet diese Auffassung jede Zahlung als Einsatz i.S.v. §§ 284 ff. StGB.

Diese Ansicht überzeugt jedoch nicht. Es ist für die Annahme des Einsatzes zwingend erforderlich, dass zwischen der Aufwendung eines Vermögenswertes und dessen Gewinn oder Verlust notwendigerweise ein unmittelbarer Zusammenhang bestehen muss¹⁰⁶. Somit

¹⁰¹ „Der Spieler hätte ohne die Gewinnaussicht eine (wenn auch gleichwertige) Gegenleistung für sein Vermögensopfer nicht erworben“, *Eichmann/Sörup*, MMR 2002, 142 (143); *von Frentz/Masch*, ZUM 2006, 189 (191).

¹⁰² *Bläse*, Die strafrechtliche Erfassung, 1997, S. 139.

¹⁰³ BGH, GA 1978, 332 (334); *Bruns*, in: GS-Schröder, 1978, 273 (277 f.); *Krehl*, in: LK, 12. Aufl., 2008, Vor § 287, Rdn. 8; *Groeschke/Hohmann*, in: MünchKomm-StGB, 2006, § 287, Rdn. 10 siehe auch *Krehl*, in: LK, 12. Aufl., 2008, § 284, Rdn. 11.

¹⁰⁴ BGHSt 2, 79 (84).

¹⁰⁵ OLG Karlsruhe, NJW 1972, 1963 (1964).

¹⁰⁶ BGHSt 34, 171 (175 f.); OLG Stuttgart, NJW 1964, 365 (366); *Eser/Heine*, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl., 2006, § 284, Rdn. 6.

scheiden bloße Spielberechtigungszahlungen als Einsatz aus, da diese von vornherein stets verloren sind¹⁰⁷.

Der BGH kam auch zutreffend zum selben Ergebnis¹⁰⁸. Nach Auffassung des BGH wird Einsatz i.S.v. §§ 284 ff. StGB nicht geleistet. Denn diese an einen (i.d.R. dem an erster Stelle der Liste stehenden) Mitspieler geleisteten Zahlungen fließen einem Mitspieler, aber nicht einem Gegenspieler oder dem Veranstalter, zu. Deshalb ist dieser Betrag stets verloren. Die Aussicht auf Gewinn sei von der eigenen Zahlung unabhängig. Die Gewinnhoffnung bestehe für den Mitspieler nicht darin, bei günstigem Ausgang des Spiels seinen Einsatz zurück zu erhalten, sondern darin, dass andere Mitspieler später einmal unmittelbar an ihn Leistungen erbringen werden. Daher sei ein Spiel, bei dem ein Mitspieler nur an vor ihm eingetretene Mitspieler zahlt, von diesen jedoch nichts erhält, sondern vielmehr hofft, möglicherweise nach ihm eintretende Mitspieler würden an ihn zahlen, nicht mit dem Begriff des Glückspiels in Übereinstimmung zu bringen¹⁰⁹. Obwohl der BGH diese Feststellung lediglich im Zusammenhang mit der Bewertung eines Selbstläuferkettenbriefsystems machte, ist sie nach Auffassung des Autors auf sämtliche „progressiven Systeme ohne echte Warenkoppelung“ zu übertragen.

Hier beginnen die Bedenken von *Raube*. Nach *Raube* kommt es nicht darauf an, an wen der Mitspieler zahlt. Entscheidendes Kriterium sei nur, dass die Mitspieler aus Spielleidenschaft Geld gezahlt haben und jemand anderer sich hieran bereichere. Denn als Schutzzweck der §§ 284 ff. StGB sei „lediglich“ „das Vermögen der Mitspieler“ anzusehen. Daher liegt nach Meinung *Raubes* ein Einsatz schon immer dann vor, wenn der Mitspieler eine Vermögensdisposition getroffen hat, die sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt. Auf den unmittelbaren Zusammenhang zwischen aufgewendeten Vermögenswert und Gewinn komme es dagegen nicht an¹¹⁰.

¹⁰⁷ Ebenso BayObLG, wistra 1990, 240 (241); OLG Celle, NJW 1996, 2660 (2661); *Finger*, ZRP 2006, 159 (160); *Weitemeier/Große*, Kriminalistik 1996, 787 (788); *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT 1, 9. Aufl., 2003, § 44 Rdn. 5.

¹⁰⁸ BGHSt 34, 171 – „Goldkreis-Entscheidung“.

¹⁰⁹ BGHSt 34, 171 (177); zustimmend *Brandl*, Spielleidenschaft, 2003, S. 167; *Sonnen*, JA 1987, 108 (109); kritisch zu den Begründungen der Entscheidung, jedoch mit Zustimmung zum Ergebnis unter Berücksichtigung des Schutzzgedankens der §§ 284 ff. StGB und Bagatelldes Systems *Lampe*, JR 1987, 383 (383 ff.).

¹¹⁰ *Raube*, Strafrechtliche Probleme, 1995, S. 55 ff.

Damit muss man sich dem Rechtsgut der Glückspieltatbestände zuwenden. Zuzustimmen ist der von *Raube* vertretenen Auffassung dahingehend, dass als Teil des Rechtsgutes der §§ 284 ff. StGB auch das Vermögen des einzelnen Spielers anzusehen ist. Jedoch kommt als Rechtsgut auch das Interesse der Allgemeinheit an staatlicher Begrenzung und Kontrolle des Glücksspiels in Betracht.

Nach ständiger Rechtsprechung zielen die §§ 284 ff. StGB darauf ab „die wirtschaftliche Ausbeutung der natürlichen Spielleidenschaft des Publikums unter staatliche Kontrolle und Zügelung zu nehmen¹¹¹“. Auch in der Literatur wird das von §§ 284 ff. StGB geschützte Rechtsgut ähnlich gesehen. Die herrschende Meinung in der Literatur sieht als Rechtsgut die Sicherung der staatlichen Kontrolle bei einer Kommerzialisierung der natürlichen Spielleidenschaft an¹¹². Ebenso kam der Gesetzgeber zur selben Überzeugung. Er gab vier Zwecke als Legitimation für die §§ 284 ff. StGB an. „Zweck dieser Regelungen ist es,

1. Eine übermäßige Anregung der Nachfrage nach Glücksspielen zu verhindern
2. Durch staatliche Kontrolle einen ordnungsgemäßen Spielablauf zu gewährleisten
3. Eine Ausnutzung des natürlichen Spieltriebs zu privaten oder behördlichen Gewinnzwecken zu verhindern und
4. Einen nicht unerheblichen Teil der Einnahmen aus Glücksspielen (mindestens 25%) zur Finanzierung gemeinnütziger oder öffentlicher Zwecke heranzuziehen¹¹³“

Das öffentliche Interesse an einer staatlichen Begrenzung und Kontrolle der wirtschaftlichen Ausbeutung der Spielleidenschaft kommt hier deutlich zum Ausdruck.

Als Ergebnis bleibt festzuhalten, dass als Rechtsgut der §§ 284 ff. StGB zum einen das Individualvermögen und zum anderen das Interesse der Allgemeinheit an einem unter staatli-

¹¹¹ Vgl. z.B. BGHSt 11, 209 (210) unter Hinweis auf RGSt 65, 194 (195); vgl. ferner aus der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung z.B. BVerfGE 28, 119 (148).

¹¹² *Fischer*, StGB, 56. Aufl., 2009, § 284, Rdn. 2; *Eser/Heine* sehen als unmittelbaren Schutzzweck die staatliche Kontrolle des Glücksspiels an, bezeichnen § 284 StGB aber mittelbar auch als abstraktes Vermögensgefährdungsdelikt, wobei es insoweit nur noch um den Schutz des Einzelnen vor Manipulation beim Glücksspiel zum Schaden seines eigenen Vermögens gehe, *Eser/Heine*, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl., 2006, § 284, Rdn. 2c.

¹¹³ BT-Drucks. 13/8587, S. 67.

cher Begrenzung und Kontrolle stehenden Glückspiel vor abstrakten Gefährdungen anzusehen sind. Also ist die Auffassung von *Raube* abzulehnen, weil bei einem reinen Schutz vor Vermögensgefährdung auch die vom Staat geleiteten Spielbanken bzw. Lottogesellschaften oder privat betriebenen Lotterien, die vergleichbar vermögensgefährdend wirken, von den Tatbeständen der §§ 284 ff. StGB erfasst sein müssten.

3. Ergebnis zu §§ 284 ff. StGB

Da die progressiven Kundenwerbungsmodelle mangels Vorliegens eines Einsatzes nicht als Glückspiel i.S. des § 284 StGB angesehen werden können, können sie schon deswegen auch keine Lotterie oder Ausspielung i.S. des § 287 StGB sein, denn Lotterie oder Ausspielung sind nur besondere Arten des Glücksspiels. Als Ergebnis ist zu konstatieren, dass eine Bestrafung gemäß §§ 284 ff. StGB nicht möglich ist.

II. § 263 StGB

1. Täuschungshandlung

Die Betrugshandlung setzt eine Täuschung über Tatsachen mittels einer wahrheitswidrigen Behauptung oder durch sonstiges Verhalten voraus, das einen bestimmten Erklärungswert hat und der Irreführung anderer dient. Unter Tatsachen sind gegenwärtige oder vergangene Verhältnisse, Zustände oder Geschehnisse zu verstehen. Nicht erfasst ist dagegen, was in der Zukunft liegt, oder bloße Werturteile¹¹⁴.

Problematisch erscheint in diesem Zusammenhang, ob die künftige Absetzbarkeit einer Ware (bei herkömmlichen Systemen) oder die künftige Gewinnchance (bei Systemen ohne echte Warenkoppelung) als „Tatsache“ angesehen werden können. In der Literatur wird mehrheitlich vertreten, dass innersubjektive Zustände, Vorgänge, Kenntnisse und Absichten Tatsachen sein können¹¹⁵. Demnach kann der Veranstalter von solchen Systemen, der eine Voraussage über die zukünftigen Ereignisse abgibt, Betrug begehen. Denn er ist überzeugt davon, dass der von ihm behauptete Vorteil in Zukunft entstehe. Seine Behauptungen beruhen

¹¹⁴ Fischer, StGB, 56. Aufl., 2009, § 263, Rdn. 6; Cramer/Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl., 2006, § 263, Rdn. 8; Tiedemann, in: LK, 11. Aufl., 2000, § 263, Rdn. 13.

¹¹⁵ Fischer, StGB, 56. Aufl., 2009, § 263, Rdn. 7; Cramer/Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl., 2006, § 263, Rdn. 10; Tiedemann, in: LK, 11. Aufl., 2000, § 263, Rdn. 12.

gleichzeitig auf inneren Tatsachen. Folglich liegt eine Täuschungshandlung i.S.v. § 263 StGB vor¹¹⁶.

2. Irrtum

Durch die Täuschung muss im Getäuschten ein Irrtum erregt oder unterhalten werden. Irrtum i.S. des § 263 StGB ist jede unrichtige, der Wirklichkeit nicht entsprechende Vorstellung über Tatsachen¹¹⁷.

Problematisch ist, ob ein Irrtum i.S. des § 263 StGB auch dann vorliegt, wenn der Teilnehmer an der Wahrheit der vorgespiegelten Tatsache zweifelt. Diese Problematik ist aber leicht überspringbar mit Hilfe der herrschenden Möglichkeitstheorie. Denn es reicht für die Annahme eines Irrtums, wenn der Getäuschte (=der Teilnehmer) die vorgespiegelte Tatsache nur für möglicherweise wahr hält, wenn er sich nur von dieser Vorstellung zur Verfügung motivieren lässt¹¹⁸. Daher ist anzunehmen, dass bei allen progressiven Kundenwerbungsmodellen ein Irrtum vorliegt. Denn der Systemeinsteiger bringt durch seine Vermögensverfügung zum Ausdruck, dass er von der wahrscheinlichen Wahrheit der Anzeige ausgeht. Auch ist die Kausalität der Täuschungshandlungen für den Irrtum zu bejahen¹¹⁹.

3. Vermögensverfügung

Der Teilnehmer muss des Weiteren durch den erregten oder unterhaltenen Irrtum zu einer Vermögensverfügung veranlasst worden sein. Dieses von der herrschenden Meinung vorausgesetzte ungeschriebene Tatbestandsmerkmal erfasst jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen des Teilnehmers, welches sich vermögensmindernd auswirkt¹²⁰.

Der an den Veranstalter gezahlte Warenpreis ist bei herkömmlichen Systemen als Vermögensverfügung anzusehen. Bei Systemen ohne echte Warenkoppelung liegt eine Ver-

¹¹⁶ a.A. OLG Celle, NJW 1996, 2660 (2661); *Finger*, ZRP 2006, 159 (159 f.); *Weitemeier/Große*, Kriminalistik 1996, 787 (788); vgl. auch *Arzt*, FS-Miyazawa, 1995, 519 (524 f.); wie hier *Bläse*, Die strafrechtliche Erfassung, 1997, S. 145 ff.; *Raube*, Strafrechtliche Probleme, 1995, S. 78 ff.

¹¹⁷ *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, 32. Aufl., 2009, Rdn. 508.

¹¹⁸ *Fischer*, StGB, 56. Aufl., 2009, § 263, Rdn. 33a; *Cramer/Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl., 2006, § 263, Rdn. 40; *Tiedemann*, in: LK, 11. Aufl., 2000, § 263, Rdn. 84 f.; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, 32. Aufl., 2009, Rdn. 510.

¹¹⁹ *Bläse*, Die strafrechtliche Erfassung, 1997, S. 147; Skeptisch *Raube*, Strafrechtliche Probleme, 1995, S. 94.

¹²⁰ *Fischer*, StGB, 56. Aufl., 2009, § 263, Rdn. 40; *Cramer/Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl., 2006, § 263, Rdn. 54 f.; *Tiedemann*, in: LK, 11. Aufl., 2000, § 263, Rdn. 97.

mögensverfügung in der Zahlung eines Eintrittsbetrages an den an erster Stelle stehenden Mitspieler vor. Diese Tatbestandsvoraussetzung wird auch unproblematisch erfüllt.

4. Vermögensschaden

Eine weitere Voraussetzung ist ein beim Teilnehmer eingetretener Vermögensschaden. Die Schadensberechnung erfolgt anhand eines objektiv-individualisierenden Beurteilungsmaßstabes nach dem Prinzip der Gesamtsaldierung¹²¹, d.h. es wird der Wert des Gesamtvermögens vor und nach der Verfügung verglichen¹²². Mit anderen Worten: Ein Vermögensschaden i.S. von § 263 StGB liegt vor, wenn die durch die Verfügung hervorgerufene Minderung des Vermögens nicht durch einen unmittelbaren Zuwachs gänzlich kompensiert wird¹²³.

a) Herkömmliche Systeme

Bei den herkömmlichen Systemen bezahlt der Teilnehmer den Warenpreis und auch in meisten Fällen auch noch eine Seminarteilnahmegebühr. Als Gegenleistung erhält der Teilnehmer Waren oder andere Leistungen (z.B. Seminare, Beteiligungsrechte).

Ein Vermögensschaden liegt nicht vor, wenn Leistung und Gegenleistung sich entsprechen (Kompensation)¹²⁴. Bei der Gleichwertigkeit der Gegenleistung entscheidet ihr Marktwert¹²⁵.

Bei den herkömmlichen Systemen wurde in der Rechtsprechung - zu Recht - festgestellt, dass die gleichen Waren in anderen Geschäften tatsächlich den vollen Kaufpreis kosten, dass der Verkehrs- oder Marktwert der Sache dem des Kaufpreises entsprach, also die Ware in ihrem Wert war¹²⁶. Da der Schutzzweck des § 263 StGB in der Verhinderung von Vermögensschaden, nicht aber in der Verhinderung von Dispositionsfreiheit liegt¹²⁷, ist bei der Bewertung ein großzügiger Maßstab anzulegen. Dass jemand Waren für einen überteuer-

¹²¹ BGH, NJW 2009, 2390 (2391); *Fischer*, StGB, 56. Aufl., 2009, § 263, Rdn. 71.

¹²² *Fischer*, StGB, 56. Aufl., 2009, § 263, Rdn. 70.

¹²³ *Cramer/Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl., 2006, § 263, Rdn. 99.

¹²⁴ *Cramer/Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl., 2006, § 263, Rdn. 106.

¹²⁵ *Lackner/Kühl*, StGB, 26. Aufl., 2007, § 263, Rdn. 38.

¹²⁶ BGH, GA 1978, 332 (333).

¹²⁷ *Lackner/Kühl*, StGB, 26. Aufl., 2007, § 263, Rdn. 2; *Cramer/Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl., 2006, § 263, Rdn. 1/2; *Tiedemann*, in: LK, 11. Aufl., 2000, Vor § 263, Rdn. 18; *Fischer*, StGB, 56. Aufl., 2009, § 263, Rdn. 3.

ten Preis erwerbt und damit keinen Gewinn macht, obwohl er auf zukünftige vorteilhafte Geschäfte hofft, wird nicht von § 263 StGB geschützt¹²⁸.

b) Systeme ohne echte Warenkoppelung

Bei diesen Systemen bekommen die Teilnehmer durch Zahlung eines Eintrittsbetrages eine Gewinnchance. Nun stellt sich zuerst die Frage, ob die Gewinnchancen als Vermögensbestandteil angesehen werden können.

Nach allgemeiner Auffassung ist Vermögen i.S. des § 263 StGB die Gesamtheit aller wirtschaftlichen Güter einer Person, die ihrer rechtlich gebilligten und geschützten Verfügungsgewalt unterliegen (juristisch-ökonomischer Vermögensbegriff)¹²⁹. Nach dieser Ansicht stellen Erwerbssaussichten (Anwartschaften/Exspektanzen)¹³⁰, sofern es sich nicht nur um allgemeine und unbestimmte Aussichten und Hoffnungen handelt, sondern eine Sachlage vorliegt, die mit Wahrscheinlichkeit einen Vermögenszuwachs erwarten lässt, bereits einen Vermögenswert dar¹³¹. Nach diesen von dem juristisch-ökonomischer Vermögensbegriff ausgehenden Ausführungen wird bei der mit einem staatlichen Lotterielos verbundenen Gewinnchance ein Vermögensbestand angesehen, weil der Vermögenszuwachs bei normalem Verlauf der Dinge mit Wahrscheinlichkeit eintritt oder zumindest eine konkrete Gewinnchance besteht¹³².

Nun stellt sich weiterhin die Frage, ob die Gewinnchance bei Systemen ohne echte Warenkoppelung „hinreichend konkretisiert“ ist. Bei diesen Systemen handelt es sich aber um allgemeine und unbestimmte Hoffnungen, einen Gewinn zu erzielen. Denn die Realisierbarkeit der über die geschuldete Vertragsleistung hinausgehenden Erwartungen (Gewinnchancen) hängt von den Werbebemühungen der Teilnehmer ab. Die Gewinnchance verstärkt sich mit der Anwerbung weiterer Mitspieler, so dass von einer hinreichenden Konkretisierung, im Gegensatz zum Lotterielos, nicht ausgegangen werden kann¹³³.

¹²⁸ Ebenso *Bläse*, Die strafrechtliche Erfassung, 1997, S. 150; *Raube*, Strafrechtliche Probleme, 1995, S. 97.

¹²⁹ Vgl. statt vieler nur *Tiedemann*, in: LK, 11. Aufl., 2000, § 263, Rdn. 132.

¹³⁰ Ausführlich siehe *Hefendehl*, in: MünchKomm-StGB, 2006, § 263, Rdn. 339 ff.

¹³¹ *Cramer/Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl., 2006, § 263, Rdn. 87.

¹³² *Cramer/Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl., 2006, § 263, Rdn. 90.

¹³³ **a.A.** *Raube*, Strafrechtliche Probleme, 1995, S. 102; *Bläse*, Die strafrechtliche Erfassung, 1997, S. 186; wie hier *Krehl*, in: LK, 12. Aufl., 2008, Vor § 287, Rdn. 10; *Brandl*, Spielleidenschaft, 2003, S. 181.

Somit ist festzuhalten, dass es sich bei diesen Systemen bei der durch Zahlung erlangten Gewinnchance lediglich um eine wirtschaftlich nicht fassbare Hoffnung auf Gewinnerzielung handelt. Betrug kommt lediglich in Betracht, wenn eine reale Gewinnaussicht vereitelt wird¹³⁴. Die bloße Gewinnchance kann nicht als Vermögensbestand angesehen werden.

5. Ergebnis zu § 263 StGB

Strafbarkeit dieser „modernen Formen des organisierten Betrugs“¹³⁵ gemäß § 263 StGB ist nicht möglich.

III. § 16 Abs. 1 UWG

1. Objektiver Tatbestand

a) Irreführende Werbung durch unwahre Angaben

Der objektive Tatbestand setzt zunächst voraus, dass der Täter „durch unwahre Angaben irreführend wirbt“. Der Gesetzgeber hat die bisherige Formulierung in § 4 UWG a.F. „Wer ... unwahre und zur Irreführung geeignete Angaben macht“ nicht übernommen. Nach der amtlichen Begründung ist Grundvoraussetzung für die Erfüllung des Tatbestandes „das Vorliegen einer irreführenden Werbung i.S.v. § 5 UWG, wobei entsprechend der bisherigen Regelungen nur Fälle der Irreführung durch unwahre Angaben erfasst werden“¹³⁶.

Angaben sind Aussagen, die zumindest in ihrem Kern eine konkret fassbare und einer Nachprüfung zugängliche Tatsachenbehauptung enthalten¹³⁷. Der Begriff der Angabe entspricht dem der Tatsachenbehauptung i.S. des § 263 StGB. Also kann wiederum auf die bei § 263 StGB gemachten Feststellungen zurückgegriffen werden.

Die Angaben müssen einen der in § 5 Abs. 1 Satz 2 UWG genannten Umstände betreffen, also die wesentlichen Merkmale der Ware oder Dienstleistung (z.B. Absetzbarkeit von Waren, Preise bzw. Preisvorteile, Notwendigkeit einer Leistung usw.)¹³⁸.

¹³⁴ BGH, GA 1978, 332 (333); siehe auch *Tiedemann*, in: LK, 11. Aufl., 2000, § 263, Rdn. 136.

¹³⁵ LG Ingolstadt, wistra 1997, 76 (76).

¹³⁶ BT-Drucks. 15/1487, S. 26.

¹³⁷ *Bornkamm*, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 27. Aufl., 2009, § 16, Rdn. 8; *Rengier*, in: Fezer-UWG, 2005, § 16, Rdn. 50.

¹³⁸ Vgl. statt vieler *Dreyer*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2. Aufl., 2009, § 16, Rdn. 7.

Bei allen Formen der progressiven Kundenwerbung werden immer Waren (bei herkömmlichen Systeme) oder andere Dienstleistungen oder Rechte (bei Systemen ohne echte Warenkoppelung) gewährt. Ihre Absetzbarkeit, ihr Preis, wie vom Veranstalter angegeben, ist sachlich nachprüfbar. Demnach liegen bei progressiver Kundenwerbung „Angaben“ vor.

Darüber hinaus muss die Werbung „unwahr“ sein. Jedoch ist die Auslegung des Unwahrheitsmerkmals umstritten. Wann eine Angabe als „unwahr“ i.S. des § 16 Abs. 1 UWG bezeichnet werden kann, wird nicht einheitlich beurteilt.

Eine Ansicht geht von einem subjektiven Verständnis aus der Sicht des Adressatenkreises aus¹³⁹. Diese Ansicht ist aber mit dem Art. 103 Abs. 2 GG schwer vereinbar, weil sie den Strafbarkeitsbereich zu weit ausdehnt und zu Konflikten mit dem Bestimmtheitsgebot führt¹⁴⁰.

Nach der Gegenansicht (h.M.)¹⁴¹ und dem BGH¹⁴² soll eine Angabe dann unwahr sein, wenn ihr Inhalt mit der Wirklichkeit nicht übereinstimmt. Demnach macht der Veranstalter eines progressiven Kundenwerbungsmodells dann *keine* unwahren Angaben, wenn er die Bedingungen vollständig darlegt, die für den Eintritt eines Gewinnes erfüllt sein müssen. Somit scheidet in diesen Fällen Strafbarkeit gemäß § 16 Abs. 1 UWG aus.

Jedoch bleibt immer noch fraglich, wenn der Veranstalter dem potenziellen Neueinsteiger unvollständige oder sogar keine Angabe z.B. über den Stand der Progression oder über die früher oder später eintretende Marktverengung macht. Fraglich erscheint in diesen Fällen, ob eine unwahre Angabe i.S. von § 16 Abs. 1 UWG auch durch Unterlassen verwirklicht werden kann.

¹³⁹ LG Fulda, wistra 1984, 188 (190); *Otto*, in: Großkomm-UWG, 1992, § 4, Rdn. 24 ff.; *Bläse*, Die strafrechtliche Erfassung, 1997, S. 152.

¹⁴⁰ Vgl. *Rengier*, in: Fezer-UWG, 2005, § 16, Rdn. 64.

¹⁴¹ *Alexander*, WRP 2004, 407 (415); *Többens*, WRP 2005, 552 (553); *Rengier*, in: Fezer-UWG, 2005, § 16, Rdn. 63; *Brammsen*, in: MünchKomm-UWG, 2006, § 16, Rdn. 32; *Piper/Ohly*, UWG, 4. Aufl., 2006, § 16 Rdn. 9; *Bornkamm*, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 27. Aufl., 2009, § 16, Rdn. 11; *Dreyer*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2. Aufl., 2009, § 16, Rdn. 9.

¹⁴² BGH, GRUR 2008, 818 (822) - *Strafbare Werbung im Versandhandel*. Der BGH berief sich zwar ebenfalls auf einen „objektiven Maßstab“, stellte aber gleichzeitig klar, dass der objektiv mitgeteilte Inhalt nicht gilt, wenn trotz des ausdrücklichen Vorbehalts der Text nur so verstanden werden könne, dass das Geschenk bereits gewonnen wurde.

Nach allgemeiner Auffassung kann § 16 Abs. 1 UWG auch durch Unterlassen (durch das Verschweigen von Informationen) begangen werden¹⁴³. Denn die bei § 263 StGB als Täuschung durch aktives Tun weitgehend anerkannte Möglichkeit der Täuschung durch Unterlassen¹⁴⁴ muss in entsprechender Weise auf § 16 Abs. 1 UWG übertragen werden. Die weitere Frage ist, ob den Veranstalter eine Garantenpflicht zur Aufklärung und umfassenden Information trifft, weil der Veranstalter nur dann bestraft werden kann, wenn er gemäß § 13 StGB eine Garantenstellung hat. Die überwiegende Meinung bejaht eine solche Garantenstellung des Veranstalters, die sich nicht ohne weiteres großzügig mit einem Hinweis auf „Treu und Glauben“ begründen lässt¹⁴⁵. Demnach liegen unwahre Angaben auch dann vor, wenn der Veranstalter wesentliche Umstände verschweigt.

Diese „*unwahren Angaben*“ sind aber nur dann relevant, wenn der Täter damit „*irreführend wirbt*“. Diese Voraussetzung wird bei allen Formen von progressiver Kundenwerbung zweifellos erfüllt, weil der Veranstalter durch diese Angaben - wie bei § 263 StGB bereits festgestellt wurde – beim Teilnehmer einen Irrtum herbeiführt.

b) Geschäftliche Handlung

Nach § 4 UWG a.F. musste es sich ausdrücklich um Angaben über geschäftliche Verhältnisse handeln, die außerdem noch näher definiert wurden. § 16 Abs. 1 UWG enthält diese Ergänzung nicht mehr, verweist aber auf § 5 UWG. Also ist „geschäftliche Handlungen“ immer noch eine Tatbestandsvoraussetzung¹⁴⁶.

Bei den *herkömmlichen Systemen* werden Waren bzw. andere Dienstleistungen abgesetzt, so dass der Veranstalter hier immer Angaben über geschäftliche Handlungen macht. Bei den Systemen ohne echte Warenkoppelung muss man unterscheiden. Bei *zentralgesteuerten Kettenbriefsystemen* und *Geldgewinnspielen* ist eine geschäftliche Handlung anzunehmen, weil bei diesen Systemen von dem Werber Informationen über die Verkaufsform, die Gewinnmöglichkeit sowie über die Absetzbarkeit gegeben werden. Bei *Selbstläufersystemen* und

¹⁴³ Dreyer, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2. Aufl., 2009, § 16, Rdn. 12; Piper/Ohly, UWG, 4. Aufl., 2006, § 16, Rdn. 7; Rengier, in: Fezer-UWG, 2005, § 16, Rdn. 72.

¹⁴⁴ Fischer, StGB, 56. Aufl., 2009, § 263, Rdn. 22 mwN.

¹⁴⁵ Tiedemann, JR 1973, 429 (430); siehe ferner Fischer, StGB, 56. Aufl., 2009, § 263, Rdn. 30; kritisch dazu Brammsen, in: MünchKomm-UWG, 2006, § 16, Rdn. 21 f.; Rengier, in: Fezer-UWG, 2005, § 16, Rdn. 72.

¹⁴⁶ Dornis, GRUR 2008, 742 (746). a.A Bornkamm, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 27. Aufl., 2009, § 16, Rdn. 8. Bornkamm differenziert zwischen „geschäftliche Verhältnisse“ und „geschäftliche Handlung“. Diese Tatbestandsvoraussetzung entspricht dem „Handeln im geschäftlichen Verkehr“ i.S.d. § 16 Abs. 2 UWG. Siehe unten Seite 45 ff.

Schenkkreisen sind hingegen rein private Rechtsbeziehungen anzunehmen und deshalb das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung i.S. des § 16 Abs. 1 UWG zu verneinen. Denn die Veranstaltung eines derartigen Systems dient nicht vorrangig einem wirtschaftlichen Zweck bzw. der Förderung eines Geschäftszweckes¹⁴⁷.

c) Öffentlichen Bekanntmachungen oder Mitteilungen, die für einen größeren Personenkreis bestimmt sind

Öffentliche Bekanntmachungen sind Mitteilungen, die sich an einen unbegrenzten und unbestimmten Personenkreis und damit an die Allgemeinheit wenden und auch von dieser wahrgenommen werden können¹⁴⁸. Angaben, die nur zu Täuschungen individueller Opfer führen, können gemäß § 263 StGB strafbar sein. Unproblematisch erfüllt der Veranstalter bei *allen progressiven Kundenwerbungssystemen* diese Voraussetzung, weil die Informations- und Werbeveranstaltungen gerade der Anwerbung neuer Kunden bzw. neuer Mitspieler dienen. Sie sind letztendlich für einen größeren Personenkreis bestimmt¹⁴⁹.

2. Subjektiver Tatbestand

§ 16 Abs. 1 UWG kann nur vorsätzlich verwirklicht werden (§ 15 StGB). Der Vorsatz muss sich auf alle objektiven Tatbestandsmerkmale erstrecken. Der Gesetzgeber hat die in § 4 UWG a.F. enthaltene Beschränkung des Vorsatzes auf „wissentliches“ Handeln nicht übernommen, so dass jetzt eindeutig bezüglich aller Tatbestandsmerkmale *dolus eventualis* genügt¹⁵⁰. Neben dem Vorsatz erfordert der subjektive Tatbestand die Absicht, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen. Nach allgemeiner Auffassung ist *dolus directus* erforderlich¹⁵¹. Aus dem Absichtserfordernis ergibt sich, dass ein Zusammenhang zwischen Werbung und beworbenem Produkt bestehen muss. Der BGH hat aber jüngst entschieden, dass ein rechtlicher Zusammenhang nicht zwingend erforderlich sei, sondern ein wirtschaftlicher Zusammenhang ausreiche¹⁵².

¹⁴⁷ Vgl. unten Seite 46 f.

¹⁴⁸ Vgl. statt vieler nur *Dreyer*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2. Aufl., 2009, § 16, Rdn. 14 f.

¹⁴⁹ *Raube*, Strafrechtliche Probleme, 1995, S. 126 f.

¹⁵⁰ *Brammsen*, in: MünchKomm-UWG, 2006, § 16, Rdn. 40.

¹⁵¹ *Alexander*, WRP 2004, 407 (416); *Többens*, WRP 2005, 552 (553); *Brammsen*, in: MünchKomm-UWG, 2006, § 16, Rdn. 41; *Dreyer*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2. Aufl., 2009, § 16, Rdn. 21.

¹⁵² BGH, GRUR 2008, 818 (822) - *Strafbare Werbung im Versandhandel*. Vorher BGH, NJW 2002, 1345 (1346) - *Kaffefahrten*. Kritisch dazu *Soyka*, HRRS 2008, 418 (426 ff.).

Die Interessenten werden bei herkömmlichen Systemen durch unwahre Erwartungen angelockt, teure Ware zu einem besonders günstigen Preis gewinnen zu können. Bei Systemen ohne echte Warenkoppelung werden die Teilnehmer derart geködert, dass sie durch ihren Eintritt in das System die Chance erwerben, im Verlauf des Systems einen größeren Gewinn zu erlangen. Demnach ist festzuhalten, dass bei allen Formen progressiver Kundenwerbungssysteme der Veranstalter den Anschein eines besonders günstigen Angebots erweckt¹⁵³.

3. Ergebnis zu § 16 Abs. 1 UWG

Da § 16 Abs. 1 UWG im Vorfeld des Betrugs angesiedelt ist, setzt die Vorschrift einen Vermögensschaden nicht voraus. Deshalb ist - im Gegensatz zu § 263 StGB - bei allen Formen progressiver Kundenwerbungssysteme, außer bei Selbstläuferkettenbriefsystemen und Schenkkreisen, Strafbarkeit gemäß § 16 Abs. 1 UWG möglich. Jedoch können die progressiven Systeme mit dieser Vorschrift nicht zufriedenstellend geahndet werden. Die Veranstalter solcher Systeme sind gut beratene Geschäftsleute. Mit Rechtshilfe kennen die Veranstalter die Rechtsprechung zu § 16 Abs. 1 UWG. Wenn sie ihre Hinweise auf das Merkmal der „Unwahrheit“ verstärken, können sie leicht die am Verbraucherschutz orientierte Rechtsprechung umgehen¹⁵⁴.

IV. Exkurs: Der Fall Madoff und Schneeballsystem i.w.S. / Die Entscheidung des BGH, Beschl. v. 18.2.2009 – 1 StR 731/08

Wie schon oben erläutert wurde, ist ein Schneeballsystem ein Verkaufssystem, das dem Käufer einen besonders verbilligten oder sogar kostenlosen Bezug der Ware zusagt, wenn er dem Unternehmen neue Abnehmer zuführt, die unter gleichen Bedingungen beliefert werden (Schneeballsystem i.e.S).

Doch unter den Begriff des Schneeballsystems werden auch andere Systeme subsumiert (beispielsweise Schneeballsystem i.w.S – Kapitalanlagesysteme mit Schneeballcharakter¹⁵⁵). Bei diesen wird Geld angelegt und eine sehr hohe Rendite geboten. Wenn Anleger Geld zurückfordern, werden sie über einige Zeit ausbezahlt. Die Gewinne können aber nur

¹⁵³ a.A. Raube, Strafrechtliche Probleme, 1995, S. 129 ff.

¹⁵⁴ Ähnliche Zweifel Brandl, Spielleidenschaft, 2003, S. 182.

¹⁵⁵ Im englischsprachigen Raum werden Kapitalanlagesysteme mit Schneeballcharakter als Ponzi schemes bezeichnet: In den 1920er Jahren gelang es Charles Ponzi in den USA innerhalb von etwa 6 Monaten nach heutigem Wert ungefähr 150 Mio. US Dollar einzusammeln. Dazu ausführlich Schorsch, Kriminalistik 2007, 236 (237 ff.).

ausgezahlt werden, indem die Investitionen anderer Anleger angegriffen werden. Das System bricht zusammen, wenn sich eine größere Zahl der Anleger der Natur des Systems bewusst wird und versucht, ihr Geld zurück zu erhalten¹⁵⁶.

Das bislang größte derartige Anlagesystem wurde im Dezember 2008 durch den Madoff-Skandal bekannt und schädigte mit Hilfe eines vermeintlichen Hedgefonds seine Anleger um insgesamt circa 65 Mrd. Dollar¹⁵⁷. Madoff wurde infolgedessen zu 150 Jahren Haftstrafe verurteilt¹⁵⁸.

Als jüngeres Beispiel für dieses System kann in Deutschland die Entscheidung des BGH, Beschl. v. 18.2.2009 – 1 StR 731/08 genannt werden¹⁵⁹. In beiden Sachverhalte sammelten die Angeklagten das Geld ihrer Investoren ein und versprachen ihnen hohe Renditen. Tatsächlich betrieben sie ein *Schneeballsystem im weiteren Sinne*.

Der Entscheidung des BGH lag zusammengefasst folgender Sachverhalt zugrunde: Der Angeklagte hatte eine sichere, insbesondere bankgarantierte hochrentierliche Geldanlage versprochen. Die von den Anlegern einbezahlten Beträge sollten danach nur als Kapitalnachweis dienen und durften während der gesamten Investitionszeit nicht angetastet werden. Monatlich sollten dann 7% an Verzinsung ausgeschüttet werden. Einem Großanleger versprach der Angeklagte die Rückzahlung der eingezahlten 15 Mio. € nach drei Monaten zuzüglich einer Rendite von 50%. Tatsächlich hatte der Angeklagte aber nicht vor, die erhaltenen Geldmittel gewinnbringend anzulegen. Er wollte sie zum einen zur Finanzierung seines Lebensunterhalts verwenden. Zum anderen wollte er nach Art eines Schneeballsystems neu eingehende Gelder einsetzen, um Rendite- und Rückzahlungsforderungen der Altinvestoren zu befriedigen, um diese in Sicherheit zu wiegen und zu weiteren Einzahlungen zu bewegen. Insgesamt schüttete der Angeklagte 7 Mio. € wieder aus, wobei einzelne Anleger damit nicht nur ihr gesamtes Kapital zurückbekamen, sondern auch die versprochenen Erträge ausbezahlt erhielten¹⁶⁰. Denkbar ist eine Sanktionierung nach §§ 263, 284 ff. sowie § 16 Abs. 2 UWG¹⁶¹.

¹⁵⁶ Kilian, HRRS 2009, 285 (286).

¹⁵⁷(<http://www.spiegel.de/wirtschaft/0%2C1518%2C613039%2C00.html>) (Stand 30.09.2009). „Die eng bedruckte Namensliste der Opfer umfasst 162 Seiten.“ (a.a.O).

¹⁵⁸ (<http://www.tagesschau.de/wirtschaft/madoff158.html>) (Stand 30.09.2009).

¹⁵⁹ BGH, NJW 2009, 2390. Für Beispiele aus anderen Länder vgl. *Schorsch*, Kriminalistik 2007, 236 (236 f.).

¹⁶⁰ BGH, NJW 2009, 2390 (2390).

¹⁶¹ Eine mögliche Sanktionierung gemäß § 264a StGB und gemäß § 266 StGB wird ausgeklammert.

1. § 16 Abs. 2 UWG

Bei hier zu untersuchenden Kapitalanlagesystemen mit Schneeballcharakter scheidet die Strafbarkeit nach § 16 Abs.2 UWG am fehlenden progressivem Charakter. Denn bei progressiver Kundenwerbung werden Waren oder andere Leistungen mittels einer Vertriebskette abgesetzt, wobei der Kunde die Möglichkeit hat, sich finanzielle Vorteile durch die Anwerbung neuer Kunden zu verschaffen. Die Anleger wurden dagegen bei Anlagesystemen mit Schneeballcharakter nicht mit dem Versprechen angeworben, dass sich ein bestimmter Vorteil aus den weiteren Akquisitionsbemühungen von Teilnehmern ergebe¹⁶².

2. §§ 284 ff. StGB

Da kein Anleger von totalem Verlust seines Einsatzes ausgeht, scheidet ebenfalls eine Strafbarkeit nach §§ 284 ff. StGB aus¹⁶³.

3. § 263 StGB

a) Täuschungshandlung – Irrtum - Vermögensverfügung:

Obwohl die Annahme einer Täuschungshandlung i.S. von § 263 StGB auf den ersten Blick zweifelhaft erscheint, weil kein Anleger davon ausgehen kann, dass es sichere aber gleichzeitig hochrentierliche Geldinvestition gibt, ist eine Täuschungshandlung i.S. des § 263 StGB anzunehmen. Hier spielt die Wissensherrschaft des Systembetreibers eine entscheidende Rolle. Demgegenüber kann auch nicht eingewendet werden, dass die Gewinnaussicht in die Zukunft gerichtet ist. Denn wie schon oben festgestellt wurde, können innersubjektive Zustände, Vorgänge, Kenntnisse und Absichten Tatsachen sein. Damit liegt eine Täuschungshandlung vor¹⁶⁴. Andere Tatbestandsvoraussetzungen, nämlich Irrtum und Vermögensverfügung, liegen auch unproblematisch vor.

b) Vermögensschaden

Im Fall der hier besprochenen Schneeballsysteme liegt – unproblematisch – ein Vermögensschaden i.S. des § 263 StGB vor, wenn der Anleger weder seinen gezahlten Betrag noch seinen versprochenen Zugewinn erhält.

¹⁶² Ebenso *Kilian*, HRRS 2009, 285 (289).

¹⁶³ Ebenso *Kilian*, HRRS 2009, 285 (289).

¹⁶⁴ *Brüning*, ZJS 2009, 300 (302).

Problematischer erscheinen Fälle, in denen der Systembetreiber beispielsweise über seine Fähigkeit täuscht, die Leistung bei Fälligkeit erbringen zu können. Da es für die Schadensberechnung maßgeblich auf den Zeitpunkt der Vermögensverfügung ankommt, ist fraglich, ob hierbei bereits von einem Schaden unter dem Gesichtspunkt einer schadensgleichen Vermögensgefährdung¹⁶⁵, bzw. einer schädigenden Vermögensgefährdung¹⁶⁶, bzw. von einem Gefährdungsschaden¹⁶⁷ ausgegangen werden kann¹⁶⁸.

Wie oben bereits erwähnt, liegt ein Vermögensschaden i.S. von vollendetem Betrug vor, wenn die erlangte Leistung nach dem Prinzip der Gesamtsaldierung und einem objektiv-individuellen Beurteilungsmaßstab weniger wert ist als die versprochene Gegenleistung¹⁶⁹.

Ferner ist allgemein anerkannt, dass der Vermögensschaden nicht nur im endgültigen Verlust eines Vermögenswerts bestehen kann, sondern bereits der Eintritt einer schadensgleichen Vermögensgefährdung¹⁷⁰ einen Vermögensschaden i.S. des § 263 Abs. 1 StGB zu begründen vermag¹⁷¹. Dies hat folgende Gründe: Bei der Feststellung des Schadens ist grundsätzlich eine wirtschaftliche Betrachtungsweise anzulegen¹⁷², und somit jede Beeinträchtigung des wirtschaftlichen Potenzials als Vermögensbeschädigung anzusehen. Hierfür ist der Zeitpunkt der Verfügung¹⁷³, namentlich der Zeitpunkt des Vertragsschlusses, maßgeblich¹⁷⁴. Demnach kann es lediglich auf einen Vergleich der gegenseitigen Ansprüche ankommen. Die

¹⁶⁵ Dieser Begriff ist sowohl beim Betrug gemäß § 263 Abs. 1 StGB als auch im Rahmen der Untreue gemäß § 266 Abs. 1 StGB von Bedeutung. Denn der Begriff des *Vermögensnachteils* in § 266 StGB stimmt mit demjenigen des *Vermögensschadens* in § 263 StGB überein.

¹⁶⁶ *Hefendehl*, in: MünchKomm-StGB, 2006, § 263, Rdn. 566.

¹⁶⁷ *Tiedemann*, in: LK, 11. Aufl., 2000, § 263, Rdn. 168.

¹⁶⁸ Man muss aber darauf hinweisen, dass der 1. Strafsenat des BGH diese Differenzierung zwischen schädigender Vermögensgefährdung und dem endgültigen Vermögensschaden in seiner jüngeren Judikatur für überflüssig erklärt. Beispielsweise (zur Untreue - § 266 StGB) BGH, NStZ 2008, 457.

¹⁶⁹ BGH, NJW 2009, 2390 (2391).

¹⁷⁰ Vgl. statt vieler nur *Hefendehl*, in: MünchKomm-StGB, 2006, § 263, Rdn. 532 ff. mit zahlreicher Literatur und Rechtsprechungsnachweisen.

¹⁷¹ Kritisch *Naucke*: „Wer (*diesen Begriff*) wann erfunden hat, ist nicht erforscht. Sicher ist nur, dass die Erfindung zu einer Zeit geschehen sein muss, die von dem Satz *nullum crimen sine lege* nicht viel hielt“, *Naucke*, StV 1985, 187 (187); kritisch dazu *Baumanns*, JR 2005, 227 (228).

Ferner gestaltet sich an dieser Stelle die Abgrenzung zur Versuchsstrafbarkeit. Indem man die Vermögensgefährdung einem sich schon realisierten Schaden gleichgestellt, wird der Schadenseintritt und damit der Vollendungszeitpunkt derart weit nach vorn verlagert, dass dies letztendlich eine zu weite Ausdehnung der Strafbarkeit zur Folge haben könnte. Denn Betrug (auch Untreue, § 266 StGB) ist kein Gefährdungsdelikt, sondern vielmehr ein Verletzungsdelikt. Dazu und dagegen *Baumanns*, JR 2005, 227 (228 f.).

¹⁷² *Baumanns*, JR 2005, 227 (228).

¹⁷³ *Lackner/Kühl*, StGB, 26. Aufl., 2007, § 263, Rdn. 53.

¹⁷⁴ BGH, NJW 2009, 2390 (2391) (Rdn 11); die sog. „Risikogeschäfte“ *Fischer*, StGB, 56. Aufl., 2009, § 263, Rdn. 71.

Konsequenzen eines täuschungsbedingt so erlangten minderwertigen Gegenanspruchs können demnach dieselben sein wie bei einem bereits endgültig eingetretenen Vermögensschaden. Es besteht also zwischen den Begriffen „Gefahr“ und „Verlust“ kein qualitativer, sondern nur ein quantitativer Unterschied¹⁷⁵. Demzufolge muss trotz Fehlens eines reellen Schadens ein Vermögensschaden im Sinne des § 263 StGB (ein Nachteil i.S. des § 266 StGB) bejaht werden.

Also bleibt festzuhalten, dass *im Gegensatz zu Schneeballsystemen i.e.S.* eine Strafbarkeit gemäß § 263 StGB bei den Schneeballsystemen i.w.S. - hier Anlagesysteme mit Schneeballcharakter -, welche aber nicht unter § 16 Abs. 2 UWG subsumiert werden können, möglich ist. Insbesondere dann, wenn der Veranstalter von vornherein beabsichtigt, Kundengelder nicht zurückzuzahlen¹⁷⁶. Ein Vermögensschaden liegt auch vor, wenn der Systembetreiber zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht in der Lage ist, die versprochene Gegenleistung zu erbringen.

¹⁷⁵ BGH, NJW 2009, 2390 (2391) (Rdn 12).

¹⁷⁶ Fischer, StGB, 56. Aufl., 2009, § 263, Rdn. 99.

E. Strafbarkeit der progressiven Kundenwerbung gemäß § 16 Abs. 2 UWG

I. Entstehungsgeschichte des § 16 Abs. 2 UWG

§ 16 Abs. 2 UWG übernimmt im Wesentlichen die Regelung des § 6c UWG a.F., der durch das Zweite Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität vom 15.5.1986 in das UWG eingefügt worden war. Nachdem sich in der strafrechtlichen Praxis gezeigt hatte, dass die strafrechtlichen Schutzmechanismen des § 4 UWG a.F. (§ 16 Abs. 1 UWG n.F.), des § 263 StGB und der §§ 284 ff. StGB nicht ausreichten, wurde mit § 6c UWG a.F. gerade die Bekämpfung der progressiven Kundenwerbung bezweckt.

§ 6c UWG a.F. lautete¹⁷⁷: „ Wer es im geschäftlichen Verkehr selbst oder durch andere unternimmt, Nichtkaufleute zur Abnahme von Waren, gewerblichen Leistungen oder Rechten durch das Versprechen zu veranlassen, ihnen besondere Vorteile für den Fall zu gewähren, dass sie andere zum Abschluss gleichartiger Geschäfte veranlassen, denen ihrerseits nach der Art dieser Werbung derartige Vorteile für eine entsprechende Werbung weiterer Abnehmer gewährt werden sollen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. Nichtkaufleuten im Sinne des Satzes 1 stehen Personen gleich, deren Gewerbebetrieb nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert.“

Der Gesetzgeber streicht durch das Handelsrechtsreformgesetz vom 22.6.1998 § 6c Satz 2 UWG ersatzlos¹⁷⁸.

Die wichtigste Änderung des § 6c UWG a.F. erfolgte durch das Gesetz zur vergleichenden Werbung und zur Änderung wettbewerbsrechtlicher Vorschriften vom 01.09.2000, dass die Streitfrage, ob der Vorteil auch von Dritten gewährt werden konnte, durch eine entsprechende Ergänzung klärte.

§ 6c UWG a.F. lautete¹⁷⁹: „ Wer es im geschäftlichen Verkehr selbst oder durch andere unternimmt, Nichtkaufleute zur Abnahme von Waren, gewerblichen Leistungen oder Rechten durch das Versprechen zu veranlassen, *sie würden entweder von dem Veranlasser selbst oder von einem Dritten besondere Vorteile erlangen, wenn* sie andere zum Abschluss gleichartiger Geschäfte veranlassen, *die* ihrerseits nach der Art dieser Werbung derartige Vorteile für eine entsprechende Werbung weiterer Abnehmer *erlangen sollen*, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“

¹⁷⁷ Art. 4 Nr. 1 WiKG vom 15.5.1986 (BGBl. I S. 721, 726).

¹⁷⁸ Art. 14 HRefG vom 22.6.1998 (BGBl. I S. 1474, 1481).

¹⁷⁹ Art. 1 Nr. 4 GVerglWerb vom 1.9.2000 (BGBl. I S. 1374, 1374).

Der Gesetzgeber hat mit der UWG-Novelle von 2004 den geschützten Personenkreis von Nichtkaufleuten auf Verbraucher beschränkt. Er hat ferner die präzisierungsbedürftige Formulierung „selbst oder durch andere“ gestrichen.

Die aktuelle Form des § 16 Abs. 2 UWG lautet¹⁸⁰: „ Wer es im geschäftlichen Verkehr unternimmt, Verbraucher zur Abnahme von Waren, Dienstleistungen oder Rechten durch das Versprechen zu veranlassen, sie würden entweder vom Veranstalter selbst oder von einem Dritten besondere Vorteile erlangen, wenn sie andere zum Abschluss gleichartiger Geschäfte veranlassen, die ihrerseits nach der Art dieser Werbung derartige Vorteile für eine entsprechende Werbung weiterer Abnehmer erlangen sollen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“

II. Das geschützte Rechtsgut

Bevor die Strafbarkeit der verschiedenen Erscheinungsformen von progressiver Kundenwerbung untersucht wird, ist zuerst herauszuarbeiten, was nach § 16 Abs. 2 UWG das geschützte Rechtsgut ist, weil der Anwendungsbereich der Norm erheblich von dieser Frage abhängt. In der Literatur werden verschiedene Ansichten vertreten.

1. Überindividuelles Rechtsgut:

Einige Autoren¹⁸¹ gehen von überindividuellem Rechtsgut aus. Nach dieser Auffassung sei das geschützte Rechtsgut „die geltende Wirtschaftsordnung als Institution“. Dies werde geschützt, indem der Verbraucher gegen vermögensschädigende und zweckverfehlte Mitteleinsätze geschützt werde. Denn lediglich die zuletzt geworbenen Teilnehmer verlieren ihre geleisteten Einsätze. Dies führe letztendlich zu einem Verlust des Vertrauens in die bestehende Wirtschaftsordnung. Auch *Bottke*¹⁸² spricht, mit ähnlich argumentierter Begründung, von einem Universalrechtsgut. Die progressive Kundenwerbung wirke leistungswettbewerbsverzerrend, weil sie den Abnehmern den marktgerechten Preis der Ware bzw. der sonstigen wirtschaftlichen Leistungen verschleierte.

¹⁸⁰ UWG vom 3.7.2004 (BGBl. I S. 1414, 1418).

¹⁸¹ *Otto*, in: Großkomm-UWG, 1992, § 6c, Rdn. 17; *Krehl*, in: LK, 12. Aufl., 2008, Vor § 287, Rdn. 12; *Bläse*, Die strafrechtliche Erfassung, 1997, S. 10. Der Schutz der Marktbeteiligten und insbesondere der Verbraucher kommt lediglich mittelbar in Betracht.

¹⁸² *Bottke*, wistra 1991, 1 (10).

2. Individualvermögen der einzelnen Kunden:

Teilweise wird in der Literatur vertreten, dass durch § 16 Abs. 2 UWG allein das Individualvermögen der einzelnen Kunden gegen „seine“ abstrakte Gefährdung geschützt wird. Nach Auffassung *Schlüchters* kommt ein Allgemeinrechtsgut kaum als geschütztes Rechtsgut in Betracht, weil sich keine vom sonstigen Wirtschafts- und Rechtsleben ausreichend klar abgrenzbaren Güter finden lassen. Als geschütztes Rechtsgut bleibe deshalb nur das Individualvermögen¹⁸³. Jedoch beginnen genau hier die Bedenken. *Schlüchter* fragt sich, ob das Vermögen strafrechtlich gegen abstrakte Gefährdungen¹⁸⁴ geschützt werden dürfe. Derartige Verhaltensweisen seien bisher nicht typisiert. § 302a StGB a.F. (§ 291 StGB n.F.-Wucher) bilde kein Gegenbeispiel. Für § 16 Abs. 2 UWG sei deshalb überhaupt kein schützenswertes Rechtsgut ersichtlich¹⁸⁵. Auch *Krack* kam mittelbarer Weise zum selben Ergebnis. Das durch den Straftatbestand erfasste Geschehen sei nicht strafwürdig, weil ein schützenswertes Rechtsgut fehle. Der Tatbestand sei daher nicht legitimierbar¹⁸⁶.

3. Schutzzwecktrias

Nach herrschender Meinung¹⁸⁷ werden sowohl Allgemeininteressen als auch Individualvermögen durch § 16 Abs. 2 UWG geschützt. Die herrschende Lehre sehe den Normzweck des § 16 Abs. 2 UWG vor allem im Schutz geschäftlich unerfahrener Personen vor der Beteiligung an Vertriebsmethoden (Individualvermögensschutz). Gleichzeitig diene diese Vorschrift auch im Allgemeininteresse dem Schutz der Verbraucher und Wettbewerber. Die amtliche Begründung sehe ebenso den Schutzzweck in einem „generalisierenden Schutz gegen Täuschung, glücksspielartige Willensbeeinflussung und Vermögensgefährdung¹⁸⁸“.

¹⁸³ *Schlüchter*, Kommentar zum zweiten WiKG, 1987, S. 125 f.

¹⁸⁴ Für den Begriff „abstrakte Gefährdungsdelikte“ siehe *Roxin*, AT I, 4. Aufl., 2006, § 11, Rdn 153 ff.

¹⁸⁵ *Schlüchter*, Kommentar zum zweiten WiKG, 1987, S. 126.

¹⁸⁶ *Krack*, in: FS-Otto, 2007, 609 (617).

¹⁸⁷ LG Rostock, wistra 2002, 75 (77); *Rengier*, in: Fezer-UWG, 2005, § 16, Rdn. 118; *Diemer*, in: Erbs/Kohlhaas, Straf. Nebengesetze (Losbl.), UWG (158. Lief-August 2005), § 16, Rdn. 104; *Nestoruk*, Strafrechtliche Aspekte, 2003, S. 111 f.; *Brandl*, Spielleidenschaft, 2003, S. 172 f.; *Raube*, Strafrechtliche Probleme, 1995, S. 137; *Dreyer*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2. Aufl., 2009, § 16, Rdn. 32.

¹⁸⁸ BT-Drucks. 10/5058, S. 38 f.

4. Stellungnahme

Der herrschenden Lehre ist durchaus zuzustimmen. Es wird heute allgemein anerkannt, dass „*das UWG*“ im gleichen Maße den Schutz der Wettbewerber untereinander wie auch den Schutz der übrigen Marktteilnehmer einschließlich der Verbraucher sowie der Allgemeinheit intendiert¹⁸⁹ (*Schutzzwecktrias*¹⁹⁰).

Es ist jedoch fraglich, ob das Vermögen strafrechtlich gegen abstrakte Gefährdungen geschützt werden darf. In strafrechtlicher Literatur werden immer Bedenken geltend gemacht, ob in einem freiheitlichen Staat die Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung, insbesondere „abstrakte Gefährdungsdelikte“, legitimierbar ist¹⁹¹.

In der Regel ist ein Schutz von Individualrechtsgütern gegen abstrakte Gefährdungen nur dann möglich, wenn es um z.B. Leib oder Leben des Menschen geht. Fraglos ist das Vermögen nicht zu diesen Werten zu zählen. Es darf jedoch nicht außer Acht bleiben, dass bei der Tatbestandsbildung nicht der absolute Wert eines Rechtsguts, sondern auch die Sozialgefährlichkeit des Angriffs eine Rolle spielt¹⁹². Deshalb lassen sich die abstrakten Gefährdungsdelikte mit der Gefährlichkeit der Handlung gut legitimieren¹⁹³. Wie schon oben festgestellt wurde, wird progressive Kundenwerbung als sozialschädlich und gefährlich bezeichnet.

Im Wettbewerbsstrafrecht ist auch ein strafrechtlicher Schutz der Abnehmer (der Verbraucher) erforderlich, weil die Abnehmer über „Sieg“ und/oder „Niederlage“ entscheiden. Deshalb spricht man von „Schiedsrichterfunktion“¹⁹⁴.

Das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb wird ebenfalls als gleichberechtigter Teil der Schutzzwecktrias geschützt. Gegen den Schutz der Allgemeinheit kann jedoch eingewendet werden, dass § 16 Abs. 2 UWG ein Privatklagedelikt (§ 374 Abs. 1 Nr. 7 StPO) ist¹⁹⁵. Die Privatklagedelikte berühren in der Regel die Allgemeinheit

¹⁸⁹ Vgl. Tiedemann, in: FS-Stree und Wessels, 1993, 527 (541).

¹⁹⁰ Brammsen, in: MünchKomm-UWG, 2006, § 16, Rdn. 9.

¹⁹¹ Jakobs, ZStW 97 (1985), 751 (767 ff.).

¹⁹² Otto, AT, 7. Aufl., 2004, § 1, Rdn. 49; Brandl, Spielleidenschaft, 2003, S. 172; vgl. auch Raube, Strafrechtliche Probleme, 1995, S. 137.

¹⁹³ Koriath, GA 2001, 51 (74).

¹⁹⁴ Köhler, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 27. Aufl., 2009, § 1, Rdn. 17.

¹⁹⁵ z.B. Zander, Strafbarkeit von Pyramidengewinnspielen, 2005, S. 172 f.

wenig¹⁹⁶. Jedoch bejahen die Staatsanwaltschaften fast immer das „öffentliche Interesse an der Strafverfolgung“ gemäß § 376 StPO und erheben öffentlich Klage.

Das Interesse der Allgemeinheit ergibt sich ferner aus dem Grundgesetz; obwohl dem Grundgesetz keine Aussagen über *den Schutz der Wirtschaftsordnung* zu entnehmen sind, ist die wirtschaftspolitische Neutralität des GG im Schrifttum allgemein anerkannt¹⁹⁷. Die Verfassung beinhaltet die Leitlinien (z.B. Art. 2 Abs. 1 i.V. mit 20 Abs. 1 sowie 9, 11, 12, 14 GG) über die Werte, deren Schutz primäre Aufgabe des Staates ist - die Grundrechte. Das Grundgesetz bekennt sich darin zu einer gemischten, liberalsozialen Wirtschaftsverfassung, in der wirtschaftliche Bewegungsfreiheit gewährleistet ist und gegen missbräuchliche Marktherrschaft eingeschritten werden kann¹⁹⁸. Daraus ergibt sich, dass mit § 16 Abs. 2 UWG auch der Leistungswettbewerb im Allgemeininteresse vor unerträglichen Verzerrungen geschützt wird.

Demnach ist festzuhalten, dass die Schutzzwecktrias des § 1 UWG für auch das Wettbewerbsstrafrecht i.S des § 16 Abs. 2 UWG gilt. Die Verbraucher, Mitbewerber und Allgemeinheit werden durch § 16 Abs. 2 UWG geschützt.

III. Objektiver Tatbestand

1. Verbraucher

Es müssen Verbraucher zur Abnahme von Waren, Dienstleistungen oder Rechten durch das Versprechen besonderer Vorteile für die Veranlassung Dritter zum Abschluss gleichartiger Geschäfte veranlasst werden.

Der Gesetzgeber hat den geschützten Personenkreis, der in § 6c UWG (a.F.) alle Nichtkaufleute umfasste, mit der Begründung auf ausschließlich Verbraucher beschränkt, dass nur dort ein erhebliches Gefährdungspotential vorliege¹⁹⁹. Allerdings ist zu beachten, dass nicht jede an dem System beteiligte Person zu diesem Personenkreis gehören muss, son-

¹⁹⁶ Meyer-Goßner, StPO, 52. Aufl., 2009, Einl. Rdn. 90; Vor § 374, Rdn. 1.

¹⁹⁷ z.B. Tiedemann, in: FS-Müller-Dietz, 2001, 905 (909 f.).

¹⁹⁸ Nestoruk, Strafrechtliche Aspekte, 2003, S. 39 f.

¹⁹⁹ BT-Drucks. 15/1487, S. 26.

dern es reicht, wenn der vom Veranstalter angeworbenen Abnehmer (der erste Abnehmer) Verbraucher ist²⁰⁰.

Das UWG definiert den Verbraucherbegriff nicht. Nach § 2 Abs. 2 UWG gilt im Lauterkeitsrecht der § 13 BGB als definitorische Grundlage. Danach ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschließt, der weder ihrer geschäftlichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann, Verbraucher. Diese Definition ist allerdings auf den Abschluss von Verträgen zugeschnitten und kann daher mit gewissen Modifikationen im Lauterkeitsrecht Anwendung finden²⁰¹. Entscheidend ist also die Rechtsprechung.

Der BGH ging in seinen früheren Entscheidungen von einem „flüchtigen, unaufmerksamen Durchschnittsverbraucher“, der Werbebehauptungen unkritisch und unaufmerksam wahrnimmt, aus²⁰². Das Gericht hat jedoch seine Auffassung, unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH, verändert. Der BGH hat mit seinem sog. *Orient-Teppichmuster - Urteil*²⁰³ das Verbraucherbild des EuGH angenommen, welcher seinen Urteilen schon seit langem das Bild eines „durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher“ zugrunde legt²⁰⁴. In diesem Urteil hat der BGH unmissverständlich klarstellt, dass auch im deutschen Lauterkeitsrecht nicht mehr generell auf einen flüchtigen Verbraucher abgestellt werden dürfe. Allerdings betonte das Gericht, dass der Grad der Aufmerksamkeit des Durchschnittsverbrauchers von der jeweiligen Situation abhängt, insbesondere von der Bedeutung der beworbenen Waren oder Dienstleistungen für den angesprochenen Kunden²⁰⁵.

²⁰⁰ So bereits zur Vorfassung des § 6c UWG a.F. *Otto/Brammsen*, WiB 1996, 281 (286); vgl. auch *Rengier*, in: Fezer-UWG, 2005, § 16, Rdn. 156.

²⁰¹ *Köhler*, NJW 2004, 2121 (2122).

²⁰² BGH, GRUR 1982, 564 (566).

²⁰³ BGH, GRUR 2000, 619.

²⁰⁴ Vgl. EuGH, WRP 1998, 848 (850 f.); WRP 1999, 307 (309); WRP 1999, 806, (809); WRP 2000, 289 (292); WRP 2000, 489 (491).

²⁰⁵ BGH, GRUR 2000, 619 (621). Trotz dieser Einschränkung wird in der Literatur vertreten, dass zwischen den Verbraucherleitbildern des BGH und des EuGH keine Unterschiede mehr bestehen, *Schaf*, aleatorische Reize, 2006, S. 15 ff. m.w.N.

Demnach ist festzuhalten, dass § 16 Abs. 2 UWG nur einen „durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Verbraucher“ schützt²⁰⁶.

2. Handeln im geschäftlichen Verkehr

Der Tatbestand setzt Handeln im geschäftlichen Verkehr voraus. Im geschäftlichen Verkehr findet eine Tätigkeit statt, wenn sie der dauernden Förderung eines beliebigen eigenen oder fremden Geschäftszwecks dient. Der Begriff erfasst daher jede selbständige, wirtschaftliche Zwecke verfolgende Tätigkeit, in der eine Teilnahme am Erwerbsleben zum Ausdruck kommt²⁰⁷. Zum geschäftlichen Verkehr gehören also alle geschäftlichen Betätigungen im weitesten Sinne. Darüber hinaus gehend ist eine Gewinnerzielungsabsicht aber nicht erforderlich²⁰⁸, daher nehmen auch soziale, kulturelle, kirchliche, unmittelbar gemeinnützige oder wohltätige Unternehmen am geschäftlichen Verkehr teil, soweit sie erwerblichen oder wirtschaftlichen Zwecken dienende Tätigkeit entfalten²⁰⁹.

Eine Eingrenzung des Begriffs lässt sich negativ durch die Ausklammerung von rein privaten, rein betriebsinternen und rein hoheitlichen Tätigkeiten erreichen. Privat in diesem Sinne ist alles, was sich außerhalb der Erwerbs- oder Berufsausübung abspielt²¹⁰.

a) Herkömmliche Systeme

Bei herkömmlichen Systemen liegt „Handeln im geschäftlichen Verkehr“ ganz unproblematisch vor. Da sowohl bei dem klassischen Schneeballsystem wie auch bei dem Py-

²⁰⁶ Für eine sehr restriktive Auslegung des Verbraucherbildes unter Berücksichtigung der Entscheidungen des EuGH siehe *Olesch*, WRP 2007, 908 (911), „Im Ergebnis ist festzuhalten, dass Teilnehmer eines progressiven Vertriebssystems i.d.R. keine Verbraucher sein können.“ Diese sehr restriktive Auslegung wurde auch in die strafrechtliche Rechtsprechung übernommen. Nach Ansicht des OLG Hamm verfolgt der Erstinteressent bei Abschluss des Partnervertrages mangels privater Bedarfsdeckung keine ausschließlich privaten Zwecke, wenn er bis zu 1000 Hosen erwirbt, um diese an weitere Kunden zu verkaufen. (OLG Hamm, vom 9.12.2008, 2 Ws 312/08, Rdn. 30 und 33 – Juris).

²⁰⁷ LG Rostock, wistra 2002, 75 (77); BGHSt 43, 270 (274); LG Hamburg, NStZ-RR 1997, 57 (57); BayObLG, wistra 1990, 240 (240); *Piper/Ohly*, UWG, 4. Aufl., 2006, § 16, Rdn. 35; *Dreyer*, in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*, UWG, 2. Aufl., 2009, § 16, Rdn. 35; *Diemer*, in: *Erbs/Kohlhaas*, Straf. Nebengesetze (Losbl.), UWG (158. Lief-August 2005), § 16, Rdn. 108.

²⁰⁸ *Dornis*, WRP 2007, 1303 (1305).

²⁰⁹ *Brammsen*, in: *MünchKomm-UWG*, 2006, § 16, Rdn. 86.

²¹⁰ Vgl. *Fezer*, in: *Fezer-UWG*, 2005, § 2, Rdn. 18.

ramidensystem das Ziel der Betreiber der Absatz ihrer Produkte ist, liegt darin zweifellos ein Verhalten, welches im geschäftlichen Verkehr erfolgt²¹¹.

b) Systeme ohne echte Warenkoppelung

Bei diesen Systemen muss man unterscheiden. Bei den *Selbstläufersystemen* hat sich in der Rechtsprechung eine einheitliche Meinung dahingehend gebildet, dass diese Systeme nicht von § 16 Abs. 2 UWG erfasst sind²¹². Zu dieser Überzeugung gelangt auch die herrschende Meinung²¹³. Bei Selbstläufersystemen beschränkt sich die Tätigkeit des Initiators darauf, das System in Gang zu setzen. Die Zuordnung der Ingangsetzung der Systeme zum privaten Bereich wird damit begründet, dass der Initiator derartiger Systeme von den Mitspielern für ihre Tätigkeit keinerlei Entgelt, Gebühr usw. fordert.

Hingegen ist bei den *zentralgesteuerten Kettenbriefsystemen* und *Geldgewinnspielen* ein Handeln im geschäftlichen Verkehr anzunehmen²¹⁴, weil der Initiator als Veranstalter weiter tätig bleibt. Er steuert die Aktion organisatorisch. Die Teilnahmezertifikate können nur von ihm bezogen werden. Er verwaltet und überwacht sogar den Spielverlauf und wird dafür von den Mitgliedern mit der Bearbeitungsgebühr entlohnt. Der Initiator hat also durchaus ein geschäftliches Interesse am Absatz und nutzt die Gebühr als dauernde Verdienstquelle²¹⁵.

²¹¹ Rengier, in: Fezer-UWG, 2005, § 16, Rdn. 134.

²¹² BGHSt 34, 171 (179); OLG Stuttgart, wistra 1991, 234 (235).

²¹³ Bläse, Die strafrechtliche Erfassung, 1997, S. 157 f.; Raube, Strafrechtliche Probleme, 1995, S. 140; Piper/Ohly, UWG, 4. Aufl., 2006, § 16, Rdn. 32 und 35; Bornkamm, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 27. Aufl., 2009, § 16, Rdn. 35; Dreyer, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2. Aufl., 2009, § 16, Rdn. 45; Diemer, in: Erbs/Kohlhaas, Straf. Nebengesetze (Losbl.), UWG (158. Lief-August 2005), § 16, Rdn. 108; Weitemeier/Große, Kriminalistik 1996, 787 (788); Brammsen, in: MünchKomm-UWG, 2006, § 16, Rdn. 86; Rengier, in: Fezer-UWG, 2005, § 16, Rdn. 134; Finger, ZRP 2006, 159 (160); Dornis, WRP 2007, 1303 (1305); Solf, in: Wabnitz/Janovsky, Handbuch, 3. Aufl., 2007, 14. Kapitel, Rdn. 75.

²¹⁴ BGHSt 43, 270 (274); OLG Rostock, JR 1998, 389 (390); Beckemper, wistra 1999, 169 (170); Zander, Strafbarkeit von Pyramidengewinnspielen, 2005, S. 48; Solf, in: Wabnitz/Janovsky, Handbuch, 3. Aufl., 2007, 14. Kapitel, Rdn. 75; Raube, Strafrechtliche Probleme, 1995, S. 140 ff.; vgl. ferner Fn. 213.

²¹⁵ Fraglich ist aber, ob auch solche zentralgesteuerten Kettenbriefsysteme dem geschäftlichen Verkehr zugeordnet werden können, bei denen der Veranstalter für die Briefe nur den Selbstkostenpreis verlangt (z.B. nur das Porto). Nach Granderath liegt in diesen Fällen kein Handeln im geschäftlichen Verkehr vor. Zwar verlangt seiner Ansicht nach eine geschäftliche Ausrichtung nicht etwa eine Gewinnerzielungsabsicht, aber als Anknüpfungspunkt für die erforderliche Teilnahme am Erwerbsleben bleibe im letzteren Fall ähnlich den Selbstläufern allerdings nur die Errichtung des Systems an sich. Da Kettenbriefsysteme grundsätzlich wohl zumindest als glückspielähnliche Veranstaltungen verstanden werden müssten, erscheine es aus strafrechtlicher Sicht eher begründet, sie dem privaten Bereich zuzuordnen, selbst wenn der Veranstalter regelmäßig sichere, hohe Gewinne erziele, Granderath, wistra 1988, 173 (175).

Bei *Schenkkreisen* scheidet regelmäßig die Strafbarkeit an der Voraussetzung des geschäftlichen Verkehrs, weil in der Regel kein geschäftlicher Verkehr vorliegt, solange die Schenkkreise im privaten Bereich veranstaltet werden. Das kann aber im Einzelfall anders sein. Handeln im geschäftlichen Verkehr ist anzunehmen, wenn eine Person oder Gruppe systematisch - z.B. durch Forderung von Bearbeitungsgebühren - Schenkkreise aufbaut, verwaltet oder steuert²¹⁶. Um die Strafbarkeit von Mitspieler festzustellen, muss man zwei Arten von Mitspielern nach deren Intensität der Mitwirkung unterscheiden. Eine Strafbarkeit von denjenigen Mitspielern kommt in Betracht, die über die bloße Teilnahme am System hinaus aktiv dessen Erhaltung oder Förderung mitwirken. Dies ist der Fall, wenn der Mitspieler eigene Räumlichkeiten zur Verfügung stellt, fremde Räumlichkeiten anmietet, die Moderation übernimmt oder über mehrere Spielrunden hinweg immer wieder am System teilnimmt²¹⁷.

3. Unternehmen der Veranlassung zur Abnahme von Waren, Dienstleistungen oder Rechten

Gemäß dem Wortlaut des § 16 Abs. 2 UWG ist die Tathandlung das Veranlassen von Verbrauchern zur Abnahme von Waren, Dienstleistungen oder Rechten.

Einigkeit besteht darüber, dass der Begriff des Veranlassens weit auszulegen ist und alle Tätigkeiten umfasst, die darauf abzielen, dass der umworbene potenzielle Käufer im unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang zur Abnahme von Waren, Dienstleistungen oder Rechten bewogen wird. Auch besteht Einigkeit darüber, dass das Erfordernis des unmittelbaren Zusammenhangs nicht zu eng zu begreifen ist²¹⁸. So ist es irrelevant, ob der angestrebte Vertrag im direkten Anschluss an das verbale oder schriftliche Anerbieten (z.B.

Dieser Ansicht wird von der Literatur - zu Recht - widersprochen. Nach *Richter* widerspreche es dem vorhandenen Wirtschaftssystem, die Kostendeckung eines Preises als Maßstab der Betätigung im Wirtschaftsleben heranzuziehen. Wer sich Leistungen bei der Errichtung und dem Betreiben eines Kettenbriefes bezahlen lasse, handele nicht mehr im privaten Bereich, so dass bei allen zentralgesteuerten Kettenbriefsystemen unabhängig vom jeweiligen Preis ein Handeln im geschäftlichen Verkehr vorliege, *Richter*, wistra 1988, 245 (245).

²¹⁶ *Dornis*, WRP 2007, 1303 (1306); *Gagern*, „Auch in Deutschland: Die Abzocke mit Schenkkreisen“, (<http://www.transgallaxys.com/~beo/mlm/schenkkreise.htm>) (Stand: 27.9.2009).

²¹⁷ *Dornis*, WRP 2007, 1303 (1306 f.); *Bornkamm*, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 27. Aufl., 2009, § 16, Rdn. 35; *Dreyer*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2. Aufl., 2009, § 16, Rdn. 46; vgl. ferner *Amend-Traut*, KJ 2008, 408 (419 f.).

²¹⁸ *Otto/Brammsen*, WiB 1996, 281 (284 f.); psychisches Beeinflussen verlangt *Többens*, WRP 2005, 552 (554).

Ankündigung von Verkaufsbesuchen, Produktvorstellungen) oder der Seminarveranstaltung zustande kommt²¹⁹.

Die Werbetätigkeit muss darauf gerichtet sein, Waren, Dienstleistungen oder Rechte zu veräußern.

Waren: Der Begriff der Ware wird im Wettbewerbsrecht weit verstanden und kann deshalb jeder Gegenstand des geschäftlichen Verkehrs sein²²⁰. Der Begriff der Ware erfasst demzufolge bewegliche und unbewegliche Sachen, Energie (z.B. Elektrizität, Wärme), Immaterialgüter (z.B. Know-how, Domain-Name, Betriebsgeheimnisse, Lotterielose, Goodwill, Werbeideen oder Gewinnchancen), Computerprogramme, Adressenliste, Warenzeichen, Patente, Lizenzen, Datensammlungen, Filme, Markenrechte, Urheberrechte und Mitgliedschaftsrechte etc.

Dienstleistungen: Als Dienstleistungen sind alle geldwerten Leistungen des gewerblichen Lebens anzusehen, auch wenn sie von Nichtgewerbetreibenden (Angehörige der freien Berufe) herkommen, sofern sie erwerbswirtschaftlich verwertbar sind. Der Begriff der Dienstleistungen erfasst demnach Montagen, Vermietung von Sachen, Finanzierung, Versicherung von Risiken, Druckerzeugnisse, EDV-Anlage, Teilnahmebedingungen etc.²²¹.

Rechte: Teilweise wird eine eigenständige Bedeutung der „Rechte“ verneint, weil sie bereits vom Warenbegriff des UWG erfasst seien²²². Es könnte jedoch denkbar sein, dass die Hinzufügung des Rechts in § 16 Abs. 2 UWG auf dem Bestreben des Gesetzgebers beruht, den Tatbestand möglichst weit zu fassen. Rechte sind vermögenswerte Forderungen aller Art. Dazu gehören beispielsweise Investitionsfonds, Franchise-Verträge²²³.

a) Herkömmliche Systeme

Bei herkömmlichen Formen von progressiver Kundenwerbung steht regelmäßig der Absatz von vermögenswerten Gegenständen, die wirtschaftlich verwertbar sind, im Vordergrund. Deswegen liegt ganz unproblematisch im Regelfall eine nach § 16 Abs. 2 UWG strafbare progressive Kundenwerbung vor, weil die vertriebenen Güter als Ware anzusehen sind.

²¹⁹ *Krehl*, in: LK, 12. Aufl., 2008, Vor § 287, Rdn. 14.

²²⁰ *Otto/Brammsen*, WiB 1996, 281 (285).

²²¹ LG Hamburg, NJWE-WettbR 1997, 131 (132); vgl. ferner *Rengier*, in: Fezer-UWG, 2005, § 16, Rdn. 141.

²²² *Brammsen*, in: MünchKomm-UWG, 2006, § 16, Rdn. 82; *Rengier*, in: Fezer-UWG, 2005, § 16, Rdn. 139.

²²³ *Diemer*, in: Erbs/Kohlhaas, Straf. Nebengesetze (Losbl.), UWG (158. Lief-August 2005), § 16, Rdn. 112.

b) Systeme ohne echte Warenkoppelung

Bei diesen Systemen muss gesondert untersucht werden, was als Ware, Dienstleistungen oder als Rechte angesehen werden kann. Folgende Möglichkeiten kommen als Abnahmegegenstand in Betracht.

aa) Adressenmaterial

Adressenmaterial ist eine Dienstleistung i.S.v. § 16 Abs. 2 UWG. Das Adressenmaterial bezüglich potenzieller Kunden wird von dem Initiator an die neuen Mitspieler verkauft. Diese Adressen, insbesondere auf besondere Bedürfnisse hin selektierte Adressen²²⁴, werden im wirtschaftlichen Verkehr mit hohen Werten gehandelt²²⁵. Andere vertreten²²⁶, dass es sich um eine Ware handelt. Es kann für die vorliegend zu entscheidende Frage dahingestellt bleiben, ob es sich um Waren oder Dienstleistungen handelt, da diese Abgrenzung allenfalls dort eine Rolle spielt, wo der Gesetzgeber nur von Waren oder Dienstleistungen spricht.

bb) Überlassung von Teilnahmebedingungen

Überlassungen von Teilnahmebedingungen sind auch i. S. von § 16 Abs. 2 UWG als Dienstleistung anzusehen, weil dadurch den Teilnehmern während des Spielverlaufs ihre Spielposition und ihr Kontostand mitgeteilt werden. Dies ist aber umstritten.

Nach einer Meinung sind die Teilnahmebedingungen lediglich die dringende Voraussetzung für den Aufbau oder die Ausdehnung des Systems²²⁷. Nach dieser Ansicht sei die bloße Überlassung von Teilnahmebedingungen nicht mit Know-how vergleichbar. Die Überlassung von Know-how im geschäftlichen Bereich solle etwas anderes sein, weil es sich dort um betriebliches Erfahrungswissen handele, das einen eigenständigen wirtschaftlichen Wert aufweise. Mit anderen Worten diene die Aushändigung der Teilnahmebedingungen lediglich dazu, das System zu initiieren und im Lauf zu halten. Demnach handelt es sich nicht um eine Dienstleistung.

²²⁴ Richter, wistra 1987, 276 (278).

²²⁵ Raube, Strafrechtliche Probleme, 1995, S. 147; Diemer, in: Erbs/Kohlhaas, Straf. Nebengesetze (Losbl.), UWG (158. Lief-August 2005), § 16, Rdn. 110.

²²⁶ Bläse, Die strafrechtliche Erfassung, 1997, S. 161.

²²⁷ Brammsen, in: MünchKomm-UWG, 2006, § 16, Rdn. 83; Granderath, wistra 1988, 173 (175); Bläse, Die strafrechtliche Erfassung, 1997, S. 162.

Nach der eher zutreffenden Gegenansicht²²⁸ bilden die Teilnahmebedingungen eine selbständige Dienstleistung. Sie wird durch das betriebliche Erfahrungswissen im technischen wie auch im kaufmännischen Bereich weitergegeben. Damit stellt sie einen wertvollen Vorteil vor Konkurrenten (Know-how) dar. Nach *Richter* lässt sich daher eine Parallele zu den komplexen Absatz- und Vertriebssystemen ziehen, bei denen die Teilnahme oder Wissensnutzung ebenfalls z.B. im Rahmen von Franchise Verträgen gegen Entgelt angeboten wird²²⁹. Ferner verkennt die erste Ansicht, dass die Teilnahmebedingungen nicht nur der Schaffung des Systems dienen. Sie dienen vor allem dem möglichen Erfolg des Systems. Die erste Ansicht verkennt auch, dass die Schaffung von Teilnahmebedingungen eine gewisse geistige Anforderung verlangt. Somit liegt eine Dienstleistung im Sinne dieser Norm vor.

cc) Überwachungs- und Kontrolltätigkeit des Veranstalters

Die Gegenansicht bewertet die Überwachungs- und Kontrolltätigkeit des Veranstalters, wie auch die Überlassung von Teilnahmebedingungen, als völlig wertlos. Denn diese Tätigkeiten dienen lediglich dem Aufbau des Systems. Ohne diese Tätigkeiten könne man keine Gewinnchance realisieren²³⁰. Es darf jedoch nicht außer Acht bleiben, dass „Dienstleistung“ i.S. von § 16 Abs. 2 UWG jede geldwerte Leistung des gewerblichen Lebens bedeutet. Wenn der Veranstalter den Teilnehmern eine EDV-gestützte Organisation zur Verfügung stellt, befindet er sich im geschäftlichen Verkehr. Somit ist es unproblematisch, dass die zentral gesteuerte Überwachung des ordnungsgemäßen Ablaufs des Systems als Dienstleistung zu qualifizieren ist, weil diese Überwachungs- bzw. Kontrolltätigkeit eindeutig dem geschäftlichen Verkehr zuzuordnen ist²³¹.

dd) Mitgliedschaftsrecht (Teilnahmeberechtigung)

Diskussionswürdig ist hinsichtlich der Systeme ohne echte Warenkoppelung die Frage nach der Einordnung des Mitgliedschaftsrechtes als abgenommenes „Recht“ im Sinne des § 16 Abs. 2 UWG. Ob dieses Teilnahmerecht in einem Verein, einer Gesellschaft etc. unter den Rechtsbegriff fällt, ist abhängig davon, was unter dem Begriff „Rechte“ zu verstehen ist.

²²⁸ *Richter*, wistra 1987, 276 (278); *Raube*, Strafrechtliche Probleme, 1995, S. 148.

²²⁹ *Richter*, wistra 1987, 276 (278). *Raube* sieht eine Vergleichbarkeit zu allgemeinen Geschäftsbedingungen, die je nach Vertragsart vergütet werden können, *Raube*, Strafrechtliche Probleme, 1995, S. 148. Kritisch dazu *Bläse*, Die strafrechtliche Erfassung, 1997, S. 162 f.

²³⁰ *Otto*, Jura 1999, 97 (102 f.).

²³¹ LG Hamburg, NJWE-WettbR 1997, 131 (132); *Diemer*, in: Erbs/Kohlhaas, Straf. Nebengesetze (Losbl.), UWG (158. Lief-August 2005), § 16, Rdn. 111.

Nach *Granderath* kann das Mitgliedschaftsrecht nicht als Recht i.S.v. § 16 Abs. 2 UWG gewertet werden. Zur Auslegung dieser Frage müsse die Entscheidungsgeschichte des Tatbestandes herangezogen werden²³². Diese Ansicht will den Begriff auf solche Rechte eingrenzen, die als Vermögensanlagen angesehen werden können. Das Mitgliedschaftsrecht könne nicht als „Recht“ anerkannt werden, weil diese Rechte nicht einer Vermögensanlage gleich stünden²³³. Gegen diese Auffassung spricht jedoch der Gesetzgeber. Zwar war dem Gesetzgeber bei der Entstehung des 2. WiKG der Gesetzesentwurf des Vermögensanlagegesetzes bekannt, aber der Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages zum 2. WiKG war eindeutig. Dem Gesetzgeber kam es darauf an, den Tatbestand des § 16 Abs. 2 UWG so weit zu fassen, dass dieser die vielfältigen Erscheinungsformen der progressiven Kundenwerbung erfasste²³⁴. Also davon, dass der Gesetzgeber bei der Gestaltung des § 6c UWG a.F. sein ursprüngliches Gesamtvorhaben verwirklichen wollte, ist nicht auszugehen und es ergeben sich dafür auch keine Anhaltspunkte. Somit kann eine Mitgliedschaft in einem Verein, einer Gesellschaft etc. als „Recht“ i.S. von § 16 Abs.2 UWG angesehen werden.

Zu prüfen bleibt allerdings die schwierige Frage, ob das Mitgliedschaftsrecht tatsächlich „abgenommen“ wird. Abnahme bedeutet Erwerb gegen Entgelt. Das Mitgliedschaftsrecht müsste also auf der einen Seite von den Teilnehmern gegen Entgelt abgenommen worden sein, und auf der anderen Seite müssten die Aktivitäten des Veranstalters gerade darauf gerichtet sein, gegen Entgelt das Mitgliedschaftsrecht an die Teilnehmer abzusetzen oder zu vertreiben.

Die Auffassung des BGH ist eindeutig. „Nach dem System werden Nichtkaufleute²³⁵ zur Abnahme von gewerblichen Leistungen²³⁶ oder Rechten veranlasst. Darunter sind alle vermögenswerten Gegenstände, die wirtschaftlich verwertbar sind, insbesondere auch *Mit-*

²³² Vor dem Inkrafttreten des § 6c UWG a.F. hat sich der Begriff „Rechte“ nicht in der Fassung des UWG befunden. Die Einfügung des § 6c UWG a.F. ist daher im Zusammenhang mit der zum damaligen Zeitpunkt angestrebten allgemeinen Verbesserung des Anleger- und Verbraucherschutzes zu sehen (vgl. beispielsweise nur BT-Drucks. 8/14, S. 10). Hierzu zählten die Reformversuche hinsichtlich §§ 3, 4 UWG a.F. und der Versuch, ein Vermögensanlagegesetz zu konstituieren. Beide Versuche sind gescheitert. Die Reformbestrebungen wurden dann teilweise im Rahmen des 2. WiKG verwirklicht. Mit dem 2. WiKG wurde neben § 6c UWG a.F. der Straftatbestand des Kapitalanlagebetrugs gemäß § 264a StGB geschaffen. Die ursprüngliche Konzeption sah vor, dass sich das zentral in § 3 UWG a.F. enthaltene Merkmal „Rechte“ an das Vermögensanlagegesetz anlehnen sollte. Dazu *Raube*, Strafrechtliche Probleme, 1995, S. 150.

²³³ *Granderath*, wistra 1988, 173 (175).

²³⁴ *Brandl*, Spielleidenschaft, 2003, S. 175; *Raube*, Strafrechtliche Probleme, 1995, S. 151; *Bläse*, Die strafrechtliche Erfassung, 1997, S. 164.

²³⁵ § 16 Abs. 2 UWG n.F. „Verbraucher“.

²³⁶ § 16 Abs. 2 UWG n.F. „Dienstleistungen“.

*gliedschaftsrechte*²³⁷ zu verstehen. Das Mitgliedschaftsrecht ist vorliegend als Recht i.S. des § 6c UWG (a.F.) anzusehen, weil es dem Mitglied generell Aussicht auf Gewinn eröffnet. Hinzu kommt der Anspruch des Teilnehmers auf Dienstleistungen organisatorischer Art, die zur Aufrechterhaltung des gesteuerten Systems notwendig sind, etwa die Besorgung des Kassen- und Rechnungswesens.²³⁸

Dieser Auffassung des BGH ist das OLG Rostock entgegengetreten. Nach Auffassung des Gerichts wird „nicht jedes Recht und nicht jede gewerbliche Leistung ... durch § 6c UWG geschützt.“²³⁹ Und die Strafbarkeit gemäß § 16 Abs. 2 UWG scheitert insbesondere daran, „dass es sich bei den Aktivitäten des Beschuldigten nicht um solche gehandelt hat, die auf die Abnahme von Waren, gewerblichen Leistungen oder Rechten i.S. des § 6c UWG gerichtet waren“.²⁴⁰ Genau genommen stellt insbesondere das Mitgliedschaftsrecht am System ohne echte Warenkoppelung keinen tauglichen Absatzgegenstand i.S. des § 16 Abs. 2 UWG dar. Die Teilnehmer werden nicht zur Abnahme des Mitgliedschaftsrechts veranlasst. Anknüpfungspunkt ist hier im Konkreten der fehlende wettbewerbsrechtliche Bezugspunkt eines derartigen Mitgliedschaftsrechts: Außerhalb des Gewinnsystems fehle es an jeglichem wirtschaftlichem und damit wettbewerbsrechtlich einschlägigem Bezugspunkt, so dass es - entgegen der Schutzfunktion des § 6c UWG - neben den schützenswerten Opfern des progressiven Systems und der schützenswerten Allgemeinheit überhaupt keine schützenswerten Wettbewerber gebe, die hier durch § 6c UWG geschützt werden könnten. Ein schützenswerter Wettbewerb müsse zumindest denkbar sein²⁴¹.

Diese Entscheidung ist in der Literatur teilweise begrüßt worden²⁴². Der BGH ist in seiner Entscheidung auf diese vom OLG Rostock aufgeworfene Problematik nicht eingegangen.

Das OLG Rostock macht mit diesen Ausführungen deutlich, dass es das „Wettbewerbsverhältnis“ als notwendige Voraussetzung für die Anwendbarkeit des UWG-Rechts

²³⁷ Hervorhebung durch Verfasser.

²³⁸ BGHSt 43, 270 (274) zustimmend LG Rostock, wistra 2002, 75 (77); OLG Bamberg, NStZ-RR 1997, 217 (218); LG Hamburg, NJWE-WettbR 1997, 131 (131); LG Hamburg, NStZ-RR 1997, 57 (57); *Diemer*, in: Erbs/Kohlhaas, Straf. Nebengesetze (Losbl.), UWG (158. Lief-August 2005), § 16, Rdn. 112; *Solf*, in: Wabnitz/Janovsky, Handbuch, 3. Aufl., 2007, 14. Kapitel, Rdn. 79.

²³⁹ OLG Rostock, JR 1998, 389 (391).

²⁴⁰ OLG Rostock, JR 1998, 389 (391).

²⁴¹ OLG Rostock, JR 1998, 389 (392).

²⁴² *Otto*, Jura 1999, 97 (103 f.); *Otto*, JR 1998, 392 (393); *Brammsen*, in: MünchKomm-UWG, 2006, § 16, Rdn. 86.

erachtet. Damit sollen dem Anwendungsbereich des UWG dahingehend Grenzen gesetzt werden, dass sich dieser nicht schlechthin auf das Verhalten im geschäftlichen Verkehr, sondern nur auf das geschäftliche Verhalten im Rahmen eines „Wettbewerbsverhältnisses“ erstreckt.

Das OLG Brandenburg hat diese Auffassung zusammengefasst. § 16 Abs. 2 UWG setzt nicht ausdrücklich „zu Zwecken des Wettbewerbs“ voraus. „Aber eine zwangslose Auslegung ergibt, dass die Handlung, um die es geht, in einem wettbewerblichen Kontext vorgenommen sein muss“²⁴³.

Auch *Zander* kam in seiner auf der Entscheidung des OLG Rostock beruhenden Rostocker Dissertation zur selben Überzeugung wie die Richter des OLG Rostock. § 16 Abs. 2 UWG sei eine wettbewerbsrechtlich ausgerichtete Strafvorschrift, in der die Abnehmer notwendigerweise in den Mittelpunkt gerückt werden, um Tathandlung und Taterfolg einer strafbaren progressiven Kundenwerbung zu spezifizieren, jedoch nur im „wettbewerblichen Kontext“²⁴⁴. § 16 Abs. 2 UWG setze ein „Wettbewerbsverhältnis“ voraus, weil es nicht im StGB, sondern im UWG geregelt wurde. Wenn der Gesetzgeber „Wettbewerbsverhältnis“ als eine Voraussetzung für die Anwendung des § 16 Abs. 2 UWG nicht vorausgesehen hätte, hätte er die Vorschrift im StGB geregelt²⁴⁵. Um dies zu verdeutlichen, hat *Zander* gesagt: „Selbiges wird auch mit Blick auf § 4 UWG²⁴⁶ und § 263 StGB deutlich. (...) In dieser Hinsicht ist die Strafvorschrift Sondertatbestand im Vorfeld des Betruges, denn sowohl § 263 StGB als auch § 4 UWG²⁴⁷ liegt als Schutz die Dispositionsfreiheit zugrunde. Und obwohl die Schutzrichtungen beider Normen stark angenähert sind, sind beide in andere Kodifikationszusammenhänge eingegliedert.“²⁴⁸ Zuzustimmen ist der von *Zander* vertretenen Auffassung dahingehend, dass § 16 Abs. 1 UWG als Sondertatbestand im Vorfeld des Betruges angesiedelt ist. Jedoch verkennt *Zander*, dass Dispositionsfreiheit durch § 263 StGB nicht geschützt wird. Rechtsgut des Betruges ist allein das Vermögen.

Als Zusammenfassung ist festzuhalten, dass nach der Auffassung des OLG Rostock und *Zander* „Wettbewerbsverhältnis“ ein unentbehrliches Abgrenzungskriterium zwischen den StGB und den UWG-Straftatbeständen ist.

²⁴³ OLG Brandenburg, wistra 2003, 74 (74); ebenso AG Köln, vom 18.02.2004 (112 C 551/03) (Rdn 62 -Juris).

²⁴⁴ *Zander*, Strafbarkeit von Pyramidengewinnspielen, 2005, S. 242.

²⁴⁵ *Zander*, Strafbarkeit von Pyramidengewinnspielen, 2005, S. 237.

²⁴⁶ Jetzt § 16 Abs. 1 UWG.

²⁴⁷ Jetzt § 16 Abs. 1 UWG.

²⁴⁸ *Zander*, Strafbarkeit von Pyramidengewinnspielen, 2005, S. 238.

Nun stellt sich zuerst die Frage, ob „Wettbewerbsverhältnis“ ein sine qua non für die Anwendung des UWG-Rechts ist. Besser gesagt: Gibt es überhaupt keine Vorschrift außer den UWG-Straftatbeständen, die als Tatbestandsvoraussetzung ein „Wettbewerbsverhältnis“ voraussetzt. An dieser Stelle ist ein kurzer Überblick auf § 299 StGB (ex § 12 UWG) erforderlich.

Der Straftatbestand des § 299 StGB wurde durch Art. 1 Nr. 3 des Korruptionsbekämpfungsgesetzes vom 13.08.1997²⁴⁹ eingeführt. § 299 StGB übernimmt die Vorschrift des ex § 12 UWG hinsichtlich der Tatbestandsvoraussetzungen fast unverändert. Deshalb sind bei der Auslegung der Tatbestandsmerkmale die UWG-Regelungen zu berücksichtigen²⁵⁰. Bei § 299 Abs. 2 StGB verwendet der Gesetzgeber die Formulierung „zu Zwecken des Wettbewerbs“. Damit wird klargestellt, dass der Täter mit „Wettbewerbsabsicht“ handeln muss²⁵¹. Dies setzt das Vorliegen eines „Wettbewerbsverhältnisses“ voraus²⁵². Auch wird im vorgeschlagenen Entwurf²⁵³ die Bevorzugung beim Bezug von Waren oder Dienstleistungen „im Wettbewerb“ erfolgen. Dies ändert auch nichts bei dem Erfordernis des Tatbestandes²⁵⁴. Abgesehen von der Frage, ob ein „Wettbewerbsverhältnis“ bei dem Tatbestand erforderlich ist oder nicht, ist festzuhalten, dass im geltenden Recht auch das StGB eine Strafvorschrift enthält, die als Tatbestandsvoraussetzung „Wettbewerbsverhältnis“ voraussetzt. Als Zwischenergebnis ist zu konzentrieren, dass „Wettbewerbsverhältnis“ - entgegen der Auffassung von OLG Rostock und *Zander* - kein unentbehrliches Abgrenzungskriterium zwischen dem StGB und den UWG-Straftatbeständen ist.

Nun stellt sich die zweite (gleichzeitig umgekehrte) Frage, ob sich innerhalb des UWG solche Straftatbestände, die „Wettbewerbsverhältnis“ als Tatbestandsvoraussetzung nicht erfordern, befinden.

Damit muss man sich an den Begriff „Wettbewerbsverhältnis“ wenden. Im geltenden UWG-Recht befindet sich dieser Begriff in § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG. Der Gesetzgeber verwendet den Begriff, um „Mitbewerber“ zu definieren. Er hat damit zur Definition der Mitbewerbereigenschaft an dem im früheren Recht aus dem Merkmal „Handeln zu Zwecken des Wett-

²⁴⁹ BGBl. 1997 I, S. 2038; siehe auch *Nestoruk*, Strafrechtliche Aspekte, 2003, 80 ff.

²⁵⁰ *Dannecker*, in: NK, 2. Aufl., 2005, § 299, Rdn. 1; *Tiedemann*, in: LK, 12. Aufl., 2008, Entstehungsgeschichte § 299.

²⁵¹ *Tiedemann*, in: LK, 12. Aufl., 2008, § 299, Rdn. 53.

²⁵² Ganz offensichtlich *Diemer/Krick*, in: MünchKomm-StGB, 2006, § 299, Rdn. 24.

²⁵³ BT-Drucks. 16/6558 vom 4.10.2007.

²⁵⁴ Vgl. *Tiedemann*, in: LK, 12. Aufl., 2008, § 299, Rdn. 36.

bewerbers“ etwa i.S. des §§ 1, 3 UWG a.F. abgeleiteten „Wettbewerbsverhältnis“ festgehalten²⁵⁵. Also ergibt sich der Rechtsbegriff des Wettbewerbsverhältnisses aus dem Merkmal „Handeln zu Zwecken des Wettbewerbers“.

Im UWG befinden sich verschiedene Straftatbestände, nämlich § 16 Abs. 1 UWG, § 16 Abs. 2 UWG und §§ 17 ff. UWG. All UWG Straftatbestände, außer §§ 16 Abs. 1 und Abs. 2 UWG, verlangen immer ein Handeln „zu Zwecken des Wettbewerbs“ (§§ 17 Abs. 1, Abs. 2; 18 Abs. 1; 19 Abs. 1, Abs. 2 UWG). Wenn der Gesetzgeber demnach ein zusätzliches Tatbestandsmerkmal verlangt, dokumentiert er dies ausdrücklich. Hier kann man nicht von einem Versehen des Gesetzgebers sprechen²⁵⁶, weil im Zuge der UWG-Reform § 16 Abs. 2 UWG - abgesehen von einer reinen redaktionellen Änderung - nichts geändert wurde. Auch im früheren Recht verlangten Vorläufer der heutigen §§ 17 ff. UWG dieses Merkmal²⁵⁷. Dies ist selbstverständlich. Denn die Strafbarkeit des Verrates von Geschäftsgeheimnissen sowie der unlauteren Verwertung von Vorlagen hat die Bewahrung des gesamten Geheimbereiches eines geschäftlichen Verkehrs zum Ziel. Demnach geht §§ 17 ff. UWG um den Schutz von Betriebsgeheimnissen, der besonders gegenüber *Mitbewerbern* gewahrt werden muss²⁵⁸. Damit hat der Gesetzgeber die Mitbewerbereigenschaft auf der Grundlage von § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG betont. Mit anderen Worten: § 16 Abs. 2 UWG fällt innerhalb des UWG, nicht wegen des ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals, sondern wegen der traditionellen auf Individualrechtsgüterschutz etablierten Systembildung²⁵⁹ des Besonderen Teils des StGB.

Als zweites Zwischenergebnis ist also festzustellen, dass es auch innerhalb der UWG-Straftatbestände solche Vorschriften, die „Wettbewerbsverhältnisse“ nicht voraussetzen, gibt. Die Auffassung des OLG Rostock und von *Zander* sind abzulehnen. Für dieses Ergebnis spricht auch die gewandelte Schutzfunktion des UWG. Da der Verbraucherschutz immer mehr im Mittelpunkt der wettbewerblichen Betrachtungen steht, wird „Wettbewerbsverhältnis“ in der Literatur kritisiert. *Hefermehl* weist seit langem auf die Notwendigkeit hin, die Enge des UWG-Rechts zu überwinden, und bezeichnet das „Wettbewerbsverhältnis“ in diesem Zusammenhang sogar als das „Prokrustesbett“²⁶⁰ des Wettbewerbsschutzes. Der Wett-

²⁵⁵ *Fezer*, in: *Fezer-UWG*, 2005, § 2, Rdn. 91 ff.

²⁵⁶ So aber *Alexander*, WRP 2004, 407 (413).

²⁵⁷ § 17 Abs. 1 a.F. (§ 17 UWG n.F.); § 18 a.F. (§ 18 n.F.); § 20 Abs. 1, Abs. 2 a.F. (§ 19 UWG n.F.).

²⁵⁸ *Köhler*, in: *Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG*, 27. Aufl. 2009, § 17, Rdn. 2; *Rengier*, in: *Fezer-UWG*, 2005, § 17, Rdn. 4.

²⁵⁹ *Tiedemann*, in: *FS-Stree und Wessels*, 1993, 527 (543).

²⁶⁰ *Hefermehl*, in: *FG-Kummer*, 1980, 345 (347 f.).

bewerb berührt nämlich nicht nur die Interessen der Unternehmer, die miteinander konkurrieren, sondern auch die anderer sich wettbewerblich betätigenden Unternehmen sowie die der Verbraucher und der Allgemeinheit. In diesem Zusammenhang wurde die Entscheidung des OLG Rostock in der Literatur - zu Recht - meistens im Rahmen der „Schutzzwecktrias“ kritisiert. Dementsprechend sagte *Beckemper*²⁶¹; die Auffassung des OLG Rostock missachte, dass das UWG nicht nur dem Schutz des redlichen Wettbewerbs dient, sondern darüber hinaus auch dem Schutz der Allgemeinheit und insbesondere der Verbraucher²⁶².

Für dieses Ergebnis spricht ferner die Rechtsnatur des § 16 Abs. 2 UWG. § 16 Abs. 2 UWG wurde als ein abstrakter Gefährdungstatbestand ausgestaltet. Der in diesem Sinne abstrakte Gefährdungstatbestand ist dadurch gekennzeichnet, dass ein bestimmtes Verhalten verboten wird, auch wenn es im konkreten Einzelfall den Wettbewerb möglicherweise nicht beeinflusst, aber jedenfalls seiner Art nach zur Beeinträchtigung des lautereren Wettbewerbs geeignet ist. Deshalb soll es genügen, dass die potentiellen Kunden anderer Marktteilnehmer durch die Teilnahme am Geldgewinnspiel außerstande gesetzt werden, sich den Angeboten redlicher Marktteilnehmer zuzuwenden²⁶³.

Des Weiteren missachtet das Erfordernis eines solchen wettbewerbsrechtlichen Elementes und die sich daraus ergebende künstliche Trennung zwischen strafrechtlich pönalisierten wirtschaftlichen Tätigkeiten und dem daraus resultierenden Sondermarkt für kriminelle Tätigkeiten, dass progressive Kundenwerbungsmodelle im Wettbewerb immer mit legalen Finanzanlageprodukten in Gang gesetzt werden²⁶⁴.

Abschließend ist damit festzuhalten, dass das Mitgliedschaftsrecht als Gegenstand der Abnahme i.S. des § 16 Abs. 2 UWG in Betracht kommt²⁶⁵. Dieses Ergebnis spielt eine entscheidende Rolle über die Strafbarkeit von Systemen ohne echte Warenkoppelung. Denn nach

²⁶¹ *Beckemper*, wistra 1999, 169 (171); kritisch dazu *Brandl*, Spieleidenschaft, 2003, S. 177.

²⁶² Daher vertritt das LG Rostock wistra 2002, 75 (77) nunmehr - nach der vom BGH ergangenen Entscheidung - die Auffassung, dass die Subsumtion „Geldgewinnspiele“ dem Schutzzweck der Vorschrift mit der „Veranlassung zur Abnahme von Waren, Dienstleistungen und Rechten“ bewusst besonders weit gefasst sei, um im Allgemeininteresse den geschützten Personenkreis der Abnehmer und Wettbewerber vor Täuschung, glückspielartiger Willensbeeinflussung und Vermögensgefährdung zu bewahren.

²⁶³ *Nordemann*, NJ 1998, 439 (439); zustimmend *Willingmann/Strauß*, NJ 2000, 7 (13).

²⁶⁴ *Nack*, in: Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl., 2006, § 59, Rdn. 55.

²⁶⁵ Im Ergebnis ebenso - indes ohne Begründung - *Dornis*, WRP 2007, 1303 (1305); *Többens*, WRP 2005, 552 (554); *Rengier*, in: Fezer-UWG, 2005, § 16, Rdn. 141; *Solf*, in: Wabnitz/Janovsky, Handbuch, 3. Aufl., 2007, 14. Kapitel, Rdn. 79; *Dreyer*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2. Aufl., 2009, § 16, Rdn. 40; *Bornkamm*, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 27. Aufl., 2009, § 16, Rdn. 37.

Auffassung der Gegenansicht kommt nur die Gewinnchance als Abnahmegegenstand im Sinne des § 16 Abs. 2 UWG in Betracht.

Die Entscheidung des OLG Rostock ist auch von *Nordemann* kritisiert worden, weil auf diese Weise die bislang bestehende Rechtssicherheit zwischen BGH und OLG-Bezirken aufgegeben worden sei²⁶⁶. Dies wäre jedoch nur dann richtig gewesen, wenn der BGH mit höheren Anforderungen den Veranstalter solchen Systemen für unschuldig erklärt hätte. Es darf jedoch nicht außer Acht bleiben, dass das OLG Rostock, obwohl seine Ansicht nicht richtig ist, für die Nichtstrafbarkeit der Veranstalter spricht. Eine Auslegung zu Gunsten des Täters beeinträchtigt die Rechtssicherheit nicht.

ee) Gewinnchance

Letztlich bleibt zu prüfen, ob die durch die Beteiligung an einem Spiel eröffnete Gewinnchance als Ware oder als Rechte i.S.v. § 16 Abs. 2 UWG angesehen werden kann.

Diejenigen in der Literatur, die lediglich Rechte, welche einer Vermögensanlage entsprechen, als Recht i.S.v. § 16 Abs. 2 UWG anerkennen, kommen konsequenterweise auch bei der Gewinnchance zu dem Ergebnis, dass diese tatbestandlich nicht erfasst wird²⁶⁷. Dieser Meinung ist aus den bereits genannten Gründen jedoch nicht zu folgen.

Auch nach *Raube* kann eine bloße Gewinnchance im Sinne dieser Norm nicht als Recht, bzw. Ware angesehen werden, weil eine Gewinnchance bei den progressiven Systemen im Gegensatz zum Lotterielos schon nicht „abgenommen“ werden kann. Ohne eigene Aktivität soll danach nicht einmal eine Gewinnaussicht entstehen, wenn überhaupt, würden sich die Teilnehmer die Gewinnaussicht durch eigene Werbetätigkeit selbst eröffnen²⁶⁸. Richtig ist, dass die Realisierung der Gewinnchance abhängig ist von der eigenen Tätigkeit der Teilnehmer. Insofern besteht ein Unterschied zum Erwerb eines Lotterieloses, bei dem sich ein Gewinn unabhängig von einer eigenen weiteren Tätigkeit des Kunden eröffnen kann. Dieser Unterschied schließt allerdings nicht aus, dass Gewinnchance als Ware oder als Rechte i.S. des § 16 Abs. 2 UWG gelte.

²⁶⁶ *Nordemann*, NJ 1998, 439 (439 f.).

²⁶⁷ *Granderath*, wistra 1988, 173 (175).

²⁶⁸ *Raube*, Strafrechtliche Probleme, 1995, S. 153.

Wenn der Teilnehmer eines Systems erfolgreich andere Interessenten geworben hat, hat er einen Anspruch auf Gewinn erworben. Dies ist dann keine Gewinnchance mehr. Die Gewinnchance verschafft demgegenüber der Veranstalter dem Teilnehmer durch das In Gang setzen des Spielbetriebes und dessen Aufrechterhaltung. Dem Teilnehmer wird gegen Entgelt die Möglichkeit eröffnet, Akquisitionsbemühungen aufzunehmen und bei erfolgreicher Werbung einen Gewinn zu erhalten. Mit anderen Worten: Die Gewinnchance wird von Veranstalter bereits bei Eintritt in das System eröffnet.

Zum selben Ergebnis kam auch das BayObLG. Das Gericht gelangte in seiner Entscheidung zu der Überzeugung, dass es letztendlich die Gewinnchance sei, die das Papier zur Ware oder zum Recht machen würde. Der Kettenbrief eröffnet und verkörpert gerade diese Gewinnchance²⁶⁹. Dem BayObLG ist dahingehend zuzustimmen, dass die Gewinnchance zwingend mit dem Kettenbrief verbunden ist²⁷⁰.

Die Gewinnchance, die mit dem Kettenbrief verbunden ist, besteht auch bei Geldgewinnspielen. Beispielsweise erhält bei der Spiel „Life“ der direktwerbende Einzelhändler von den Eintrittsbetrag (6500 DM) des neu geworbenen Teilnehmers den Betrag von 1500 DM.

Demnach ist die Gewinnchance i.S.v. § 16 Abs. 2 UWG als Recht oder Ware zu bewerten. Wenn man den Beweggrund bzw. das Ziel des einzelnen Neuteilnehmers bei seinem Einstieg betrachtet, stellt man fest, dass es diesem gerade um die Erlangung der Gewinnchance geht²⁷¹.

4. Versprechen eines besonderen Vorteils

Der Tatbestand erfordert das Versprechen eine Gewährung besonderer Vorteil. Versprechen ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung und bedeutet i.S.v. § 16 Abs. 2 UWG, künftige Gewährung von Vorteilen zuzusagen²⁷². Vorteile sind alle vermögenswerten Zuwendungen, die den Empfänger wirtschaftlich oder rechtlich besser stellen. Irrelevant ist, ob diese in der Leistung von gleichen Waren, Dienstleistungen oder Rechten bestehen oder in der Reduzierung des Kaufpreises des abgenommenen Objekts oder in der

²⁶⁹ BayObLG, wistra 1990, 240 (241).

²⁷⁰ Ebenso *Bläse*, Die strafrechtliche Erfassung, 1997, S. 164 f.

²⁷¹ Auf die Problematik, ob die Gewinnchance gleichzeitig als Recht und als „besonderer Vorteil“ bewertet werden kann, wird später näher einzugehen sein.

²⁷² *Diemer*, in: Erbs/Kohlhaas, Straf. Nebengesetze (Losbl.), UWG (158. Lief-August 2005), § 16, Rdn. 115.

Lieferung unentgeltlicher oder verbilligter anderer vermögenswerter Objekte²⁷³. Ferner kommen Prämien, Provisionen, Boni, Umsatzprovisionen, Vermittlungsprovisionen für Versicherungsverträge und Gewinnchancen usw. in Betracht²⁷⁴.

§ 16 Abs. 2 UWG spricht aber nicht von einfachen Vorteilen, sondern von besonderen Vorteilen. Der Gesetzgeber bezweckte mit diesem Tatbestandsmerkmal, völlig belanglose und geringwertige Vorteile aus dem Anwendungsbereich der Vorschrift herauszunehmen, weil die Beeinflussungswirkung derartiger Vorteile nicht in der Lage ist, die typische Dynamik eines Systems der progressiven Kundenwerbung in Gang zu setzen²⁷⁵.

Der Maßstab für die Belanglosigkeit ist allerdings ungeklärt. § 16 Abs. 2 UWG gibt keinen Hinweis darauf, wann ein Bagatellfall vorliegt.

Nach einer Ansicht²⁷⁶ soll sich dies nach der Relation zu dem vom Abnehmer zu zahlenden Entgelt richten. Sei der Vorteil nach allen Lebenserfahrungen nicht geeignet, den Vorteilsempfänger zu veranlassen, planmäßig zu versuchen, weitere Kunden anzuwerben oder das Geschäft im wesentlichen aufgrund des versprochenen Vorteils abzuschließen, so läge kein Vorteil i.S.v. § 16 Abs. 2 UWG vor. Nach dieser Ansicht sind für einen Bagatellfall beispielsweise bei Geldgewinn- und zentralgesteuerten Kettenbriefsysteme höchstens 5-10 % des Einsatzes bzw. Mitgliedsbetrages anzusetzen.

Diese Ansicht ist mit dem Schutzzweck der Norm nicht vereinbar, weil die Grenze zur Belanglosigkeit zu schnell überschritten wird. Beim Geldgewinnspiel „Life“ z.B. betrug der Mitgliedsbetrag 6500 DM. 5-10 % des Einsatzes bzw. Mitgliedsbetrages betragen 325 bzw. 650 DM.

Eine andere Ansicht²⁷⁷, die eher vertretbar erscheint, knüpft an die Geringwertigkeitsgrenze der §§ 243 Abs. 2, 248a StGB an. Demnach könnte die Grenze zwischen besonderem Vorteil und geringwertiger Gegenleistung bei etwa 25-30 Euro angenommen werden²⁷⁸.

²⁷³ BT-Drucks. 10/5058 S. 39; a.A. BayObLG, wistra 1990, 240 (241); Richter, wistra 1990, 216 (217).

²⁷⁴ Többens, WRP 2005, 552 (554); Dreyer, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2. Aufl., 2009, § 16, Rdn. 38; Bornkamm, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 27. Aufl., 2009, § 16, Rdn. 38.

²⁷⁵ OLG Bamberg, NStZ-RR 1997, 217 (218); LG Hamburg, NStZ-RR 1997, 57 (58); Többens, WRP 2005, 552 (554).

²⁷⁶ Otto, in: Großkomm-UWG, 1992, § 6c, Rdn. 30; Otto/Brammsen, WiB 1996, 281 (288); Dreyer, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2. Aufl., 2009, § 16, Rdn. 38.

²⁷⁷ Raube, Strafrechtliche Probleme, 1995, S. 157 f.; Bläse, Die strafrechtliche Erfassung, 1997, S. 168.

a) Herkömmliche Systeme

Sowohl bei den klassischen Schneeballsystemen als auch bei den Pyramidensystemen wird dieses Tatbestandsmerkmal ganz unproblematisch erfüllt. Bei den Schneeballsystemen scheint der besondere Vorteil als Ermäßigung des Kaufpreises²⁷⁹. Bei den Pyramidensystemen sind die besonderen Vorteile i.d.R. Prämien, Provisionen oder der unentgeltliche bzw. verbilligte Bezug weiterer Waren.

b) Systeme ohne echte Warenkoppelung

Umstritten ist, ob „Gewinnchancen“ bei zentralgesteuerten Kettenbriefsystemen und „Werbeprämie oder Provision“ bei Geldgewinnspielen und bei Schenkkreisen - soweit sie im geschäftlichen Verkehr stattfinden - als besonderer Vorteil angesehen werden können.

Es ist allgemein anerkannt, dass die erworbene Ware, Dienstleistungen bzw. das erworbene Recht i.S.v. § 16 Abs. 2 UWG nicht identisch mit dem versprochenen Vorteil sein darf²⁸⁰. Der besondere Vorteil muss vielmehr ein „zusätzliches Lockmittel“ sein, um den Kunden in das System einzuspannen²⁸¹. Nun stellt sich die Frage, ob die vom Veranstalter gewährte Gewinnchance oder gewährte Provisionen bzw. Werbeprämien als besonderer Vorteil i.S.v. § 16 Abs. 2 UWG angesehen werden können, falls der versprochene Vorteil mit dem erlangten Gegenstand identisch ist, oder nicht. Dieser Frage kommt bei Systemen ohne echte Warenkoppelung entscheidende Bedeutung zu, weil bei diesen Systemen der Veranstalter i.d.R. keinen unmittelbaren Geldvorteil gewährt, sondern neben den Dienstleistungen oder Rechten lediglich die Gewährung der Gewinnchance in Betracht kommt.

Ein Teil der Rechtsprechung und Literatur lehnt eine Strafbarkeit aus § 16 Abs. 2 UWG ab, wenn das progressive System ohne Koppelung mit dem Vertrieb echter Waren, Dienstleistungen oder Rechten, gewissermaßen also pur, letztlich als Gewinnspiel selbst Gegenstand der Abnahme ist²⁸². Denn die Provisionen seien nur die Verwirklichung der vom

²⁷⁸ Vgl. *Fischer*, StGB, 56. Aufl., 2009, § 248a, Rdn. 3.

²⁷⁹ *Bornkamm*, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 27. Aufl., 2009, § 16, Rdn. 32.

²⁸⁰ BayObLG, wistra 1990, 240 (241); OLG Stuttgart, wistra 1991, 234 (235); OLG Karlsruhe, GRUR 1989, 615 (616); *Krehl*, in: LK, 12. Aufl., 2008, Vor § 287, Rdn. 18; *Brandl*, Spielleidenschaft, 2003, S. 176; *Wegner*, wistra 2001, 171 (172); *Bornkamm*, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 27. Aufl., 2009, § 16, Rdn. 39; *Otto*, wistra 1998, 227 (227).

²⁸¹ *Beckemper*, wistra 1999, 169 (171).

²⁸² BayObLG, wistra 1990, 240 (241); OLG Stuttgart, wistra 1991, 234 (236); LG Rostock, NSTZ-RR 1997, 218 (219); *Krehl*, in: LK, 12. Aufl., 2008, Vor § 287, Rdn. 18 f.; *Brammsen*, in: MünchKomm-UWG, 2006, § 16,

Veranstalter verkauften Gewinnchance, die deshalb bereits Teil des verkauften Rechts sei. Deswegen könne die verkaufte Gewinnchance nicht gleichzeitig ein besonderer Vorteil i.S. des Tatbestands sein. Eine der Gewinnchance entkleidete Mitgliedschaft sei völlig wertlos, so wie ein Lottoschein ohne die darin enthaltene Chance auf Gewinn nur ein wertloses Blatt Papier sei²⁸³. Insbesondere verkörpere das Mitgliedschaftsrecht lediglich die systemspezifische Chance, durch Anwerbung weiterer Mitglieder, also durch Mitwirkung am Absatz von Mitgliedschaftsrechten, Provisionen zu erhalten. Ein von der Gewinnchance abhängiger wirtschaftlicher Veräußerungs- und Erwerbsgegenstand sei darin nicht zu sehen.

Also kann nach dieser Ansicht nur die Gewinnchance als einzig in Betracht kommender Abnahmegegenstand im Sinne des § 16 Abs. 2 UWG angesehen werden. Schon aus diesem Grund ist diese Auffassung abzulehnen. Oben wurde festgestellt, dass auch „Mitgliedschaftsrecht“ als Gegenstand der Abnahme i.S. des § 16 Abs. 2 UWG in Betracht kommt.

Deshalb nimmt die sowohl kriminalpolitisch²⁸⁴ als auch dogmatisch richtige Ansicht die Strafbarkeit bei Systemen ohne echte Warenkoppelung an.

Nach Ansicht des BGH ist der besondere Vorteil die konkrete Provision oder Werbeprämie, die sich inhaltlich von der verkauften Ware bzw. dem verkauften Recht - das Mitgliedschaftsrecht im System - unterscheidet. Der BGH formuliert es folgendermaßen: „Der hier gewährte besondere Vorteil besteht in dem tätigkeits- und erfolgsbedingten Anspruch auf Zahlung von Provision bzw. Folgeprovision, der sich vom bloßen Mitgliedschaftsrecht und der darin begründeten Anwartschaft auf Provisionen unterscheidet: Gegenstand der Abnahme ist das Mitgliedschaftsrecht in der Organisation und die sich daraus ergebenden Ansprüche

Rdn. 92; *Brandl*, *Spielleidenschaft*, 2003, S. 175 ff.; *Otto*, *Jura* 1999, 97 (103 f.); *Otto*, *wistra* 1997, 81 (87 f.); *Piper/Ohly*, *UWG*, 4. Aufl., 2006, § 16 Rdn. 46.

²⁸³ Vgl. *Otto*, *wistra* 1998, 227 (227): „Kein vernünftiger Mensch, der nicht selbst die Gewinnchance nutzen will, würde auch nur einen Pfennig für diese Leistungen zahlen.“

²⁸⁴ Erkennt dies auch *Krehl*, in: *LK*, 12. Aufl., 2008, Vor § 287, Rdn. 18. Es ist daher zu betonen, dass auch ein Teil der Gegenmeinung die Sozialgefährlichkeit der progressiven Kundenwerbungssysteme erkennt. *Brandl* und *Zander* kommen zu der Auffassung, dass die gegenwärtige Gesetzlage weiterhin gewisse Lücken und Unzulänglichkeiten aufweise, und dass es zu einer Forderung nach Schaffung einer speziellen Strafnorm gegen bestimmte Formen der progressiven Kundenwerbungssysteme genügend Anlass gebe (*Ruf nach dem Gesetzgeber*). Der Standort der vorgeschlagenen neuen Norm soll aber weder das Wettbewerbsrecht sein, noch sollten derartige Systeme nur in Form einer Ordnungswidrigkeit verfolgt werden. Im Hinblick auf den strafwürdigen Unrechtscharakter solcher Handlungen und ihre generell glückspielartige Ausrichtung scheint nach Auffassung von *Brandl* und *Zander* die Transportierung im StGB (§ 287a StGB) empfehlenswert zu sein. Nach beiden Verfassern muss man sich de lege ferenda am § 168a ÖStGB orientieren (*Zander*, *Strafbarkeit von Pyramidengewinnspielen*, 2005, S. 279; *Brandl*, *Spielleidenschaft*, 2003, S. 219 f).

auf Erbringung bestimmter gewerblicher Leistungen, versprochener Vorteil hingegen ist eine Werbeprämie oder Provision, die den entscheidenden Anreiz für den Erwerb des angebotenen Mitgliedschaftsrechts darstellt²⁸⁵. Dieser Auffassung folgend ist bloße Gewinnchance und realisierter Gewinn begrifflich nicht identisch, „denn mit der Zahlung des Mitgliedsbeitrags erwarb das neugewonnene Mitglied gerade nicht wie beim Glückspiel eine bloße Gewinnchance, sondern vermögenswerte Mitgliedschaftsrechte im jeweiligen System, die es ihm ermöglichten, durch einige Aktivitäten Provisionen zu verdienen, die ihm bei dem Erwerb der Mitgliedschaftsrechte als eben hiervon zu unterscheidender besonderer Vorteil versprochen worden waren“²⁸⁶.

Deshalb hat der BGH - zu Recht - bei Geldgewinnspielen, aber auch selbstverständlich bei zentralgesteuerte Kettenbriefsystemen, die konkrete Provision oder Werbeprämie als „besonderen Vorteil“ i.S.v. § 16 Abs. 2 UWG angenommen. Diese Provisionen können nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes unter Umständen sogar die Voraussetzungen einer steuerbaren gewerblichen Tätigkeit erfüllen²⁸⁷.

Ferner überzeugt die Auffassung, dass das Mitgliedschaftsrecht ohne die Gewinnchance wertlos sei, nicht. Der Strafgrund der progressiven Kundenwerbung besteht gerade darin, dass ein „wertloses Recht“ durch das Versprechen der Entlohnung einer erfolgten Kundenwerbung verkauft wird und dafür als sozialschädlich eingestuft wird²⁸⁸. § 16 Abs. 2 UWG ist ein Gefährdungstatbestand, mit dem ein generalisierender Schutz gegen Täuschung, glückspielartige Willensbeeinflussung und Vermögensgefährdung erreicht werden soll²⁸⁹.

Über die Mitgliedschaftsrechte und Gewinnchance hinaus, besteht das System - entgegen der Auffassung der Gegenseite - gerade aus einer Vielzahl von vermögenswerten Gegenständen (z.B. Adressmaterial, Druckerzeugnisse, Kontroll- und Überwachungstätigkeiten, Überlassung von Teilnahmebedingungen). Somit ist die konkrete Provision, Gewinnchance oder Werbeprämie nicht identisch mit dem verkauften Recht. Mit anderen Worten: Das In-

²⁸⁵ BGHSt 43, 270 (275); zustimmend *Dreyer*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2. Aufl., 2009, § 16, Rdn. 38.

²⁸⁶ OLG Bamberg, NStZ-RR 1997, 217 (218); zustimmend *Hellmann/Beckemper*, Wirtschaftsstrafrecht, 2.Aufl., 2008, Rdn. 498; *Rengier*, in: Fezer-UWG, 2005, § 16, Rdn. 142; *Nack*, in: Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl., 2006, § 59, Rdn. 52: “Man kann das Vergleichen mit dem Börsenmakler, der Mitglied der Börse ist, seine Provisionen aber erst verdient, wenn er aktiv tätig wird.“

²⁸⁷ BFH, Beschluss vom 28.06.1997, Az: X B 148/96, zit. in: OLG Bamberg, NStZ-RR 1997, 217.

²⁸⁸ *Hellmann/Beckemper*, Wirtschaftsstrafrecht, 2.Aufl., 2008, Rdn. 499; *Beckemper*, wistra 1999, 169 (172); ebenso indes unklar *Wegner*, wistra 2001, 171 (172).

²⁸⁹ OLG München, WRP 1996, 42 (45).

Aussicht-Stellen der Gewinnchance durch den Veranstalter ist ein entscheidender Anreiz für den Eintritt in das System. Dies kann nicht als die Gegenleistung für den Mitgliedsbeitrag bewertet werden.²⁹⁰

Im Übrigen sprechen die schon erwähnte Entstehungsgeschichte und Gesetzgebungsgeschichte dafür, dass der Gesetzgeber ebenfalls die Systeme ohne echte Warenkoppelung nach § 16 Abs. 2 UWG bestrafen möchte. Wie schon oben festgestellt wurde, liegt i.d.R. im Betreiben derartiger progressiver Kundenwerbungsmodelle ein Verstoß gegen § 16 Abs. 1 UWG vor. Deswegen muss man sich an dem Einfügungszweck des § 16 Abs. 2 UWG orientieren. Wenn der Veranstalter mit dem Betreiben dieser Systeme irreführende Werbung durch unwahre Angaben gemacht hat, wird jedoch der eigentliche Unrechtsgehalt, nämlich das Progressionselement nicht erfasst. Mit anderen Worten: Der Gesetzgeber bezweckt mit der Einfügung von § 16 Abs. 2 UWG, alle progressiven Kundenwerbungsmodelle in vollem Umfang zu bestrafen. Mit Systemen ohne echte Warenkoppelung beschäftigen sich die Gerichte schon seit den 1970'er Jahren. Deshalb nimmt in der amtlichen Begründung zum Gesetz vergleichender Werbung und zur Änderung wettbewerbsrechtlicher Vorschriften der Regierungsentwurf ausdrücklich auf die - offenbar als unbefriedigend empfundene - Entscheidung des OLG Rostock Bezug²⁹¹.

5. Vom Veranstalter selbst oder von einem Dritten gewährt

Die früher heftig umstrittene Frage, ob zur Tatbestandsverwirklichung eine Leistung der versprochenen besonderen Vorteile aus dem Vermögen des Veranstalters erforderlich sei oder ob eine Gewährung der Vorteile aus dem System, insbesondere durch Mitspieler, ausreiche, wurde vom Gesetzgeber im Rahmen der Gesetzesänderung zum 01.09.2000 im Sinne der letztgenannten Variante entschieden²⁹².

²⁹⁰ Im Ergebnis ebenso LG Hamburg, NJWE-WettbR 1997, 131 (131); LG Hamburg, NStZ-RR 1997, 57 (57 f.); LG Rostock, wistra 2002, 75 (77); *Bornkamm*, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 27. Aufl., 2009, § 16, Rdn. 40; *Diemer*, in: Erbs/Kohlhaas, Straf. Nebengesetze (Losbl.), UWG (158. Lief-August 2005), § 16, Rdn. 114.

²⁹¹ BT-Drucks. 14/2959, S. 12 f.: „... In der Vergangenheit war es zu Problemen bei der Anwendung des § 6c UWG gekommen (vgl. beispielhaft OLG Rostock, Urteil vom 31.3.1998 – I Ws 9/97, JR 1998, 389 ff. m.w.N.). Diese Schwierigkeiten knüpfen zum Teil an die aus der Systematik des Wettbewerbsschutzes stark einschränkende Schutzzielbestimmung des § 6c an, die sich in Einzelfällen vom Wortlaut der Norm entfernt. ...“

²⁹² Für die alte Rechtslage siehe *Raube*, Strafrechtliche Probleme, 1995, S. 158 ff.

6. Aufschiebende Bedingung (Das Kettenelement)

Das Versprechen besonderer Vorteile muss mit der aufschiebenden Bedingung verknüpft sein.

Das Kettenelement wird vom Gesetzgeber so formuliert. Der Verbraucher veranlasst andere zum Abschluss gleichartiger Geschäfte, die ihrerseits nach der Art dieser Werbung derartige Vorteile für eine entsprechende Werbung weiterer Abnehmer erlangen sollen. Der Gesetzgeber will mit dieser ausdrücklichen Formulierung die Haftungs- bzw. Strafbarkeitsgrenze der „strafbaren“ progressiven Kundenwerbung feststellen²⁹³.

Der Gesetzgeber soll mit den Worten „gleichartiger Geschäfte“ und „nach Art dieser Werbung“ klarstellen, dass das In-Aussicht-Stellen des Vorteils für das Abnahmegeschäft nicht unbedingt kausal sein muss. Es genügt, dass das System seiner Anlage nach typischerweise darauf ausgerichtet ist, auch im Rahmen der weiteren Kundenwerbung die besonderen Vorteile in Aussicht zu stellen, um weitere Abnehmer in das System der progressiven Kundenwerbung in Gestalt eines „*aleatorischen Reize*“ einzubeziehen²⁹⁴. Weiterhin hat der Gesetzgeber betont, dass das Kettenelement die Funktion habe, Formen der unschädlichen Laienwerbung - Buchklubs, Abonnementswerbung, Bausparkassen, Versicherungen - von der strafbaren progressiven Kundenwerbung abzugrenzen und damit den Anwendungs- bzw. Strafbarkeitsbereich des § 16 Abs. 2 UWG herauszuhalten²⁹⁵.

Es bleibt aber ferner zu untersuchen, ob die verwendeten Formulierungen „gleichartige Geschäfte“, „derartige Vorteile“ und „nach Art dieser Werbung“ mit dem Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG) vereinbar sind²⁹⁶.

Das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot (*nulla poena sine lege certa*) verpflichtet den Gesetzgeber, die Voraussetzungen der Strafbarkeit so genau zu umschreiben, dass Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände schon aus dem Gesetz selbst zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln und konkretisieren lassen²⁹⁷. Mit dieser Verpflichtung

²⁹³ Többens, WRP 2005, 552 (554); Brammsen, in: MünchKomm-UWG, 2006, § 16, Rdn. 97.

²⁹⁴ Bornkamm, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 27. Aufl., 2009, § 16, Rdn. 41.

²⁹⁵ Többens, WRP 2005, 552 (554).

²⁹⁶ Tiedemann, in: FS-Mallmann, 1978, 359 (365): „Zweifelhaft bleibt für die Reform des deutschen Wirtschaftsstrafrecht, ..., sowie die weitere Frage, ob der von der Sachverständigenkommission vorgeschlagene Straftatbestand inhaltlich hinreichend bestimmt ist.“

²⁹⁷ BVerfG, NJW 2009, 2370 (2371); BVerfG, NJW 2002, 1779 (1779) (=BVerfGE 105, 135).

wird bezweckt, dass jeder vorsehen kann, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist²⁹⁸.

„Das Gebot der Bestimmtheit des Gesetzes darf indes nicht übersteigert werden“²⁹⁹. Das Gebot der Gesetzesbestimmtheit bedeutet nicht, dass der Gesetzgeber gezwungen ist, sämtliche Straftatbestände ausschließlich mit deskriptiven, exakt erfassbaren Tatbestandsmerkmalen zu umschreiben³⁰⁰. Auslegungsbedürftige, unbestimmte Rechtsbegriffe oder Generalklauseln verstoßen nicht gegen Art. 103 Abs. 2 GG, wenn die Norm mit Hilfe der üblichen Auslegungsmethoden eine zuverlässige Grundlage für ihre Auslegung und Anwendung bietet und daraus hinreichende Bestimmtheit entnimmt³⁰¹.

Als Folge dieser weiten Grenzen erweist sich das Bestimmtheitsgebot in der Praxis nicht als relevanter Nichtigkeitsgrund. Wenige Normen wurden wegen Verstoßes gegen den Art. 103 Abs. 2 GG für nichtig erklärt³⁰².

Die strafrechtliche Literatur hat auch diese Rechtsprechung grundsätzlich übernommen³⁰³.

Die bisherige Praxis zeigt, dass es den Veranstaltern gelingen wird, Werbesysteme aufzubauen, die nicht unter § 16 Abs. 2 UWG subsumiert werden können. So ergibt sich, dass ein Gebrauch deskriptiver Formulierungen für die vielfältigen progressiven Kundenwerbungsmodelle weder möglich noch nötig war bzw. ist. Folglich liegt kein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG vor.

IV. Subjektiver Tatbestand

Der Gesetzestatbestand der progressiven Kundenwerbung setzt subjektiv ein vorsätzliches Handeln des Täters voraus. Fahrlässigkeit reicht nicht aus (§ 15 StGB). Jede Vorsatzform, auch darunter der *dolus eventualis*, ist eingeschlossen³⁰⁴.

²⁹⁸ BVerfG, NJW 1987, 43 (44) (=BVerfGE 73, 206).

²⁹⁹ *Schmal*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG, 11. Aufl., 2008, Art. 103, Rdn. 33.

³⁰⁰ BVerfG, NJW 2009, 2370 (2371); BVerfG, NJW 1978, 1423 (1423) (=BVerfGE 48, 48).

³⁰¹ BVerfG, NJW 2009, 2370 (2371).

³⁰² Vgl. *Schmal*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG, 11. Aufl., 2008, Art. 103, Rdn. 33 f.; *Degenhart*, in: Sachs, GG, 5. Aufl., 2009, Art. 103, Rdn. 68.

³⁰³ *Fischer*, StGB, 56. Aufl., 2009, § 1, Rdn. 5c.

³⁰⁴ *Piper/Ohly*, UWG, 4. Aufl., 2006, § 16, Rdn. 47.

Ein vorsatzausschließender Tatbestandsirrtum (§ 16 Abs. 1 Satz 1 StGB) wäre aber denkbar, wenn der Täter glaubt, dass

- sich das System nicht an Verbraucher wende oder
- der versprochene Vorteil wegen seiner Belanglosigkeit kein besonderer Vorteil ist, dass er nicht geeignet ist, den aleatorischen Lockeﬀekt auszulösen.

Der subjektive Unrechtstatbestand setzt voraus, dass der Täter bei Begehung der Tat alle strafbegründenden und strafschärfenden Umstände des objektiv verwirklichten Tatbestands gekannt hat (§ 16 Abs. 1 Satz 1 StGB). Für den Tatbestandsvorsatz wird jedoch nicht verlangt, dass er den ihm bekannten Sachverhalt juristisch exakt unter einen Straftatbestand subsumieren³⁰⁵ kann. Ausreichend ist, dass der Initiator die Merkmale der verwirklichten Tatbestände gemäß § 16 Abs. 2 UWG nach dessen natürlichem Sinngehalt oder dessen sozialem Bedeutungsgehalt kennt. Darüber hinaus sind die Veranstalter bzw. die Initiatoren von solchen progressiven Systemen in der Regel rechtlich gut beratene Geschäftsleute. Deshalb müssen bei der Annahme von einem Tatbestandsirrtum strenge Anforderungen an die Glaubwürdigkeit gestellt werden³⁰⁶. Mithin können sich die Veranstalter und Initiatoren solcher progressiven Kundenwerbung in der Regel nicht auf einen Tatbestandsirrtum gemäß § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB berufen.

V. Rechtswidrigkeit und Schuld

Eine strafrechtliche Sanktionierung kann nur erfolgen, wenn das Handeln nicht gerechtfertigt ist. Für Verstöße gegen § 16 Abs. 2 UWG kommen gesetzlich geregelte Rechtfertigungsgründe - z.B. §§ 32, 34 193 StGB - allerdings kaum in Betracht.

Jedoch bleibt zu untersuchen, ob möglicherweise eine rechtfertigende Einwilligung³⁰⁷ zugunsten des Veranstalters in Betracht kommt. Obwohl die Einwilligung kein gesetzlich geregelter Rechtfertigungsgrund ist, ist sie aber gewohnheitsrechtlich anerkannt³⁰⁸. Um von einer wirksamen Einwilligung ausgehen zu können, muss der vom Betroffenen vorgenommene Verzicht auf das geschützte Interesse überhaupt rechtlich zulässig sein und er muss über

³⁰⁵ Andernfalls liegt nur ein Subsumtionsirrtum vor, der den Vorsatz nicht ausschließt. *Fischer*, StGB, 56. Aufl., 2009, § 16, Rdn. 13.

³⁰⁶ Vgl. *Raube*, Strafrechtliche Probleme, 1995, S. 190.

³⁰⁷ Für die Differenzierung zwischen der tatbestandsausschließenden Einwilligung (Einverständnis) und der rechtfertigenden Einwilligung siehe *Rönnau*, in: LK, 12. Aufl., 2006, Vor § 32, Rdn. 147.

³⁰⁸ *Rönnau*, in: LK, 12. Aufl., 2006, Vor § 32, Rdn. 146; *Kühl*, AT, 6. Aufl., 2008, § 9, Rdn. 20.

das Rechtsgut auch wirklich verfügen dürfen³⁰⁹. Einwilligung scheidet bei Tatbeständen aus, die ein Rechtsgut der Allgemeinheit schützen³¹⁰. Aus diesen Gründen scheidet eine Einwilligung in eine Verletzung gemäß § 16 Abs. 2 UWG aus, weil schon oben festgestellt wurde, dass durch § 16 Abs. 2 UWG nicht nur Individualvermögen, sondern auch Mitbewerber und Allgemeinheit geschützt werden.

Für die Schuld gelten auch in der Regel keine Besonderheiten. Aber es könnte ein schuldausschließender Irrtum (§ 17 StGB) vorliegen. Ein Verbotsirrtum liegt nach § 17 Satz 1 StGB vor, wenn dem Täter die „Einsicht, Unrecht zu tun“, fehlt. Diese Unrechtseinsicht bzw. dieses Unrechtsbewusstsein kann zum einen deshalb fehlen, weil der Täter vom Verbotensein der Tat nichts weiß. Fehlt dem Täter die Unrechtseinsicht, so kommt es entscheidend für das Vorliegen eines gemäß § 17 StGB relevanten Verbotsirrtums darauf an, ob der Täter diesen Irrtum vermeiden konnte³¹¹. Denn nur der unvermeidbare Verbotsirrtum lässt die Vorwerfbarkeit der Tatbestandsverwirklichung entfallen, ist also Schuldausschließungsgrund³¹². Allerdings werden die Anforderungen an die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums zumindest nach der Rechtsprechung und in der Literatur zu hoch und sehr streng gestellt³¹³.

Schon zu Beginn der strafrechtlichen Ahndung der progressiven Kundenwerbung wurde erhoben, dass die Veranstalter - fast ausnahmslos - nicht gewusst hätten, dass das In-Gang-Setzen des Systems strafbar sei³¹⁴. Insbesondere nach der Entscheidung des BGHSt 34, 171 hat eine größere Anzahl der angeklagten Betreiber von „zentralgesteuerten Kettenbriefsystemen“ vorgetragen, dass sie von der Legalität ihrer Systeme ausgegangen seien.

Es stellt sich die Frage, inwieweit die Angeklagten auf der Rechtsprechung vertrauen können.

Wie bereits angedeutet, ging es in der Entscheidung des BGH um Kettenbriefsysteme ohne Zentrale (Selbstläufersystem). Der BGH hat mangels eines Handelns im geschäftlichen Verkehr § 16 Abs. 2 UWG für unanwendbar erklärt. *Raube* hat - zu Recht - darauf hingewiesen³¹⁵, dass auch „ein juristischer Laie“ sehr leicht erkennen muss, dass die Entscheidung des

³⁰⁹ *Kühl*, AT, 6. Aufl., 2008, § 9, Rdn. 27; *Fischer*, StGB, 56. Aufl., 2009, Vor § 32, Rdn. 3c.

³¹⁰ *Rönnau*, in: LK, 12. Aufl., 2006, Vor § 32, Rdn. 176.

³¹¹ *Fischer*, StGB, 56. Aufl., 2009, § 17, Rdn. 7.

³¹² *Fischer*, StGB, 56. Aufl., 2009, § 17, Rdn. 12.

³¹³ *Kühl*, AT, 6. Aufl., 2008, § 13, Rdn. 61; *Fischer*, StGB, 56. Aufl., 2009, § 17, Rdn. 8.

³¹⁴ Vgl. *Bläse*, Die strafrechtliche Erfassung, 1997, S. 197.

³¹⁵ *Raube*, Strafrechtliche Probleme, 1995, S. 189.

BGH keine Bedeutung für zentralgesteuerte Kettenbriefsysteme hat. Deshalb war der Verbotsirrtum vermeidbar.

Das AG Böblingen kam auch zur selben Überzeugung, und zwar dass der Angeklagte sich einerseits im Verbotsirrtum befunden hat, dieser andererseits aber für ihn vermeidbar gewesen wäre. Der Angeklagte berufe sich zwar auf den bei einem Rechtsanwalt eingeholten Rechtsrat und auf die Veröffentlichungen in der Presse, in welchen die Entscheidung BGHSt 34, 171 publiziert wurde. Das Gericht billigt ihm zu, dass dies am Anfang auch so war, jedoch hätte er, wenn er bei Fortgang des Betriebes des Kettenbriefsystems sein Gewissen angespannt und alle seine Erkenntniskräfte und Wertvorstellungen eingesetzt hätte, schon aus den Berichten aus Presse, Rundfunk und Fernsehen erkennen müssen, dass das gewerbliche Betreiben von Kettenbriefsystemen durchaus strafbar ist³¹⁶.

Ein Verbotsirrtum wäre aber auch unvermeidbar, wenn der Täter zuvor eine die Strafbarkeit verneinende vertrauenswürdige Rechtsauskunft eingeholt hat. Eine derartige Unvermeidbarkeit hat das OLG Braunschweig bezüglich eines Geldgewinnspiels bejaht. Die Entscheidung stützt sich auf die damalige Diskussionslage. Nach dem OLG hätten die Angeklagten wegen der obergerichtlich umstrittenen Rechtslage³¹⁷ von einer neutralen Auskunftsperson keine klare Antwort auf die Frage nach der Strafbarkeit ihres Verhaltens, sondern nur einen Hinweis auf die Uneinheitlichkeit der Rechtsprechung erhalten können³¹⁸. Damals war dieser Entscheidung zuzustimmen³¹⁹.

Aus heutiger Sicht kann aber vermuten, dass sozusagen „Trend“ umgekehrt entwickeln könnte. Das Hauptargument dafür ist die Stellungnahme des BGH. Der BGH hat schon 1998 die damals umstrittenen Fragen über die Strafbarkeit von Geldgewinnsystemen geklärt³²⁰.

Ferner kann jeder Initiator erkennen, dass sein System einseitig die Veranstalter des Systems begünstigt, so dass eine Rechtsanwaltsauskunft den Verbotsirrtum regelgemäß nicht

³¹⁶ AG Böblingen, wistra 1988, 243 (244), (zustimmende Anmerkung *Richter*, wistra 1988, 245).

³¹⁷ z.B. die damals sehr umstrittene Frage, „von wem müssen die besonderen Vorteile für die Erfüllung des Kettenelements gewährt werden?“. Mit der Gesetzesänderung zum 01.09.2000 jetzt unumstritten.

³¹⁸ OLG Braunschweig, NStZ-RR 1998, 251 (252).

³¹⁹ *Fahl*, JA 1999, 8 (9).

³²⁰ BGHSt 43, 270.

unvermeidbar macht. Darüber hinaus könnte man an der Glaubwürdigkeit des Rechtsanwalts, der nicht neutraler Jurist, sondern Interessenvertreter des Initiators ist, zweifeln³²¹.

VI. Vollendung und Versuch der Tat

Durch den Wortlaut der Vorschrift „Wer es ... unternimmt“ hat der Gesetzgeber § 16 Abs. 2 UWG als echtes Unternehmensdelikt ausgestaltet. Gemäß § 11 Abs. 1 Nr. 6 StGB umfasst das Unternehmen einer Tat deren Versuch und Vollendung. Es ist deshalb irrelevant, ob die Anwerbebemühungen des Täters erfolgreich waren, und es ist nicht erforderlich, dass dem Veranstalter die Anwerbung von Kunden gelungen ist³²².

Zu beachten ist aber, dass gemäß § 22 StGB der Täter zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzen muss, weil auch bei einem echten Unternehmensdelikt die bloßen Vorbereitungshandlungen nicht erfasst sind³²³.

VII. Täterschaft und Teilnahme

Die progressive Kundenwerbung nach § 16 Abs. 2 UWG ist kein Sonderdelikt, d.h. nicht nur die Strafbarkeit des Veranstalters, Inhabers, Initiators und Abteilungsleiters, sondern die Strafbarkeit von jedem Dritten kommt in Betracht.

Als Täter kommt der Veranstalter des Systems in Betracht, also derjenige, der diese besondere Art der Werbung im geschäftlichen Verkehr initiiert und betreibt. Tritt eine juristische Person als Veranstalter auf, ist deren Geschäftsführer gemäß § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafrechtlich verantwortlich.

Nach dem Gesetzeswortlaut von § 6c UWG (a.F.) wird bestraft, „wer es ... selbst oder durch andere unternimmt“, Waren, gewerbliche Leistungen (= Dienstleistungen, § 16 Abs. 2 UWG) oder Rechte durch Systeme progressiver Kundenwerbung zu veräußern. Dieser Gesetzeswortlaut war präzisierungsbedürftig³²⁴, weil in § 25 Abs. 1 2. Alt. StGB die Wendung „durch andere“ zur Kennzeichnung der mittelbaren Täterschaft verwendet wird und damit eine von einem Hintermann beherrschte Situation betrifft, in welcher der aus tatsächlichen

³²¹ a.A. OLG Braunschweig, NSTZ-RR 1998, 251 (251).

³²² „Rückgaberecht“ ändert auch nichts, *Solf*, in: Wabnitz/Janovsky, Handbuch, 3. Aufl., 2007, 14. Kapitel, Rdn. 71; a.A. (tendenziell) *Dreyer*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2. Aufl., 2009, § 16, Rdn. 42.

³²³ *Fischer*, StGB, 56. Aufl., 2009, § 11, Rdn. 28.

³²⁴ *Otto*, in: Großkomm-UWG, 1992, § 6c, Rdn. 20; *Arzt*, in: FS-Miyazawa, 1995, 519 (528 ff.).

oder rechtlichen Gründen unterlegene Ausführende als Werkzeug eines anderen agiert. § 16 Abs. 2 UWG verzichtet nunmehr auf das problematische Merkmal des Handelns „durch andere“. Demzufolge richtet sich die Strafbarkeit der vom Veranstalter eingeschalteten Personen nunmehr nach den allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen von Täterschaft und Teilnahme (§§ 25 ff StGB). Der Differenzierung zwischen den einzelnen Beteiligungsformen kommt jedoch in der Praxis keine große Bedeutung zu, weil ein Mitspieler i.d.R. entweder Täter oder Opfer sein wird.

Nach der amtlichen Begründung zu § 6c UWG (a.F.) sind Personen, die „im Einzelfall Opfer dieser Art von Werbung geworden sind, straflos, da sie allenfalls als notwendige Teilnehmer angesehen werden können³²⁵“.

Unter „notwendiger Teilnehmer“ versteht man die Erscheinung, dass ein Delikt die Beteiligung mehrerer Personen voraussetzt³²⁶. Man unterscheidet Konvergenz- und Begegnungsdelikte. Bei den Konvergenzdelikten wirken die Tatbeiträge mehrerer Personen in derselben Art und Richtung auf die Rechtgutverletzung hin³²⁷. Bei der hier vorliegenden Fallgruppe der Begegnungsdelikte haben die Beteiligten unterschiedliche Rollen, die sich auch in unterschiedlichen Tätigkeitsakten ausdrücken³²⁸.

Da die Strafvorschrift gerade seinen Schutz bezweckt, ist ein notwendiger Teilnehmer straflos, falls diese Teilnahmehandlung das Maß der Mindestbeteiligung nicht überschritten hat³²⁹. In diesem Zusammenhang stellt sich die schwierige Frage, unter welchen Voraussetzungen bzw. in welchem Stadium des Spiels der Teilnehmer an einem progressiven Kundenwerbungmodell als „Opfer“ betrachtet werden kann. In der Literatur werden verschiedenen Ansichten vertreten.

³²⁵ BR-Drucks. 60/82 S. 15; BT-Drucks. 9/1707, S. 16; BT-Drucks. 10/5058, S. 39.

³²⁶ Fischer, StGB, 56. Aufl., 2009, Vor § 25, Rdn. 7.

³²⁷ Roxin, AT II, 2003, § 26, Rdn. 41; Jescheck/Weigend, AT, 5. Aufl., 1996, § 64 V 1 (S. 697 f.).

³²⁸ Roxin, AT II, 2003, § 26, Rdn. 42.

³²⁹ Jescheck/Weigend, AT, 5. Aufl., 1996, § 64 V 2 a (S. 698 f.).

1. Abgrenzungskriterium „bloßer Werbeversuch“:

Die erste Ansicht³³⁰ wendet die Grundsätze der notwendigen Teilnahme konsequent an; demnach kann die Straflosigkeit an sich nur so weit gehen, wie sich das Opfer auf seine Opferrolle bzw. auf Tätigkeiten im Zusammenhang mit seiner Anwerbung beschränkt. In dem Moment, in dem der Teilnehmer aber selbständig tätig wird in Richtung auf die Anwerbung Dritter, d.h. wenn er selbst die Rechtsgüter Dritter beeinträchtigt, sei seine Straflosigkeit nach den Grundsätzen der notwendigen Teilnahme nicht mehr begründbar.

2. Abgrenzungskriterium „Nutznießer des Systems“:

Eine weitere Ansicht³³¹ fragt, ob das frühere Opfer zum Nutznießer des Systems geworden ist und stellt damit wohl erst auf den Zeitpunkt einer Gewinnerlangung ab. Nach dieser Ansicht sei derjenige nicht als Opfer anzusehen, wenn er zwischenzeitlich profitiert habe. Der Mitspieler hingegen wäre Opfer, der trotz erfolgreicher Anwerbung neuer Kunden noch keine Geldwerte aus dem System erlangt habe.

3. Abgrenzungskriterium „erfolgreiche Werbung“:

Nach einer dritten Ansicht³³² solle der Wechsel von der Opfer- zur Täterrolle erst stattfinden, wenn neue Kunden erfolgreich angeworben und in das System integriert worden seien. Demnach liegt der Zeitpunkt des Übergangs von der Opferqualität zur strafbaren Täterschaft zwischen dem Versuch der Anwerbung (erste Ansicht) und dem Einsetzen des Geldrückflusses (zweite Ansicht).

4. Stellungnahme:

§ 16 Abs. 2 UWG ist ein echtes Unternehmensdelikt. Wie schon oben erörtert wurde, umfasst das Unternehmen einer Tat gemäß § 11 Abs. 1 Nr. 6 StGB deren Versuch und Vollendung. Es ist deshalb irrelevant, ob die Anwerbemühnungen erfolgreich waren. Maßgeblich

³³⁰ OLG Stuttgart, wistra 1990, 165 (166); Richter, wistra 1987, 276 (278); Richter, wistra 1990, 167 (168); Otto, in: Großkomm-UWG, 1992, § 6c, Rdn. 53; Brammsen, in: MünchKomm-UWG, 2006, § 16, Rdn. 75; (unklar) Solf, in: Wabnitz/Janovsky, Handbuch, 3. Aufl., 2007, 14. Kapitel, Rdn. 71.

³³¹ Schlüchter, Kommentar zum zweiten WiKG, 1987, S. 127; Joecks, wistra 1986, 142 (150); Bornkamm, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 27. Aufl., 2009, § 16, Rdn. 34; Többens, WRP 2005, 552 (555).

³³² Raube, Strafrechtliche Probleme, 1995, S. 186 f.; Diemer, in: Erbs/Kohlhaas, Straf. Nebengesetze (Losbl.), UWG (158. Lief-August 2005), § 16, Rdn. 106; (unklar) Brandl, Spieleidenschaft, 2003, S. 175; Dreyer, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2. Aufl., 2009, § 16, Rdn. 53.

ist allein, ob der Teilnehmer sich am System beteiligt, es also „... unternimmt, Verbraucher zur Abnahme ... durch das Versprechen zu veranlassen“. So kann man aus der Rechtsnatur des § 16 Abs. 2 UWG die Schlussfolgerung ziehen, dass das Gesetz als Täter nur den Unternehmer/den Veranstalter des Systems kennzeichnet. Unternehmer im Sinne von § 16 Abs. 2 UWG ist dann aber auch der „Subunternehmer“³³³, der seinen Kunden gegenüber als „selbständiger Unternehmer“ auftritt³³⁴, indem er ihnen besondere Vorteile zu gewähren verspricht³³⁵. Also scheint diese Auffassung aus dogmatischer Ansicht überzeugend.

Jedoch ist bei der Diskussion der Wille des Gesetzgebers zu berücksichtigen. Der werbende Teilnehmer glaubt selbst an den Erfolg des Systems. Deshalb kann er nicht die anderen Teilnehmer durch Werbung bewusst schädigen³³⁶. Der Hauptzweck der Vorschrift ist Schutz der Allgemeinheit aber auch insbesondere der Verbraucher. Nach erster Ansicht reduziert sich jedoch der Kreis der straflosen Opfer z.B. bei den Kettenbriefsystemen auf solche Kettenbriefteilnehmer, die selbst noch nicht den Versuch unternommen haben, Briefe weiterzuleiten³³⁷. Diese Ansicht ist mit dem Zweck der Vorschrift nicht vereinbar.

Des Weiteren gelten für eine Teilnahme, auch bei Unternehmensdelikten, die allgemeinen Grundsätze. Die gesetzliche Gleichstellung von Versuch und der Vollendung des Unternehmens der Tat ist auf „rein“ täterschaftliches Verhalten beschränkt³³⁸. Dies bedeutet, dass nur der Versuch der Anwerbung für die Strafbarkeit des Veranstalters genügt. Der bloße Versuch kann für Strafbarkeit des Mitspielers kein Grund sein. Demnach ist die erste Ansicht abzulehnen.

Auch der zweiten Ansicht ist zu widersprechen, weil sie zur Ungenauigkeiten bzw. zu Unsicherheiten führt. Diese Ansicht setzt einen Geldrückfluss voraus, dies bedeutet, dass die Strafbarkeit von werbenden Teilnehmern davon abhängt, ob sie irgendwann Geldzahlung erhalten. Dies hängt aber davon ab, ob die Kette abreißt oder nicht. Mit dieser Auffassung ist die einheitliche strafrechtliche Beurteilung von Teilnehmern nicht möglich.

³³³ Otto, in: Großkomm-UWG, 1992, § 6c, Rdn. 20 und Rdn. 53.

³³⁴ Arzt spricht sogar von „der betrügende Betrogene“, Arzt, in: FS-Miyazawa, 1995, 519 (519).

³³⁵ Otto, in: Großkomm-UWG, 1992, § 6c, Rdn. 53.

³³⁶ Vgl. Bläse, Die strafrechtliche Erfassung, 1997, S. 29.

³³⁷ Dies erkennt selbst Richter, wistra 1987, 276 (278).

³³⁸ Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl., 2006, § 11, Rdn. 56 „Nicht jeder, der sich an einem Unternehmen beteiligt, ist automatisch Täter“.

Bei der Abgrenzung zwischen strafloser und strafbarer Teilnahme erscheint die dritte Ansicht eher vertretbar. Wenn der Teilnehmer des Systems andere erfolgreich wirbt und in das System integriert, eröffnet sich dem Teilnehmer zumindest eine mittelbare Gewinnhoffnung. Wenn er daran scheitert, ist er bloß Opfer.

VIII. Konkurrenzen

1. Tateinheit (§ 52 StGB):

Zum Teil wird in der Literatur vertreten, dass § 16 Abs. 2 UWG im Vorfeld des Betruges angesiedelt ist. Demnach tritt der Tatbestand gegenüber § 263 StGB zurück³³⁹. Jedoch beschränkt sich das von § 16 Abs. 2 UWG geschützte Rechtsgut nicht allein auf das Vermögen. Folglich liegt keine Gesetzeskonkurrenz vor³⁴⁰.

Die Tatbestände der §§ 284 ff. StGB sind seit der Einfügung des § 6c UWG a.F. nicht mehr angewandt worden. Soweit die Straftatbestände erfüllt sind, besteht Idealkonkurrenz aufgrund der Verschiedenheit der Rechtsgüter³⁴¹.

Letztlich ist anzumerken, dass bei mehreren Förderungsakten, die demselben System der Kundenwerbung dienen, eine tatbestandliche Handlungseinheit anzunehmen ist³⁴².

2. Lex specialis:

Teilweise wird vertreten, dass der Zweck des § 16 Abs. 1 UWG im Schutz der Verbraucher und Mitbewerber vor bestimmten Formen irreführender Werbung liegt³⁴³. Nach dieser Ansicht können § 16 Abs. 1 und Abs. 2 UWG zusammentreffen³⁴⁴.

³³⁹ *Schlüchter*, Kommentar zum zweiten WiKG, 1987, S. 129.

³⁴⁰ *Rengier*, in: Fezer-UWG, 2005, § 16, Rdn. 164; *Dreyer*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2. Aufl., 2009, § 16, Rdn. 54; *Diemer*, in: Erbs/Kohlhaas, Straf. Nebengesetze (Losbl.), UWG (158. Lief-August 2005), § 16, Rdn. 119; *Bornkamm*, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 27. Aufl., 2009, § 16, Rdn. 52; *Piper/Ohly*, UWG, 4. Aufl., 2006, § 16, Rdn. 51; *Otto*, in: Großkomm-UWG, 1992, § 6c, Rdn. 57; *Raube*, Strafrechtliche Probleme, 1995, S. 191; *Bläse*, Die strafrechtliche Erfassung, 1997, S. 79; *Alexander*, WRP 2004, 407 (417).

³⁴¹ h.M vgl. Fn. 340; a.A. (lex specialis) *Brammsen*, in: MünchKomm-UWG, 2006, § 16, Rdn. 109; *Eser/Heine*, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl., 2006, § 287, Rdn. 13a.

³⁴² LG Berlin, wistra 2004, 317 (318); KG, NStZ-RR 2005, 26 (27).

³⁴³ *Bornkamm*, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 27. Aufl., 2009, § 16, Rdn. 2.

Im Verhältnis zu § 16 Abs. 2 UWG ist zu beachten, dass § 16 Abs. 1 UWG eine besonders gefährliche Erscheinungsform des unlauteren Wettbewerbs pönalisiert. Die Vorschrift dient nicht allein dem Schutz der Mitbewerber vor unlauterer Reklame und dem Verbraucherschutz, sondern darüber hinaus dem Interesse der Allgemeinheit an der Erhaltung eines leistungsfähigen Wettbewerbs (Schutzzwecktrias)³⁴⁵. Bei beiden Straftatbeständen stimmen die geschützten Rechtsgüter überein. Demnach liegt Gesetzeskonkurrenz in Form der *lex specialis* vor³⁴⁶.

IX. Rechtsfolgen

Verstöße gegen § 16 Abs. 2 UWG können in dreierlei Hinsicht Rechtsfolgen auslösen: die strafrechtliche Sanktion, des Weiteren wettbewerbsrechtliche Ansprüche und schließlich zivilrechtliche Ansprüche.

1. Strafrechtliche Sanktionen und Maßnahmen

a) Strafe und Strafmaß

Die allgemeinen Vorschriften des StGB über die Strafen (§§ 38 ff. StGB) und die Strafbemessung (§§ 46 ff. StGB) finden Anwendung. Die Tat ist angesichts der fehlenden einjährigen Mindeststrafandrohung gemäß § 12 Abs. 2 i.V. mit Abs.1 StGB ein Vergehen, das einen Strafraum von Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren hat oder alternativ mit Geldstrafe geahndet wird. Eine kurze Freiheitsstrafe von unter sechs Monaten wird in Ausnahmefällen verhängt (§ 47 Abs. 1 StGB). Eine Geldstrafe beträgt mindestens 5 und, wenn das Gesetz nichts anderes bestimmt (so z.B. § 16 Abs. 2 UWG), höchstens 360 Tagessätze (§ 40 Abs. 1 StGB), wobei sich die Höhe der Tagessätze nach den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Täters richtet und mindestens einen und höchstens dreißigtausend Euro beträgt (§ 40 Abs. 2 StGB).

³⁴⁴ *Bornkamm*, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 27. Aufl., 2009, § 16, Rdn. 52; *Piper/Ohly*, UWG, 4. Aufl., 2006, § 16, Rdn. 51; *Dreyer*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2. Aufl., 2009, § 16, Rdn. 54; *Alexander*, WRP 2004, 407 (417).

³⁴⁵ *Brammsen*, in: MünchKomm-UWG, 2006, § 16, Rdn. 9 ff.

³⁴⁶ *Rengier*, in: Fezer-UWG, 2005, § 16, Rdn. 163; *Diemer*, in: Erbs/Kohlhaas, Straf. Nebengesetze (Losbl.), UWG (158. Lief-August 2005), § 16, Rdn. 119; *Brammsen*, in: MünchKomm-UWG, 2006, § 16, Rdn. 109; *Otto*, in: Großkomm-UWG, 1992, § 6c, Rdn. 58; *Raube*, Strafrechtliche Probleme, 1995, S. 191; *Bläse*, Die strafrechtliche Erfassung, 1997, S. 79.

Des Weiteren ist neben einer Freiheitsstrafe, nicht aber neben einer Geldstrafe, auch eine Geldstrafe zulässig gemäß § 41 StGB, weil der Täter in der Regel im Fall des § 16 Abs. 2 UWG in Bereicherungsabsicht handelt.

Wie bereits oben erwähnt, ist § 16 Abs. 2 UWG ein echtes Unternehmensdelikt. Der Versuch progressiver Kundenwerbung ist gemäß § 11 Abs. 1 Nr. 6 StGB der Vollendung der Tat gleichgestellt. Die fakultative Strafmilderung nach § 23 Abs. 2 i.V.m. § 49 StGB ist daher wegen des Charakters als Unternehmensdelikt ausgeschlossen.

Als sonstige Rechtsfolgen bzw. Nebenfolgen können neben einem Berufsverbot (§ 70 StGB) insbesondere Einziehung und Verfall verhängt werden. Wenn der Täter für die Tat oder aus ihr etwas erlangt hat, kann das Gericht den Verfall anordnen (§§ 73 ff. StGB). Durch die Tat hervorgebrachte oder zu ihrer Begehung oder Vorbereitung gebraucht oder bestimmt gewesene Gegenstände können eingezogen werden (§§ 74 ff. StGB).

b) Strafverfolgung und Verjährung

Wegen seiner besonderen Gefährlichkeit ist § 16 Abs. 2 UWG kein Antragsdelikt - jedoch handelt es sich um ein Privatklagedelikt (§ 374 Abs. 1 Nr. 7 StPO) -, sondern wird von Amts verfolgt, soweit ein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung bejaht wird (§ 376 StPO). Nach Nr. 260 Satz 2 Nr. 2 RiStBV ist das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung wegen unlauteren Wettbewerbs bei der progressiven Kundenwerbung in der Regel zu bejahen, „wenn insgesamt ein hoher Schaden droht, die Teilnehmer einen nicht unerheblichen Beitrag zu leisten haben oder besonders schutzwürdig sind.“

§ 16 Abs. 2 UWG ist ein Privatklagedelikt gemäß § 374 Abs.1 Nr. 7 StPO. Das Delikt kann demgemäß vom Verletzten auf dem Wege der Privatklage verfolgt werden, und zwar auch dann, wenn die Staatsanwaltschaft ein öffentliches Interesse bejaht hat. Als Verletzte kommen nur die geschädigten Verbraucher in Betracht. Denn die frühere Klagebefugnis (§ 22 Abs. 2 UWG a.F.) der in § 13 Abs. 2 UWG a.F. bezeichneten Gewerbetreibenden und Verbände hat der Gesetzgeber in der UWG-Novelle gestrichen, so dass die nunmehr in § 8 Abs. 3 Nr. 2 bis 4 UWG benannten Einrichtungen, Kammern und Verbände heute ohne eigenes Privatklagerecht sind³⁴⁷.

³⁴⁷ *Bornkamm*, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 27. Aufl., 2009, § 16, Rdn. 47.

Der Gesetzgeber war überzeugt von der Notwendigkeit einer Strafvorschrift gegen progressive Kundenwerbung und hat deshalb eine Spezialstrafvorschrift eingeführt. Über die Gefährlichkeit solcher Systeme besteht Einigkeit. Die Strafverfolgungsbehörde bejaht immer ein öffentliches Interesse. Es ist deshalb sehr fragwürdig, wieso der Gesetzgeber § 16 Abs. 2 UWG als ein Privatklagedelikt geregelt hat³⁴⁸.

Letztlich ist anzumerken, dass § 16 Abs. 2 UWG gemäß § 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB in fünf Jahren verjährt. Sie beginnt mit dem Zeitpunkt der Beendigung der Tat (§ 78a StGB).

2. Wettbewerbsrechtliche Ansprüche

a) Unterlassung, Beseitigung und Schadenersatz (§§ 8, 9 UWG)

Verstöße gegen § 16 Abs. 2 UWG lösen neben strafrechtliche Sanktionen auch wettbewerbsrechtliche Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche nach § 8 Abs. 1 UWG aus. Denn progressive Kundenwerbung ist nach § 3 Abs. 3 i.V. mit Anhang zu § 3 Nr. 14 stets unzulässig³⁴⁹.

Darüber hinaus ist progressive Kundenwerbung im Sinne der §§ 3, 4 Nr. 11 UWG unlauter. § 4 Nr. 11 UWG setzt voraus:

1. Es muss ein Verstoß gegen eine gesetzliche Vorschrift vorliegen;
2. Die gesetzliche Vorschrift muss zumindest auch dazu bestimmt sein, das Marktverhalten zu regeln;
3. Die Regelung des Marktverhaltens muss zumindest auch im Interesse der Marktteilnehmer, die nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG bestimmt werden, liegen.

Der Schutzzweck des § 16 Abs. 2 UWG lässt eine solche Einordnung unproblematisch zu. Auch nach dem Gesetzgeber ist § 16 Abs. 2 UWG die gesetzliche Vorschrift zur Regelung des Marktverhaltens im Interesse der Marktteilnehmer i.S. des § 4 Nr. 11 UWG³⁵⁰. Außer § 4 Nr. 11 UWG können auch andere gesetzliche Beispiele in Betracht kommen, etwa die Ausnutzung der geschäftlichen Unerfahrenheit von Teilnehmern (§§ 3, 4 Nr. 2 UWG), die Durch-

³⁴⁸ Vgl. *Nestoruk*, Strafrechtliche Aspekte, 2003, S.194.

³⁴⁹ Umsetzung von Richtlinie 2005/29/EG (UPG Richtlinie - ABI EG 2005 Nr L 149 S. 22, 39).

³⁵⁰ BT-Drucks. 15/1487, S. 26.

führung eines unzulässigen Gewinnspiels (§§ 3, 4 Nr. 6 UWG) oder auch die gezielte Behinderung von Mitbewerbern (§§ 3, 4 Nr. 10 UWG)³⁵¹.

Wettbewerbliche Ansprüche kommen auch aus §§ 3, 5 i.V. mit § 8 Abs. 1 UWG. Verstöße gegen § 16 Abs. 2 UWG sind irreführend. Auf das Irreführungsverbot kann immer ergänzend zurückgegriffen werden.

Des Weiteren ist nach § 9 UWG den Mitbewerbern zum Schadenersatz verpflichtet, wer § 16 Abs. 2 UWG zuwiderhandelt. Jedoch gelten für den Schadenersatzanspruch bei der progressiven Kundenwerbung keine Besonderheiten. Deshalb bedarf es keiner näheren Erklärung.

b) Gewinnabschöpfung (§ 10 UWG)

Der Gewinnabschöpfungsanspruch war die am meisten umstrittene Regelung der UWG-Reform 2004³⁵². Die Abschöpfung von Gewinnen unlauter handelnder Unternehmer soll sicherstellen, dass sich unlauterer Wettbewerb nicht lohnt³⁵³.

Der Gewinnabschöpfungsanspruch nach § 10 UWG erweitert die zivilrechtliche Sanktionen gegen schwerwiegende Wettbewerbsverstöße und schließt damit eine Rechtsschutzlücke. Das frühere Wettbewerbsrecht hatte Durchsetzungsdefizite insbesondere bei den sog. Streuschäden (z.B. die Täuschung über die Verdienstmöglichkeiten oder Gewinnchancen)³⁵⁴.

Die Sanktionsvoraussetzungen des § 10 UWG stimmen mit den Tatbestandsvoraussetzungen des § 16 Abs. 2 UWG überein. Nämlich:

- Nach § 3 UWG unzulässige geschäftliche Handlung
- zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern erzielter Gewinn
- Vorsatz

Wenn also der Täter die Tatbestandsvoraussetzungen der progressiven Kundenwerbung erfüllt, wird regelgemäß die Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG in Betracht kommen.

³⁵¹ Für das Verhältnis der Beispieltatbestände zueinander siehe *Köhler*, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 27. Aufl., 2009, § 4, Rdn. 0.4.

³⁵² Zur Entstehungsgeschichte siehe von *Braunmühl*, in: Fezer-UWG, 2005, § 10, Rdn. 6 ff.

³⁵³ *Köhler*, GRUR 2003, 265 (265).

³⁵⁴ BT-Drucks. 15/1487, S. 23; vgl. auch *Köhler*, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 27. Aufl., 2009, § 10, Rdn. 3.

Wenn der Täter die Tatbestandsvoraussetzungen der progressiven Kundenwerbung erfüllt, wird zugleich regelgemäß der Verfall nach §§ 73 ff. StGB in Betracht kommen.

Nun stellt sich die Frage, ob die Verfallsanordnung gemäß §§ 73 ff. StGB aufgrund der Existenz des Gewinnabschöpfungsanspruchs ausgeschlossen wird oder ob umgekehrt die Abschöpfung erlangter Vorteile gemäß §§ 73 ff. StGB einer Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG entgegensteht.

Nach einer Ansicht³⁵⁵ schließe die Möglichkeit einer Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG die Verfallsanordnung aus, weil § 10 UWG für unrechtmäßige Vorteile, die durch Wettbewerbshandlung erzielt wurden, die speziellere Vorschrift sei.

Dagegen hat der BGH jüngst darauf hingewiesen, dass ein Anspruch gemäß § 10 UWG die Verfallsanordnung nicht ausschließe, weil der Gewinn dem Bundeshaushalt zufließe und es sich daher nicht um einen dem Verletzten aus der Tat erwachsenen Anspruch handle³⁵⁶.

Dem BGH ist zu widersprechen. Gemäß § 10 Abs. 2 UWG sind auf die Gewinnabschöpfung Leistungen anzurechnen, die der Schuldner aufgrund der Zuwiderhandlungen an Dritte oder an den Staat erbracht hat. Damit sind vor allem individuelle Ansprüche Dritter gemeint, aber auch Zahlungen aufgrund staatlicher Sanktionen, insbesondere Geldstrafen (z.B. § 16 UWG, §§ 143 ff. MarkenG, §§ 108 ff. UrhG³⁵⁷)³⁵⁸.

³⁵⁵ Alexander, WRP 2004, 407 (419); von Braunmühl, in: Fezer-UWG, 2005, § 10, Rdn. 142; Micklitz, in: MünchKomm-UWG, 2006, § 10, Rdn. 174; Bornkamm, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 27. Aufl., 2009, § 16, Rdn. 27.

³⁵⁶ BGH, GRUR 2008, 818 (829) – *Strafbare Werbung im Versandhandel*; ebenso Sieme, WRP 2009, 914 (914); schon früher Sack WRP 2003, 549 (553), der davon aus ging, dass beide Institute eine zu ähnliche Zielrichtung haben. Sie können nebeneinander anwendbar sein.

³⁵⁷ Vgl. Goldmann, in: Harte-Bavendamm/Hennin-Bodewig, UWG, 2. Aufl., 2009, § 10, Rdn. 124.

³⁵⁸ BT-Drucks. 15/1487, S. 24; kritisch dazu Gärtner, GRUR-Int 2008, 817 (820); auch der Bundesrat hatte kritisiert, dass es schon vom Zweck der Strafrechtsnormen her unvertretbar sei, eine verhängte Strafe auf zivilrechtliche Forderungen anzurechnen, BT-Drucks. 15/1487, S. 34.

Ferner ist gemäß § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB Verfall ausgeschlossen, wenn dem Verletzten aus der Tat ein Anspruch erwächst. Die Voraussetzungen dafür:

- Der Anspruch des Verletzten muss aus der Tat erwachsen.
- Der Anspruch des Verletzten muss auf Grund der Tat als solcher zur Entstehung gekommen sein³⁵⁹.

Also enthält § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB eine Ausnahmeregelung, die eine doppelte Inanspruchnahme des Täters verhindert und Schwierigkeiten vermeidet, die bei einer Konkurrenz zwischen staatlichen Rückerstattungs- und zivilrechtlichem Schadensersatzanspruch entstehen würden³⁶⁰. Nach der Begründung soll die Gewinnabschöpfung gerade in den Konstellationen eingreifen, in denen Schadenersatzansprüche von den betroffenen Abnehmern wegen der geringen Schadenshöhe nicht geltend gemacht werden³⁶¹.

Jedoch wird die Effektivität von § 10 UWG in der Literatur wegen seiner hohen Anforderungen kritisiert³⁶². Auch in der Praxis lehnen die Gerichte die Ansprüche gemäß § 10 Abs. 1 UWG wegen fehlenden Vorsatzes ab³⁶³.

Der Verfasser ist deshalb der Meinung, dass eine Gesetzänderung in Anlehnung an § 34a GWB denkbar wäre. Vorbild des § 34a GWB war § 10 UWG³⁶⁴. Durch § 34a Abs. 1 GWB wurde im deutschen Kartellrecht zum ersten Mal ein „subsidiärer“ Anspruch der in § 33 Abs. 2 GWB genannten Wirtschaftsverbände auf Herausgabe des wirtschaftlichen Vorteils geschaffen. Diese „Subsidiarität“ kann auf § 10 UWG übertragen werden. Denn die Voraussetzungen des § 34a GWB stimmen mit § 10 UWG überein, nämlich vorsätzlicher Verstoß und die Erlangung eines wirtschaftlichen Vorteils durch den Verstoß zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern und Anbietern. Nach § 34a Abs. 1 Halbsatz 2 GWB ist die Vorteilsabschöpfung durch Verbände aufgrund des § 34a GWB subsidiär gegenüber der verwaltungs- und bußgeldrechtlichen Vorteilsabschöpfung seitens der Kartellbehörden auf Grund § 34 GWB

³⁵⁹ Das ist sowohl bei Herausgabe-, Bereicherungs-, und Ersatzansprüchen der Fall, *Eser*, in: Schönke/Schröder, 27. Aufl., 2006, § 73, Rdn. 25.

³⁶⁰ *Fischer*, StGB, 56. Aufl., 2009, § 73, Rdn. 17; *Joecks*, in: MünchKomm-StGB, 2005, § 73, Rdn. 36.

³⁶¹ BT-Drucks. 15/1487, S. 23; vgl. ferner *Gärtner*, GRUR-Int 2008, 817 (819).

³⁶² Siehe von *Braunmühl*, in: Fezer-UWG, 2005, § 10, Rdn. 146 ff.; Schwierigkeiten bestehen insbesondere hinsichtlich der Auslegung des Merkmals „zu Lasten“. Dazu *Gärtner*, GRUR-Int 2008, 817 (820 f.); *Sieme*, WRP 2009, 914 (914 ff.).

³⁶³ OLG Hamm, GRUR-RR 2008, 435; LG Berlin, CR 2008, 192; LG Bonn, GRUR-RR 2006, 111.

³⁶⁴ *Rehbinder*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Aufl., 2009, (10. Teil/GWB), § 34a, Rdn. 1; *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 4. Aufl., 2007, § 34a, Rdn. 5.

oder des § 81 Abs. 5 GWB i.V. mit § 17 Abs. OWiG sowie gegenüber § 29a OWiG oder der §§ 73 ff. StGB³⁶⁵.

3. Zivilrechtliche Ansprüche

a) Schadensersatz

aa) Ansprüche der Abnehmer: Es ist allgemein anerkannt, dass § 16 Abs. 2 UWG Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB ist³⁶⁶. Betroffene, die sich z.B. in ein Pyramidensystem eingekauft haben, können gegen den Veranstalter vorgehen und den ihm zugeflossenen Vermögensvorteil gemäß § 823 Abs. 2 BGB ersetzt verlangen. Als ersatzfähigen Schaden kommen „Eintrittsgeld“ und „Organisations- oder Verwaltungsgebühren“ in Betracht. Von § 823 BGB wird jedoch nicht die bloße Hoffnung geschützt³⁶⁷. Demnach ist die bloße Gewinnmöglichkeit nicht ersatzfähig.

bb) Ansprüche der Mitbewerber: Zwar ist § 16 Abs. 2 UWG Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB zugunsten der Mitbewerber, aber für Ansprüche der Mitbewerber gilt nur das UWG³⁶⁸.

cc) Vertragliche Folgen: Vertragliche Vereinbarungen des Veranstalters mit Kunden und der Kunden untereinander sind sittenwidrig und nach §§ 134, 138 Abs. 1 BGB nichtig³⁶⁹. Daraus folgt die Herausgabeverpflichtung des Empfängers (=Veranstalter) gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 BGB. Fraglich ist, ob § 817 Satz 2 BGB auf Ansprüche aus § 812 BGB angewendet werden darf. Nach Ansicht des BGH steht einer Rückforderung gemäß § 817 Satz 2 BGB nichts entgegen, weil der Grund und der Schutzzweck der Nichtigkeitssanktion bei progressiven Kundenwerbungsmodellen gegen eine Konditionssperre gemäß § 817 Satz 2 BGB sprechen³⁷⁰.

³⁶⁵ Gegen diesen Vorschlag kann nicht eingewendet werden, dass die in § 8 Abs. 3 Nr. 2 bis 4 UWG genannten Verbände nicht privatklageberechtigt sind. Denn hier geht es um zivilrechtliche bzw. wettbewerbsrechtliche Ansprüche.

³⁶⁶ *Diemer*, in: Erbs/Kohlhaas, Straf. Nebengesetze (Losbl.), UWG (158. Lief-August 2005), § 16, Rdn. 104; *Dreyer*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2. Aufl., 2009, § 16, Rdn. 55.

³⁶⁷ *Alexander*, WRP 2004, 407 (420).

³⁶⁸ *Alexander*, WRP 2004, 407 (420).

³⁶⁹ BGH, NJW 1997, 2314 (2315).

³⁷⁰ Unter Hinweis auf den Grundsatz „Treu und Glauben“, BGH, NJW 2006, 45 (46). Ausführlich dazu siehe *Amend-Traut*, KJ 2008, 408 (410 ff.).

F. Sondererscheinungsformen von progressiver Kundenwerbung

I. Multi Level Marketing (MLM)

Das Multi-Level-Marketing (für Warenbetrieb) und dessen Synonym Strukturvertrieb (insbesondere für Finanzdienstleistungen) ist eine Sonderform des Direktvertriebs. Das MLM stammt aus den USA³⁷¹. Diese Vertriebsmethode hat auch in Deutschland zugenommen. Heute benutzen viele Firmen MLM-Systeme³⁷².

Besonders kennzeichnend ist der Vertrieb von Waren und Dienstleistungen an private Endabnehmer über Laien, die neben- oder hauptberuflich als Vertriebsrepräsentanten tätig sind. Als Zusatz zum Vertrieb von Waren und Dienstleistungen wird jedem Vertriebsrepräsentanten die Möglichkeit gegeben, nach Unternehmensvorgaben, neue Vertriebsrepräsentanten zu gewinnen, einzuarbeiten, zu schulen und weiterhin laufend zu betreuen³⁷³. Infolgedessen können so im Laufe der Zeit tief gestaffelte *Vermittlerhierarchien* entstehen³⁷⁴. Deshalb weist das MLM auf den ersten Blick Ähnlichkeiten zum *Pyramidensystem* auf³⁷⁵. Deshalb ist zu untersuchen, ob das MLM unter § 16 Abs. 2 UWG fällt.

Obwohl in den MLM-Geschäften die Tatbestandsvoraussetzungen des § 16 Abs. 2 UWG (nämlich „Handeln im geschäftlichen Verkehr“, „Unternehmen der Veranlassung zur Abnahme von Waren, Dienstleistungen“) regelgemäß erfüllt werden³⁷⁶, ist das MLM keine progressive Kundenwerbung im Sinne des § 16 Abs. 2 UWG.

Bei den MLM-Geschäften sind die Vertriebsrepräsentanten nicht vorab verpflichtet, Kaufpreise oder andere Vergütungen zu entrichten. Sie unterliegen also keinem Zwang, von

³⁷¹ Für die Geschichte *Thume*, WRP 1999, 280 (280); *Brammsen/Leible*, BB 1997, Beilage 10 zu Heft 32, 1 (2).

³⁷² In Deutschland wird dieses System vor allem im Finanzdienstleistungssektor benutzt. Diese Firmen beispielsweise können genannt werden: AWD, Bonn-Finanz, DVAG, OVB (dazu *Thume*, WRP 1999, 280, 281; *Brammsen/Leible*, BB 1997, Beilage 10 zu Heft 32, 1, 2).

Dieses System wird auch für den Warenvertrieb benutzt. „Bundesverband Direktvertrieb Deutschland e.V.“ hat zurzeit 39 Mitgliedsunternehmen. Darunter beispielsweise AMC, Avon, Deutsche Telekom A.G., EMG, Tupperware, Yello Strom GmbH. (<http://www.bundesverband-direktvertrieb.de/mitglieder/unternehmen.php#h>) (21.09.2009).

³⁷³ Ausführliche Darstellung *Otto/Brammsen*, WiB 1996, 281 (282 ff.); (zu europäischen Regulierungsansätze) *Brammsen*, EWS 2001, 312 (315 ff.).

³⁷⁴ *Otto/Brammsen*, WiB 1996, 281 (283); *Leible*, WRP 1998, 18 (18).

³⁷⁵ Für die Abgrenzung zum Pyramiden- und Schneeballsystem ausführlich *Brammsen/Leible*, BB 1997, Beilage 10 zu Heft 32, 1, (5); vgl. ferner *Thume*, WRP 1999, 280 (283).

³⁷⁶ Vgl. *Otto/Brammsen*, WiB 1996, 281 (284 ff.); *Brammsen/Leible*, BB 1997, Beilage 10 zu Heft 32, 1, (6).

ihnen selbst angekaufte Waren absetzen zu müssen³⁷⁷. Mit anderen Worten: Die Aufnahme einer Tätigkeit als Vertriebsrepräsentant erfordert keinen Lageraufbau und keine Abnahmeverpflichtungen³⁷⁸. Das MLM-Geschäft verführt die Vertriebsrepräsentanten nicht dazu, mit anderen Abnehmern gleichartige Geschäfte zu veranlassen. Also scheidet die Strafbarkeit gemäß § 16 Abs. 2 UWG an der Tatbestandvoraussetzung „Versprechen eines besonderen Vorteils“ bzw. „Kettenelement“. D.h. es besteht kein glückspielartiger Charakter, da keine leistungsabhängigen Gewinne versprochen werden³⁷⁹.

Jedoch muss man darauf hinweisen, dass § 16 Abs. 2 UWG nur einen Teil von progressiver Kundenwerbung als strafbaren Sondertatbestand erfasst. Wenn ein Verstoß gegen § 16 Abs. 2 UWG vorliegt, ist es immer auch wettbewerbswidrig insbesondere im Sinne des § 3 UWG. § 3 UWG ist aber auch anwendbar bei Nichtvorliegen des § 16 Abs. 2 UWG³⁸⁰. In Betracht kommt insbesondere die Ausnutzung der geschäftlichen Unerfahrenheit und Leichtgläubigkeit (§§ 3, 4 Nr. 2 UWG) und Irreführung über die Verdienstmöglichkeiten (§§ 3, 4 Nr. 1 UWG i.V. mit § 5 UWG)³⁸¹.

II. Power-Shopping (Co-Shopping)

Beim Power-Shopping, auch Community-Shopping genannt, führen Anbieter Interessenten zu virtuellen Einkaufsgemeinschaft zusammen³⁸². Es gibt verschiedene Ausgestaltungen. Beim Power-Shopping mit einer Preisstufe kommt ein Vertrag zustande, wenn innerhalb einer bestimmten Frist eine vorher festgesetzte Mindestkäuferzahl erreicht wird³⁸³. Beim Power-Shopping mit mehreren Preisstufen werden die Waren in verschiedenen Preisstufen angeboten. Je größer die Zahl der Käufer ist, desto geringer ist der Preis³⁸⁴.

³⁷⁷ Vgl. oben Seite 4 f.

³⁷⁸ LG Offenburg, WRP 1998, 85 (86); *Thume*, WRP 1999, 280 (283).

³⁷⁹ Ebenso im Ergebnis *Otto/Brammsen*, WiB 1996, 281 (289); *Leible*, WRP 1998, 18 (18); *Brammsen/Leible*, BB 1997, Beilage 10 zu Heft 32, 1, (8); *Thume*, WRP 1999, 280 (285 f.); *Krehl*, in: LK, 12. Aufl., 2008, Vor § 287, Rdn. 6; *Diemer*, in: Erbs/Kohlhaas, Straf. Nebengesetze (Losbl.), UWG (158. Lief-August 2005), § 16, Rdn. 103; *Bornkamm*, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 27. Aufl., 2009, § 16, Rdn. 43; *Piper/Ohly*, UWG, 4. Aufl., 2006, § 16, Rdn. 33; *Rengier*, in: Fezer-UWG, 2005, § 16, Rdn. 131.

³⁸⁰ *Hartilage*, WRP 1997, 1 (2).

³⁸¹ Für zivil- und wettbewerbsrechtliche Würdigung im Rahmen des UWG-1909 *Leible*, WRP 1998, 18 (19 ff.); siehe auch *Solf*, in: Wabnitz/Janovsky, Handbuch, 3. Aufl., 2007, 14. Kapitel, Rdn. 72.

³⁸² *Mankowski*, in: Fezer-UWG, 2005, § 4-S12, Rdn. 240.

³⁸³ *Steinbeck*, in: Fezer-UWG, 2005, § 4-1, Rdn. 338; *Steinbeck*, in: Versteigerungen im Internet, *Leible/Sosnitza* (Hrg.), 2004, Rdn. 570; *Schaf*, aleatorische Reize, 2006, S. 178.

³⁸⁴ *Mankowski*, in: Fezer-UWG, 2005, § 4-S12, Rdn. 240.

In beiden Fällen gibt es massive Laienwerbung. Das Power-Shopping hat damit progressiven Charakter. Denn um bestimmte Preisstufen zu erreichen, wird der Teilnehmer (Power-Shopper) verlockt, weitere Teilnehmer zu werben³⁸⁵. Es fällt jedoch nicht unter § 16 Abs. 2 UWG. Beim Power-Shopping fehlt das Kettenelement. Wenn innerhalb einer bestimmten Frist eine vorher fortgesetzte Mindestkäuferzahl erreicht wird, sinkt die vom Anbieter festgelegte Preisstufe automatisch. Der neue Preis ist unabhängig von der erfolgreichen Akquisition des Teilnehmers. Mit anderen Worten: Der Teilnehmer wird nicht wegen der besonderen Versprechungen des Anbieters bezüglich der Vorteile angelockt. Darüber hinaus werden die Güter von dem Teilnehmer wegen seiner eigenen Bedürfnisse abgenommen. Der Hauptzweck liegt nicht im Weiterverkaufen³⁸⁶.

Obwohl die zivilrechtliche Literatur davon ausgeht, dass das Power-Shopping wettbewerbsrechtlich grundsätzlich unbedenklich sei³⁸⁷, muss man darauf hinweisen, dass ein Verstoß gegen §§ 3, 4 Nr. 1 in Betracht kommen kann³⁸⁸.

III. Rückwärtsauktionen

Hier sinkt der Preis einer Ware in bestimmten zeitlichen Abständen um einen vorher bestimmten Betrag. Rückwärtsauktionen unterscheiden sich in zwei Erscheinungsformen. Bei der Holländische Auktion³⁸⁹ sinkt der Preis der Ware durch Ablauf der Zeit automatisch. Der Teilnehmer, der zuerst den Button anklickt, erhält den Zuschlag zum aktuellen Preis. Bei der Reverse Auktion verhandeln die Anbieter und die Teilnehmer gegenseitig um den Preis³⁹⁰.

Auch Rückwärtsauktionen werden aus bereits oben beim Power-Shopping erwähnten Gründen von § 16 Abs. 2 UWG nicht erfasst. Die Preisvergünstigungen sind kein besonderer Vorteile i.S. des Tatbestands, weil die Preisreduzierungen nicht von erfolgreicher Akquisition des Teilnehmers abhängen. Die Teilnehmer nehmen an der Auktion teil, da sie selbst vom

³⁸⁵ Den meisten Anbietern wird dies erleichtert durch die Einrichtung sog. „Weitersagen-Buttons“, vgl. *Steinbeck*, in: *Versteigerungen im Internet*, *Leible/Sosnitza* (Hrg.), 2004, Rdn. 590.

³⁸⁶ *Brammsen*, in: *MünchKomm-UWG*, 2006, § 16, Rdn. 98; *Dreyer*, in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*, *UWG*, 2. Aufl., 2009, § 16, Rdn. 47.

³⁸⁷ *Steinbeck*, in: *Fezer-UWG*, 2005, § 4-1, Rdn. 342 ff.; *Schaf*, *aleatorische Reize*, 2006, S. 181 ff.

³⁸⁸ OLG Köln, GRUR-RR 2002, 40 (41).

³⁸⁹ (In der Rechtsprechung) „Umgekehrte Versteigerungen“ siehe BGH, GRUR 1986, 622- *Umgekehrte Versteigerung I*; BGH, GRUR 2003, 626 - *Umgekehrte Versteigerung II*.

³⁹⁰ *Steinbeck*, in: *Fezer-UWG*, 2005, § 4-1, Rdn. 327; *Schaf*, *aleatorische Reize*, 2006, S. 164 ff.

Angebot angelockt werden³⁹¹. Aus zivilrechtlicher Ansicht kann jedoch ein Verstoß gegen §§ 3, 4 Nr. 1 in Betracht kommen.



³⁹¹ *Brammsen*, in: MünchKomm-UWG, 2006, § 16, Rdn. 93; *Dreyer*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2. Aufl., 2009, § 16, Rdn. 48.

G. Zusammenfassung und Schlussbetrachtung

Die Untersuchung hat folgende wesentliche Ergebnisse erbracht:

1. In der Veranstaltung eines progressiven Kundenwerbungsmodells liegt - auch unter Achtung des Prinzips *ultima ratio* - durchaus strafwürdiges Unrecht, welches einen entsprechenden Straftatbestand rechtfertigen würde. Dieses Ergebnis kann aber nicht auf Selbstläufersysteme übertragen werden. Die Legitimationsgründe sind von § 16 Abs. 2 UWG „Marktverengungsgefahr“, „Ausnutzung von Spielleidenschaft“ bzw. „Vermögensgefährdung der Teilnehmer“ und „Kommerzialisierung privater Beziehungen“. Die Gefährlichkeit solcher Systeme resultiert aber nicht aus dem Einsatz von Laienwerbern oder bloßen Wettbewerbsverstößen.

2. Die progressiven Systeme sind keine Glücksspiele, da bei ihnen der erforderliche Einsatz nicht vorliegt, welcher aber Tatbestandsvoraussetzung der §§ 284 ff. StGB ist.

Eine Sanktionierung nach § 263 StGB scheidet am fehlenden Vermögensschaden. Die Hoffnung der Teilnehmer auf Vermögenszuwachs gehört nicht zu dem durch § 263 StGB geschützten Vermögensbestand.

Im Betreiben derartiger progressiver Kundenwerbungsmodelle liegt ein Verstoß gegen § 16 Abs. 1 UWG vor. Jedoch können die progressiven Systeme mit dieser Vorschrift nicht zufriedenstellend geahndet werden. Die Veranstalter solcher Systeme sind gut beratene Geschäftsleute. Mit Rechtshilfe kennen die Veranstalter die Rechtsprechung zu § 16 Abs. 1 UWG. Wenn sie ihre Hinweise auf das Merkmal der Unwahrheit verstärken, können sie leicht die am Verbraucherschutz orientierte Rechtsprechung umgehen.

3. Die Schutzzwecktrias des § 1 UWG gilt auch für das Wettbewerbsstrafrecht i.S. des § 16 Abs. 2 UWG. Die Verbraucher, Mitbewerber und die Allgemeinheit werden durch § 16 Abs. 2 UWG geschützt.

4. Die herkömmlichen Systeme erfüllen die Tatbestandsvoraussetzungen des § 16 Abs. 2 UWG ganz unproblematisch.

5. Die Selbstläufersysteme fallen nicht unter § 16 Abs. 2 UWG, weil sie im privaten Bereich stattfinden. Entsprechendes gilt für Schenkkreise. Das kann aber im Einzelfall anders

sein. Eine Strafbarkeit von Schenkkreisteilnehmern kommt in Betracht, wenn sie z.B. die Moderation übernehmen. Handeln im geschäftlichen Verkehr ist bei zentralgesteuerten Kettenbriefsystemen und Geldgewinnspielen ohne Zweifel anzunehmen.

6. Neben der Gewinnchance kommt auch das Mitgliedschaftsrecht als abgenommenes Recht i.S. von § 16 Abs. 2 UWG in Betracht. In diesem Zusammenhang kann darüber hinausgehend noch eine ungeschriebene Tatbestandsvoraussetzung, nämlich das „Wettbewerbsverhältnis“, nicht verlangt werden. Dagegen spricht vor allem die Schutzzwecktrias.

„Wettbewerbsverhältnis“ kann auch nicht als ein Abgrenzungskriterium zwischen dem StGB und den UWG-Straftatbeständen angesehen werden. Dagegen spricht dieses Mal § 299 StGB und §§ 17 ff. UWG. Somit besteht für Geldgewinnspiele und zentralgesteuerte Kettenbriefsysteme keine Strafbarkeitslücke.

7. Bei der Frage, wann ein Teilnehmer solcher Systeme als „reines“ Opfer betrachtet werden kann, ist der Schutzzweck des § 16 Abs. 2 UWG zu berücksichtigen. Obwohl § 16 Abs. 2 UWG als echtes Unternehmensdelikt ausgestattet wurde, ist ein Teilnehmer „reines“ Opfer, wenn er andere erfolgreich wirbt. Der bloße Werbeversuch kann für die Strafbarkeit des Mitspielers kein Grund sein.

8. § 16 Abs. 2 UWG ist ein Privatklagedelikt. Dies ist aber kritikwürdig. Über die Gefährlichkeit solcher Systeme besteht Einigkeit.

9. Die Möglichkeit einer Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG schließt die Verfallsanordnung aus, weil § 10 UWG für unrechtmäßige Vorteile, die durch Wettbewerbshandlung erzielt wurde, die speziellere Vorschrift ist. § 10 UWG ist aber wegen seiner hohen Anforderungen kritikwürdig. Deshalb wäre eine Gesetzesänderung in Anlehnung an § 34a GWB denkbar.

10. Obwohl MLM, Power-Shopping und Rückwärtsauktionen progressiven Charakter haben, fallen sie nicht unter § 16 Abs. 2 UWG. Da bei diesen Systemen keine leistungsabhängigen Gewinne vom Veranstalter versprochen werden, besteht kein glückspielartiger Charakter.

Ziel dieser Arbeit war es, zu überprüfen, ob alle Erscheinungsformen von progressiver Kundenwerbung von der bestehenden Gesetzeslage erfasst werden oder ob Strafbarkeitslücken bestehen, die ein Handeln des Gesetzgebers erforderlich machen.

Die Untersuchungen zeigen, dass es sich beim In-Gang-Setzen von progressiven Systemen um ein strafwürdiges und strafbedürftiges Verhalten handelt. Lediglich das Veranstellen von Selbstläuferkettenbriefsystemen dürfte nicht als strafbedürftig zu bewerten sein. Der ganz deutliche Unrechtsgehalt untersuchter Handlungen rechtfertigt einen besonderen wettbewerbsrechtlichen Straftatbestand.

Die Untersuchungen zeigen auch, dass alle strafwürdigen und strafbedürftigen Formen unlauterer Kundenwerbungssysteme - zumindest auf der Grundlage der hier vertretenen Auffassung- unter ursprünglich mit dem 2. WiKG geschaffenen § 16 Abs. 2 UWG subsumiert werden können. Es besteht also gar keine Strafbarkeitslücke, für deren Ausfüllung – wie behauptet³⁹² - „ein Ruf nach dem Gesetzgeber“ erforderlich sei.

³⁹² Vgl. oben Fn. 284