

HRRS-Nummer: HRRS 2011 Nr. 486

Bearbeiter: Ulf Buermeyer

Zitiervorschlag: BGH HRRS 2011 Nr. 486, Rn. X

BGH 5 StR 514/09 - Beschluss vom 24. Februar 2011 (LG Leipzig)

BGHSt; progressive Kundenwerbung (Europäisierung; richtlinienkonforme Auslegung: vollharmonisierende Richtlinien und Mindestschutz); Strafaussetzung zur Bewährung; Strafklageverbrauch (Einstellung unter Opportunitätsgesichtspunkten; prozessuale Tat); Ablehnung eines Beweisantrages (Konnexität bei fortgeschrittener Beweisaufnahme); Unternehmer; Verbraucher; Verbotsirrtum (Ausrichtung auf eine rechtliche Grauzone).

§ 16 Abs. 2 UWG; § 56 StGB; § 244 StPO; § 153a StPO; § 264 StPO; § 2 Abs. 2 UWG; § 13 BGB; § 14 BGB; § 17 StGB

Leitsätze

1. Verbraucherbegriff bei progressiver Kundenwerbung. (BGHSt)

2. Für die Abgrenzung von Unternehmern und Verbrauchern ist nicht der innere Wille des Handelnden entscheidend; vielmehr gilt ein objektivierter Maßstab. Ob eine Tätigkeit als selbständige zu qualifizieren ist, bestimmt sich nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt des Rechtsgeschäfts. In diese Auslegung sind erforderlichenfalls die Begleitumstände einzubeziehen. (Bearbeiter)

3. Handeln als Unternehmer und nicht als Verbraucher liegt auch dann vor, wenn das maßgebliche Geschäft im Zuge der Aufnahme einer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit (sogenannte Existenzgründung) geschlossen wird. Dies gilt jedoch nicht, solange die getroffene Maßnahme noch nicht Bestandteil der Existenzgründung selbst ist, sondern sich im Vorfeld einer solchen bewegt und die Entscheidung, ob es überhaupt zu einer Existenzgründung kommen soll, erst vorbereitet. Bewegt sich das rechtsgeschäftliche Handeln im Vorfeld einer Existenzgründung, über die noch nicht definitiv entschieden ist, so ist es noch nicht dem unternehmerischen Bereich zuzuordnen. (Bearbeiter)

4. Da nach § 16 Abs. 2 UWG das Verhalten im Vorgriff auf den Abschluss eines Rechtsgeschäftes unter Strafe gestellt wird, bestimmt sich danach auch der Verbraucherbegriff. Maßgeblich ist deshalb, ob die Adressaten in dem Zeitpunkt, in welchem sie durch die Werbemaßnahmen angesprochen werden, Verbraucher sind. (Bearbeiter)

5. Dieser Verbraucherbegriff ist im Verhältnis zu dem der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (RL 2005/29/EG, ABI. L 149, 22) zugrunde liegenden Verbraucherbegriff möglicherweise umfassender. Der europäische Verbraucherbegriff begrenzt aber den Anwendungsbereich der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken. Die im Übrigen einschlägige Richtlinie zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung (RL 84/450/EWG, ABI. L 250, 17) gibt dagegen nur einen Mindestschutz vor. Eine Verstärkung des Verbraucherschutzes über den Standard der Richtlinien hinaus ist daher mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar. (Bearbeiter)

6. Aufgrund der Ausgestaltung des Straftatbestandes des § 16 Abs. 2 UWG als Unternehmensdelikt ist die Tat bereits vollendet, wenn der Täter versucht, das Werbe- und Vertriebssystem in Gang zu setzen. (Bearbeiter)

7. Ausreichende Unrechtseinsicht liegt bereits dann vor, wenn der Täter bei der Begehung der Tat mit der Möglichkeit rechnet, Unrecht zu tun, und dies billigend in Kauf nimmt. Es genügt also das Bewusstsein, die Handlung verstoße gegen irgendwelche, wenn auch im Einzelnen nicht klar vorgestellte gesetzliche Bestimmungen. (Bearbeiter)

8. Richtet ein Angeklagter sein Handeln bewusst darauf aus, eine von ihm so verstandene rechtliche Grauzone auszunutzen, so setzt dies regelmäßig eine gedankliche Auseinandersetzung mit den Grenzen strafbaren Verhaltens voraus. Dies schließt - wenn höchstrichterliche Entscheidungen noch nicht vorliegen -

**auch die Möglichkeit mit ein, sich bei einer Fehlinterpretation der Gesetzeslage strafbar zu machen.
(Bearbeiter)**

Entscheidungstenor

Die Revisionen der Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts Leipzig vom 26. März 2009 werden gemäß § 349 Abs. 2 StPO mit der Maßgabe (§ 349 Abs. 4 StPO) als unbegründet verworfen, dass die Vollstreckung der gegen die Angeklagten H., L., Ka., Her. und Ke. verhängten Freiheitsstrafen zur Bewährung ausgesetzt wird.

Die Angeklagten tragen die Kosten ihrer Rechtsmittel. Hinsichtlich der letztgenannten fünf Angeklagten werden die Gebühren und Auslagen des Revisionsverfahrens jeweils um ein Fünftel ermäßigt; die Staatskasse trägt auch ein Fünftel ihrer notwendigen Auslagen.

Gründe

Das Landgericht hat die Angeklagten der progressiven Kundenwerbung (§ 16 Abs. 2 UWG) schuldig gesprochen und gegen sie - mit Ausnahme des Angeklagten K., der zu einer Geldstrafe verurteilt wurde - auf Freiheitsstrafen erkannt, wobei jeweils ein Monat (bzw. 30 Tagessätze) wegen rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung als vollstreckt erklärt wurde. Die Vollstreckung der verhängten Freiheitsstrafen wurde nur bei einem Teil der Angeklagten zur Bewährung ausgesetzt. Gegen das Urteil wenden sich die Angeklagten mit Verfahrensrügen und der Sachrüge. Die Rechtsmittel haben nur insoweit Erfolg, als sie sich gegen die Versagung der Strafaussetzung zur Bewährung wenden.

I.

Das Landgericht hat folgende Feststellungen und Wertungen getroffen: 2

1. Die Angeklagten, welche in unterschiedlicher Stellung und in unterschiedlichen Zeiträumen bei den Unternehmen P.-P.V. (nachfolgend PPV) und BIFOS tätig waren, vertrieben über die PPV in der Zeit von Juni 2002 bis April 2006 Seminare der mit ihr eng verwobenen Firmen AFOS und BIFOS. Dabei handelte es sich um Fortbildungsseminare zu den Themen Persönlichkeitsentwicklung und Motivation, Zeitmanagement, Rhetorik und Verkauf, welche sich über einen Zeitraum von vier Tagen erstreckten. Die Teilnahme kostete - entsprechend vergleichbaren Seminaren - 3.200 €. Neben den Seminaren wurde auch eine Vertriebsmitarbeit bei der PPV beworben; "als Vertriebsmitarbeiter sollten die Interessenten u.a. für den Verkauf der Seminare werben" (UA S. 31). 3

Sämtliche Werbemaßnahmen der PPV folgten dabei einem einheitlichen Absatzkonzept, das sich wie folgt gestaltete: Die Maßnahmen richteten sich in erster Linie an Personen, die nach Arbeit oder einer Verdienstmöglichkeit an den Wochenenden suchten. Zu diesem Zweck schalteten Mitarbeiter der PPV in verschiedenen Zeitungen "bewusst kurz gehaltene Annoncen" (UA S. 22), die für Fahrdiensttätigkeiten am Wochenende einen Verdienst von 400 bis 500 € in Aussicht stellten. "Die Annoncen enthielten regelmäßig keine Hinweise darauf, dass damit eine Vertriebstätigkeit verbunden sein sollte. Ein Name der Firma, die die Verdienstmöglichkeiten offerierte, war nicht angegeben. Der Inhalt der Annoncen differierte leicht, teils war von Nebenbeschäftigung, von Personentransporten, von Fahrdiensten im Nebenberuf, von Nebentätigkeit mit Pkw, von Chauffeurdiensten und Fahrten ‚geladener Gäste‘ die Rede" (UA S. 22). Interessenten erhielten auch in telefonischen oder persönlichen Kontaktgesprächen keine näheren Informationen zu der angebotenen Tätigkeit; sie wurden zu einer Präsentationsveranstaltung eingeladen, zu welcher sie regelmäßig von Mitarbeitern der PPV gefahren wurden, "um eine Abreise vor Abschluss der Veranstaltung zu verhindern" (UA S. 23). Der Veranstaltungsort und das veranstaltende Unternehmen waren den Interessenten nicht bekannt. Auf der Fahrt zu den Präsentationsveranstaltungen erhielten die Interessenten ebenfalls keine weitergehenden Informationen zu der angebotenen Tätigkeit. Die Sitzordnung im Präsentationssaal wurde dergestalt vorgegeben, dass auf beiden Seiten des Neuinteressenten jeweils ein Mitarbeiter der PPV Platz nahm. Dadurch waren Kontakte zwischen Neuinteressenten erschwert. Im Vorfeld der Präsentation hatten die Interessenten eine Unkostenpauschale von 35 € zu entrichten. 4

Die Präsentation begann mit einem Vortrag des Präsentationsleiters, der darin - nach zunächst allgemeinen Ausführungen - für die Fortbildungsseminare warb sowie zeitweise auch für die Vermittlung von Immobilienanlagen, von Telefonanbietern, von Stromverträgen, von Saunen, "Steuerchecks" und "Vitasol-Kabinen". Im Gegensatz zu den Fortbildungsseminaren konnten die Teilnehmer die weiteren Produkte im Anschluss an die Präsentation jedoch nicht erwerben; "sie spielten im Vertriebssystem der PPV eine sehr untergeordnete Rolle" (UAS. 31). 5

Im Schwerpunkt wurde auch für eine Mitarbeit bei der PPV zum Vertrieb der Fortbildungsseminare geworben, wobei 6

den Zuhörern Provisionen in folgender Höhe in Aussicht gestellt wurden: Für jedes erfolgreich vermittelte Seminar sollten sie als "Vertriebsrepräsentantenanwärter" eine Provision von 550 € brutto erhalten. Bereits nach der Vermittlung von zwei Seminaren sollte der Anwärter zum "Vertriebsrepräsentanten" ernannt werden, dessen Aufgabe es war, seinerseits die Anwärter anzuleiten; die Provision für jedes erfolgreich vermittelte Seminar sollte sich auf 700 € brutto erhöhen.

Im Anschluss an den Präsentationsvortrag fanden Einzelgespräche mit den Teilnehmern statt, in denen die Verdienstmöglichkeiten nochmals erläutert wurden. "Regelmäßig wurde mit Nachdruck darauf hingewiesen, dass eine Mitarbeit bei der PPV nur bei Buchung und Bezahlung des Seminars möglich sei" (UA S. 33). Der Interessent schloss den Seminarvertrag ab. Außerdem füllte er in der Regel einen Bewerbungsbogen als Vertriebspartner aus, welcher u.a. folgenden Text enthielt: "Ich bestätige mit meiner Unterschrift, dass die Abnahme der/des von der PPV vermittelten Produkte(s) mir nicht als Voraussetzung oder Bedingung einer etwaigen Mitarbeit beim PPV dargestellt wurde, sondern dass mir vielmehr zur Kenntnis gebracht wurde, dass eine Mitarbeit - und damit auch die mir vorgestellten Verdienstmöglichkeiten durch Produktvermittlung - auch ohne eigene Produktabnahme möglich ist. Entschließe ich mich zur Abnahme der/des Produkte(s), geschieht dies, weil mich diese(s) überzeugt haben" (UA S. 32). 7

Tatsächlich wurde jedoch die Buchung und Bezahlung eines Seminars regelmäßig als Voraussetzung für eine Vertriebsmitarbeit bei der PPV verlangt; dabei kam es "den Umworbene(n) bei Abschluss des Seminarvertrages regelmäßig auf die Berechtigung zur Teilnahme am Vertriebssystem mit den entsprechenden Provisionsaussichten und nicht auf die Seminarteilnahme an" (UA S. 34). 8

Ein Vertriebsmitarbeitervertrag wurde zumeist erst im Rahmen der folgenden Präsentationsveranstaltung etwa eine Woche später unterzeichnet und ausgehändigt. Voraussetzung dafür war, dass der Kunde die Seminargebühr bezahlt hatte oder zumindest eine Ratenzahlungsvereinbarung bzw. eine Vereinbarung über die Verrechnung mit Provisionsansprüchen getroffen worden war. 9

Die neu geworbenen Vertriebsmitarbeiter fuhren sodann Neuinteressenten zu einer der nachfolgenden Präsentationsveranstaltungen, auf welcher diese "auf die gleiche Art und unter dem Versprechen der gleichen Provisionen" (UA S. 34) zu der Zahlung einer Seminargebühr und "damit dem Systembeitritt" (UA S. 35) bewogen werden sollten. 10

Insgesamt wurden im Tatzeitraum dergestalt mindestens 4.605 Personen umworben; es wurden 3.959 Seminare erfolgreich vermittelt. 11

2. Das Landgericht hat das Verhalten der Angeklagten als eine einheitliche Straftat der progressiven Kundenwerbung gemäß § 16 Abs. 2 UWG gewertet. Die Angeklagten hätten sich an Verbraucher im Sinne dieser Vorschrift gewandt. Maßgeblich hierfür sei weder der Zeitpunkt der Unterzeichnung des Mitarbeitervertrages, noch derjenige der Buchung des Seminars, sondern die Kontaktabbahnung bis hin zur Anfahrt zu den Präsentationsveranstaltungen. Während dieses Zeitraums seien die Interessenten noch in der Informations- und Entscheidungsphase gewesen. Solange sie aber noch keine Entscheidung in Richtung einer unternehmerischen Tätigkeit getroffen hätten, bestehe bei ihnen die Verbrauchereigenschaft fort. Hierüber hätten sich die Angeklagten auch in keinem Irrtum (§ 17 StGB) befunden. Dies zeige sich schon daran, dass sie in den Mitarbeiterverträgen den Passus aufgenommen hätten, dass die Mitarbeit nicht vom Erwerb eines Seminars abhängig gemacht worden sei. 12

Das Kettenelement liege darin, dass der einzelne Abnehmer weitere Abnehmer habe werben sollen, denen gegenüber wiederum dieselben Vorteilsversprechen erfolgen sollten. Insgesamt handele es sich um ein einheitliches Absatzkonzept. Dies begründe eine Tat im Rechtssinne, die von den Angeklagten gemeinschaftlich begangen worden sei. 13

II.

Die Revisionen sind mit der Sachrüge nur insoweit teilweise erfolgreich, als das Landgericht fünf Angeklagten eine Aussetzung der verhängten Freiheitsstrafen zur Bewährung versagt hat. Im Übrigen sind die Revisionen unbegründet (§ 349 Abs. 2 StPO). Der Ausführungen bedarf ergänzend zum Antrag des Generalbundesanwalts nur Folgendes: 14

1. Hinsichtlich der Angeklagten H. und Ke. ist kein Strafklageverbrauch eingetreten. Gegen diese Angeklagten wurde zwar von der Staatsanwaltschaft Rostock wegen eines Vergehens nach § 16 Abs. 2 UWG ermittelt und das Verfahren nach Erfüllung einer Geldauflage gemäß § 153a StPO eingestellt. Das Landgericht führt jedoch zutreffend aus, dass die diesen Angeklagten vorgeworfene Tat (Anwerbung des Zeugen N. im November 2006) außerhalb des abgeurteilten 15

Tatzeitraums lag, der bis Ende April 2006 andauerte. Als Endpunkt hat die Strafkammer den von den Angeklagten zu diesem Zeitpunkt gefassten Entschluss gewertet, die PPV zu beenden und das System innerhalb einer neuen Gesellschaft, der MMG, weiterzuführen. In der Verlagerung der Geschäftstätigkeit auf eine andere Firma hat das Landgericht zutreffend einen neuen Tatentschluss gesehen, der zugleich das ursprüngliche Organisationsdelikt - bezogen auf die PPV - beendete. Dass die Vertriebstätigkeit durch die PPV im Juli 2006 wiederaufgenommen wurde, stellt abermals einen neuen Tatentschluss dar und lässt nicht etwa die ursprüngliche Tat wieder aufleben.

Diese Ausführungen des Landgerichts lassen keinen Rechtsfehler erkennen. Ein Strafklageverbrauch durch die 16
Verfahrenseinstellung eines Teilaktes (vgl. hierzu BGH, Beschluss vom 26. August 2003 - 5 StR 145/03, BGHSt 48, 331, 343) kommt schon allein deshalb nicht in Betracht, weil diese Einzelhandlung nicht dieselbe prozessuale Tat betrifft und außerhalb des Aburteilungszeitraums steht.

Die Angriffe der Revision gegen die Feststellungen des Landgerichts hierzu bleiben ohne Erfolg. Die Verfahrensrügen, 17
insoweit die Ablehnung von Beweisanträgen betreffend, die sich auf eine durchgängige Tätigkeit der PPV beziehen, sind aus den Gründen der Antragschrift des Generalbundesanwalts unbegründet. Es bestand angesichts des in den Urteilsgründen dargestellten Ermittlungsergebnisses für die Strafkammer auch kein Anlass zu weiterer (freibeweislicher) Nachforschung, ob die PPV durchgängig im Jahr 2006 ein System progressiver Kundenwerbung betrieb (zur Frage, inwieweit eine freibeweisliche Feststellung von tatsächlichen Voraussetzungen eines Verfahrenshindernisses in Betracht kommt, vgl. BGH, Beschluss vom 30. März 2001 - StB 4 und 5/01, BGHSt 46, 349, 353; BGH, Urteil vom 19. Oktober 2010 - 1 StR 266/10, zur Veröffentlichung in BGHSt bestimmt, NJW 2011, 547). Soweit die Verteidigung hierzu auf die angebotenen Zeuginnen O. und Kr. verweist, ist nicht ersichtlich, in welcher Funktion und wo im Einzelnen die Zeuginnen für die PPV tätig gewesen sein sollen. Ebenso wenig lässt sich erkennen, ob sie im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Seminaren gearbeitet haben. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die weiterhin als Zeugin benannte D. K., die hauptsächlich mit Büroarbeiten betraut war.

Im Übrigen würde selbst ein Fortbestand der PPV den Ansatz des Landgerichts nicht in Frage stellen. Maßgeblich 18
hierfür ist nämlich, dass in der Verlagerung der Geschäftstätigkeit (und deren Modifizierung) ein neuer Tatentschluss zu sehen ist, der zugleich eine neue und selbständige Tat im Sinne des § 264 StPO begründet. Dem steht nicht entgegen, dass die PPV in ihrer gesellschaftsrechtlichen Struktur weiter bestanden hat, zumal sie ja später auch tatsächlich reaktiviert wurde. Jedenfalls sollte sie nicht mehr Träger des Systems progressiver Kundenwerbung sein. Insofern widerspräche ein Fortbestand der PPV nicht der Auffassung des Landgerichts, dass mit der Übertragung der Seminarwerbung auf die MMG ein neuer Tatentschluss verbunden, die ursprüngliche Tat (über die PPV) mithin abgeschlossen war. Damit kann der Einzelvorgang einer progressiven Kundenwerbung, der zur Einstellung nach § 153a StPO durch die Staatsanwaltschaft Rostock geführt hat, nicht mehr Teil des Organisationsdelikts sein, weshalb ein Strafklageverbrauch ausscheidet.

2. Soweit die Beschwerdeführer die Ablehnung von Beweisanträgen auf die Vernehmung Hunderter von Zeugen in 19
Anlehnung an eine - freilich schwer nachvollziehbare - Beweismittelauflistung in der Anklage beanstanden, scheitern die Rügen auch an den Grundsätzen der Rechtsprechung zur Konnexität bei fortgeschrittener Beweisaufnahme (BGH, Urteil vom 10. Juni 2008 - 5 StR 38/08, BGHSt 52, 284).

3. Die Schuldsprüche wegen progressiver Werbung halten rechtlicher Überprüfung stand. 20

a) Das Landgericht hat rechtsfehlerfrei die Verbrauchereigenschaft der Interessenten bejaht. 21

aa) Der Straftatbestand des § 16 Abs. 2 UWG wurde im Rahmen der Neufassung des Gesetzes gegen den unlauteren 22
Wettbewerb im Jahr 2004 (BGBl. I, S. 1414) in Bezug auf den geschützten Personenkreis modifiziert. Während die Vorgängervorschrift des § 6c UWG a.F. noch sämtliche Nichtkaufleute erfasste, beschränkte die Neufassung der Strafvorschrift den Schutzbereich auf Verbraucher, weil nur insofern ein erhebliches Gefährdungspotential bestehe (BTDrucks. 15/1487, S. 26).

Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb enthält dabei keine eigene Definition des Verbraucherbegriffs, sondern 23
erklärt in § 2 Abs. 2 UWG die Vorschrift des § 13 BGB für entsprechend anwendbar. Danach ist Verbraucher eine natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann. Im Gegensatz dazu steht unternehmerisches Handeln, das durch die Definition des Unternehmerbegriffs (§ 14 Abs. 1 BGB) gesetzlich bestimmt ist als Abschluss von Rechtsgeschäften für eine gewerbliche oder selbständige berufliche Tätigkeit.

Für die Abgrenzung ist nicht der innere Wille des Handelnden entscheidend, sondern es gilt ein objektiver Maßstab. 24
Ob eine Tätigkeit als selbständige zu qualifizieren ist, bestimmt sich nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt

des Rechtsgeschäfts, in die erforderlichenfalls die Begleitumstände einzubeziehen sind (BGH, Urteil vom 15. November 2007 - III ZR 295/06, NJW 2008, 435; Palandt/Ellenberger, BGB, 70. Aufl., § 13 Rn. 3 f.). Ausgeschlossen vom Verbraucherbegriff ist nur jedwedes selbständiges berufliches oder gewerbliches Handeln. Auch ein Arbeitnehmer wird bei Rechtsgeschäften in Beziehung auf sein Arbeitsverhältnis als Verbraucher angesehen (BVerfG - Kammer -, NJW 2007, 286, 287; MünchKommBGB/Micklitz, 5. Aufl., § 13 Rn. 46). Unternehmer- und nicht Verbraucherhandeln liegt allerdings vor, wenn das maßgebliche Geschäft im Zuge der Aufnahme einer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit (sogenannte Existenzgründung) geschlossen wird (BGH, Beschluss vom 24. Februar 2005 - III ZB 36/04, BGHZ 162, 253, 256 mwN; Palandt/Ellenberger aaO; Erman/Saenger, BGB, 12. Aufl., § 13 Rn. 16; aA Micklitz, aaO, Rn. 54). Dies gilt indes nicht, solange die getroffene Maßnahme noch nicht Bestandteil der Existenzgründung selbst ist, sondern sich im Vorfeld einer solchen bewegt und die Entscheidung, ob es überhaupt zu einer Existenzgründung kommen soll, erst vorbereitet (BGH, Urteil vom 15. November 2007 - III ZR 295/06, NJW 2008, 435). Bewegt sich das rechtsgeschäftliche Handeln im Vorfeld einer Existenzgründung, über die noch nicht definitiv entschieden ist, ist es noch nicht dem unternehmerischen Bereich zuzuordnen. Solche Aktivitäten in der Sondierungsphase betreffen daher Verbraucherhandeln (vgl. BGH aaO).

Maßgebender Zeitpunkt der Beurteilung der Verbrauchereigenschaft ist dabei im Rahmen des § 16 Abs. 2 UWG nicht der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses; abzustellen ist vielmehr auf den Zeitpunkt, in welchem der Geworbene erstmals durch das Absatzkonzept des Veranstalters in der Weise angesprochen wird, dass die Werbung unmittelbar in die Abnahme des Produkts einmünden soll. 25

Das Lauterkeitsrecht entfaltet seine verbraucherschützende Funktion bereits im Vorfeld von Vertragsanbahnungen und auch in solchen Fällen, in denen - wie bei der bloßen Sympathiewerbung (Imagewerbung) eines Unternehmens - eine Vertragsanbahnung nicht in Rede steht (Sosnitzer in Piper/Ohly/Sosnitzer, UWG, 5. Aufl., § 2 Rn. 85; Lettl, GRUR 2004, 449, 451). In diesem Zusammenhang ist auch die durch § 2 Abs. 2 UWG lediglich entsprechend - d.h. sinngemäß - angeordnete Geltung des Verbraucherschutzbegriffes zu sehen. Da nach § 16 Abs. 2 UWG das Verhalten im Vorgriff auf den Abschluss eines Rechtsgeschäftes pönalisiert wird, bestimmt sich danach auch der Verbraucherbegriff. Maßgeblich ist deshalb, ob die Adressaten in dem Zeitpunkt, in welchem sie durch die Werbemaßnahmen angesprochen werden, Verbraucher sind (Bornkamm in Köhler/Bornkamm, UWG, 29. Aufl., § 16 Rn. 36). 26

bb) Für diese Auslegung des § 16 Abs. 2 UWG sprechen zudem der Schutzzweck der Norm und deren Deliktcharakter. § 16 Abs. 2 UWG ist ein abstraktes Gefährdungsdelikt (Diemer in Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Stand: Oktober 2009, § 16 UWG Rn. 124; Dreyer in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2. Aufl., § 16 Rn. 32; Bornkamm aaO, § 16 Rn. 4; Sosnitzer, aaO, § 16 Rn. 36). Bezweckt ist der generelle Schutz geschäftlich unerfahrener Personen vor der Verstrickung in Vertriebsmethoden, die schon ihrer Anlage nach für sie ein gefährliches, schadensträchtiges Risiko zum Inhalt haben (Diemer aaO, Rn. 123). Der Abnehmer soll vor Täuschung, glücksspielartiger Willensbeeinflussung und Vermögensgefährdung geschützt werden (BTDruks. 10/5058, S. 38 f., ähnlich BTDruks. 9/1707, S. 14). Zur Erfüllung des Tatbestandes ist es nicht erforderlich, dass Abnehmer auf das System "hereinfallen" (Dreyer aaO; Sosnitzer aaO) und einen Vertrag abschließen. Vielmehr genügt das Herbeiführen einer gefahrenvollen Situation, mithin die Verfolgung des als Schneeballsystem strukturierten Absatzsystems durch Werbemaßnahmen. 27

cc) Aufgrund der Ausgestaltung des Straftatbestandes als Unternehmensdelikt ist die Tat bereits vollendet, wenn der Täter versucht, das Werbe- und Vertriebssystem in Gang zu setzen (Janssen/Maluga in MünchKommStGB, Nebenstrafrecht II, UWG, 2010, § 16 Rn. 96). Nach allgemeinen Regeln muss er dazu zur Tat unmittelbar angesetzt haben. Das Verhalten des Täters muss darauf gerichtet sein, den geschützten Personenkreis zur Abnahme von Waren, Dienstleistungen oder Rechten zu veranlassen (vgl. Bornkamm aaO, Rn. 36; Janssen/Maluga aaO, Rn. 97; Diemer aaO, Rn. 143; Sosnitzer aaO). Zur Tatbestandsvollendung gehört daher jede Handlung im Rahmen des nach § 16 Abs. 2 UWG tatbestandlichen Werbesystems, die geeignet ist, das Ziel zu erreichen (Diemer aaO, Rn. 129). Entscheidend ist daher, ob in diesem Zeitpunkt - nicht bei Vertragsabschluss - sämtliche Tatbestandsmerkmale erfüllt sind. Deshalb kann es hier dahinstehen, ob die Interessenten beim Abschluss der Seminarverträge etwa nicht mehr Verbraucher waren. 28

dd) Europäisches Gemeinschaftsrecht steht dieser Auslegung nicht entgegen. Zwar ist der so zu bestimmende Verbraucherbegriff im Verhältnis zu dem der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (RL 2005/29/EG, ABI. L 149, 22) zugrunde liegenden Verbraucherbegriff möglicherweise umfassender. Da der europäische Verbraucherbegriff jedoch einerseits den Anwendungsbereich der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken begrenzt, andererseits aber die im Übrigen einschlägige Richtlinie zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung (RL 84/450/EWG, ABI. L 250, 17) nur einen Mindest-, aber keinen Höchstschutz vorgibt, ist ein Widerspruch zum Gemeinschaftsrecht nicht begründet; denn eine Verstärkung des 29

Verbraucherschutzes über den Standard der Richtlinien hinaus ist mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar (BTDrucks. 16/10145, S. 11 f.; Sosnitzer aaO, § 2 Rn. 89; Dreyer aaO, § 16 Rn. 36; Palandt/Ellenberger aaO, Rn. 3).

ee) Das Landgericht hat für die Prüfung, ob die von den Werbemaßnahmen angesprochenen Interessenten als Verbraucher anzusehen sind, auf den Zeitpunkt abgestellt, als diese das erste Kontaktgespräch aufnahmen, spätestens aber als sie zu den Präsentationsveranstaltungen gefahren wurden. Dies ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Schon in dieser Phase waren sie von Seiten der Angeklagten Werbemaßnahmen ausgesetzt. Bis dahin war keinesfalls etwa eine Entscheidung im Sinne einer "Existenzgründung" für eine selbständige Tätigkeit gefallen. Die Interessenten befanden sich - wie auch die mitgeteilten Zeugenaussagen belegen - in einer Phase der Vorinformation und Willensbildung und waren damit keine Unternehmer im Sinne des § 14 Abs. 1 BGB, sondern Verbraucher im Sinne des § 13 BGB. Abgesehen davon, dass der Inhalt der Annoncen nicht ohne weiteres auf eine selbständige Tätigkeit schließen ließ, sondern bewusst offen gehalten war und sowohl im Sinne einer arbeitnehmerähnlichen als auch einer kleinunternehmerischen Tätigkeit verstanden werden konnte, war jedenfalls bis dahin noch kein Entschluss für die Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit getroffen. Dies gilt sogar für die Präsentationsveranstaltung selbst, weil auch diese der Information der Teilnehmer gedient hat, die noch nicht entschlossen waren. 30

Diese Phasen der Anwerbung waren bei dem Unternehmensdelikt des § 16 Abs. 2 UWG bereits tatbestandsmäßig. Die Anwerbung, beginnend mit dem Schalten der Zeitungsannoncen, war nach dem Tatplan der Angeklagten bereits darauf angelegt, den Verkauf der Seminare herbeizuführen. Spätestens ab Beginn der Präsentationsveranstaltung war das Unternehmensdelikt des § 16 Abs. 2 UWG vollendet, mithin zu einem Zeitpunkt, in dem die Interessenten noch Verbraucher waren. Ihre mögliche spätere Entscheidung, als Vertriebsrepräsentant tätig zu werden, spielt dabei - ungeachtet der Frage, ob sie als "Existenzgründung" zu qualifizieren wäre - keine Rolle. Nur bei einer solchen - mit dem Wortsinn und der Systematik des Gesetzes übereinstimmenden - Auslegung kann ein effektiver Schutz vor unlauterer Werbung durch die Eröffnung zweckwidriger Umgehungsmaßnahmen gewährleistet werden. 31

b) Das Landgericht hat das Kettenelement im Sinne des § 16 Abs. 2 UWG rechtsfehlerfrei bejaht. Es hat festgestellt, dass faktische Voraussetzung für die Beauftragung als Vertriebsmitarbeiter der Erwerb einer Seminarveranstaltung war. Damit hat es der gegenteiligen Klausel in den Mitarbeiterverträgen keine Geltung beigemessen, diese vielmehr nur als Verschleierung der tatsächlichen Verhältnisse gewertet (UA S. 159 ff.). Die hiergegen gerichteten Verfahrensrügen bleiben aus den zutreffenden Gründen der Antragschrift des Generalbundesanwalts ohne Erfolg. 32

Da die Buchung der Teilnahme an den Motivations- und Ausbildungsseminaren als Bedingung dafür behandelt wurde, dass die Vertriebsmitarbeiter selbst diese Seminare gegen Provisionen vertreiben durften, liegt das Kettenelement vor. Dieser Bedingungs Zusammenhang erfüllt den Tatbestand des § 16 Abs. 2 UWG, weil der geworbene Mitarbeiter nur dadurch besondere Vorteile erlangen kann, indem er andere zum Abschluss gleichartiger Geschäfte veranlasst. Hierdurch wird nämlich ein Schneeballsystem dergestalt begründet, dass der Vertriebsmitarbeiter ein Produkt erwerben muss und sich nur durch die Einwerbung neuer Kunden refinanzieren kann. Für den Fall einer weiteren Anwerbung erhöhte sich die Provision ebenso, wie eine Beteiligung für den mittlerweile in der Hierarchie aufgestiegenen Vertriebsmitarbeiter für den Fall vorgesehen war, dass untergeordnete Vertriebsmitarbeiter Käufer anwerben (vgl. UA S. 145 ff.). Damit weist das System Merkmale auf, die nach ihrer Beeinflussungswirkung geeignet sind, die typische Dynamik eines Systems der progressiven Kundenwerbung in Gang zu setzen (vgl. BGH, Beschluss vom 22. Oktober 1997 - 5 StR 223/97, NJW 1998, 390, zu § 6c UWG a.F.). 33

4. Die Angeklagten unterlagen - wie das Landgericht rechtsfehlerfrei ausgeführt hat - keinem Verbotsirrtum gemäß § 17 StGB. Ausreichende Unrechtseinsicht liegt bereits dann vor, wenn der Täter bei der Begehung der Tat mit der Möglichkeit rechnet, Unrecht zu tun, und dies billigend in Kauf nimmt (st. Rspr.: BGH, Urteile vom 3. April 2008 - 3 StR 394/07, BGHR StGB § 17 Vermeidbarkeit 8; vom 25. Juni 2008 - 5 StR 109/07, BGHSt 52, 307, 313; vom 17. Juli 2009 - 5 StR 394/08, insoweit in BGHSt 54, 44 nicht abgedruckt; Beschlüsse vom 23. Dezember 1952 - 2 StR 612/52, BGHSt 4, 1, 4; vom 1. Juni 1977 - KRB 3/76, BGHSt 27, 196, 202); es genügt mithin das Bewusstsein, die Handlung verstoße gegen irgendwelche, wenn auch im Einzelnen nicht klar vorgestellte gesetzliche Bestimmungen (BGH, Beschluss vom 4. November 1957 - GSSt 1/57, BGHSt 11, 263, 266). 34

Der vom Tatgericht gezogene Schluss, die der festgestellten Praxis diametral entgegenstehenden Formulierungen in den Mitarbeiterverträgen belegten, dass die Angeklagten mit der Möglichkeit einer Strafbarkeit rechneten, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Dem steht auch nicht entgegen, dass im Tatzeitraum zivilrechtliche Urteile von Amts- und Landgerichten einen Verstoß gegen § 16 Abs. 2 UWG mangels Verbrauchereigenschaft der Interessenten verneinten. Die Aussagekraft dieser Entscheidungen war schon dadurch vermindert, dass für das den Einzelfall beurteilende Zivilgericht das sich nur aus einer Gesamtbetrachtung erschließende System der progressiven Kundenwerbung praktisch nicht zu erkennen war. Zudem waren die Angeklagten - wie das Landgericht in den Urteilsgründen im Einzelnen ausgeführt hat - durch zahlreiche strafrichterliche Entscheidungen vorgewarnt, die eine Strafbarkeit inzident 35

bejahten. Das von den Angeklagten verfolgte System der progressiven Kundenwerbung war jedenfalls darauf ausgerichtet, eine von ihnen so verstandene rechtliche Grauzone auszunutzen. Dies setzt dann aber regelmäßig eine gedankliche Auseinandersetzung mit den Grenzen strafbaren Verhaltens voraus und schließt, wenn höchstrichterliche Entscheidungen noch nicht vorliegen, jedenfalls die Möglichkeit mit ein, sich bei einer Fehlinterpretation der Gesetzeslage strafbar zu machen (BVerfG - Kammer -, NJW 2006, 2684, 2686; BGH, Urteil vom 8. Dezember 2009 - 1 StR 277/09, BGHSt 54, 243, 258). Dass die Angeklagten selbst von einer erheblichen Wahrscheinlichkeit einer Strafbarkeit ihres Verhaltens ausgingen, zeigen gerade auch ihre Bemühungen, sowohl in vorformulierten Bewerbungsbögen als auch in Vertriebsmitarbeiterverträgen die tatsächliche Kopplung von Seminarerwerb und Mitarbeit bei der Firma PPV zu verschleiern (vgl. dazu BGH, Urteil vom 15. August 2002 - 3 StR 11/02, NJW 2002, 3415, 3417).

5. Keinen Bestand hat das landgerichtliche [Urteil] nur insoweit, als bei den Angeklagten H., L., Ka., Her. und Keu. die Vollstreckung der verhängten Freiheitsstrafen nicht zur Bewährung ausgesetzt wurde. Die Strafkammer begründet dies damit, dass die Angeklagten bis zum Plädoyer der Staatsanwältin eine entsprechende Tätigkeit fortgesetzt hätten. Dieser Gesichtspunkt trägt unter der hier gegebenen besonderen Voraussetzung, dass die Praxis der Zivilgerichte und der Strafverfolgungsbehörden zu den hier zu entscheidenden Fragen durchaus ambivalent gewesen ist, die Versagung einer Strafaussetzung zur Bewährung nicht. Zudem haben auch diese Angeklagten jedenfalls nach dem ersten Plädoyer der Staatsanwältin ihre Tätigkeit eingestellt. Dies weist darauf hin, dass sie sich allein die strafgerichtliche Verurteilung zur Warnung dienen lassen werden. 36

Der Senat setzt bei diesen - sämtlich unbestraften und sozial eingeordneten - Angeklagten die Vollstreckung der Freiheitsstrafe zur Bewährung aus. Es sind keine Umstände ersichtlich, die bei ihnen eine Versagung der Strafaussetzung zur Bewährung rechtfertigen könnten, die vom Landgericht bei einem Mitangeklagten ohne weiteres auch für eine Freiheitsstrafe über einem Jahr nach § 56 Abs. 2 StGB gewährt worden ist. 37

Die hierzu erforderlichen Nebenentscheidungen werden dem Landgericht übertragen. 38