

1. Einleitung

Wir befinden uns in einer schnelllebigen Zeit, in der technische Neuerungen bzw immer neue Geschäftsideen unseren Alltag beeinflussen. Was auf der einen Seite neue Möglichkeiten im Alltag eröffnet, stellt die Rechtsprechung, die Gesetzgebung und jeden einzelnen Rechtsanwender mitunter vor immer neue Herausforderungen.

Wie noch nie zuvor ist es das Internet, das unser tagtägliches Leben prägt, sei es nun durch die Nutzung von Streaming-Diensten, die das klassische Fernsehen verdrängen, die Abwicklung von Banküberweisungen über Apps oder das ständige In-Kontakt-Stehen mit Freunden, Bekannten und Familie über Social Networks. Im Rahmen dieser Dissertation soll aber insbesondere die zunehmende Tendenz zum Online-Glücksspiel aus wettbewerbsrechtlicher wie europarechtlicher Sicht beleuchtet werden. Bereits seit tausenden von Jahren wird in verschiedenen Kulturen Glücksspiel betrieben. So versuchte man sich schon im Mittelalter und in der frühen Neuzeit an einer Abgrenzung von Glücksspielen auf der einen Seite und Geschicklichkeitsspielen bzw gemischten Spielen auf der anderen Seite. Maßgeblich für Glücksspiel ist seit jeher, dass ein Einsatz notwendig ist und zudem ein aleatorisches Element vorliegt, der Ausgang des Spiels daher vom Zufall abhängt. Im Mittelalter herrschte eine gewisse Skepsis gegenüber Glücksspielen, was auch mit der Angst der Landesfürsten begründet war, dass Untertanen ihre Steuern nicht mehr zahlen könnten, wenn sie ihr hart verdientes Geld in Glücksspielen verloren. Daneben wurde Glücksspiel mitunter auch aufgrund moralischer Überlegungen kritisch gesehen. Auf der anderen Seite erkannte man natürlich das Potential, das Glücksspiel bietet. So können durch Besteuerung der Einnahmen von Glücksspielbetreibern beträchtliche Beträge erzielt werden.¹

Ausführungen zur Entstehung des staatlichen Glücksspiels selbst müssen an dieser Stelle unterbleiben, zumal die Anfänge des Glücksspiels nicht dokumentiert sind.² Diese Arbeit soll nicht die Geschichte des Glücksspiels beleuchten, sondern vielmehr die modernsten Aspekte des Glücksspiels – das Online-Glücksspiel. Es ist mittlerweile nicht mehr notwendig, Casinos aufzusuchen, um Roulette zu spielen,

1 Näther, *Zur Geschichte des Glücksspiels* unter <https://www.uni-hohenheim.de/fileadmin/einrichtungen/gluecksspiel/Forschungsarbeiten/Naether.pdf>, 2, 3 (4.12.2017).

2 Hautmann, Spielerlust und Europarecht, in Leidenmühler (Hrsg), Recht und Praxis der EU, Band 2, 15.

an Pokertischen zu sitzen oder, um einarmige Banditen zu bedienen. Wie vieles in der heutigen Zeit ist auch das Glücksspiel zunehmend digitalisiert. Das Internet bietet die Möglichkeit, von zu Hause aus an großen Pokerturnieren teilzunehmen, Sportwetten zu tätigen oder gar Roulette zu spielen. Rasante technologische Fortschritte machen es erforderlich, bereits erarbeitete und oft über viele Jahre angewandte Normen oder Judikatur zu hinterfragen und so die rechtlichen Rahmenbedingungen immer wieder aufs Neue abzustecken.³ In vielen Länder der Europäischen Union – so auch in Österreich – werden zum Schutz vor den negativen sozialen, gesundheitlichen und gesellschaftlichen Auswirkungen des Glücksspiels oftmals strenge nationale Regelungen erlassen, die den Betrieb von Glücksspiel an schwer zu erlangende Konzessionen knüpfen. So sieht auch das österreichische Glücksspielgesetz ein Konzessionsmodell vor, das jegliches Anbieten von Glücksspiel an – für ausländische Interessenten schwer zu erlangende – Konzessionen bindet. Ergänzt wird dies durch die Strafbestimmung des § 168 StGB, die die Veranstaltung oder die gewerbsmäßige Beteiligung von bzw an konzessionslosem Glücksspiel unter Strafe stellt.⁴ Die einzige zu erlangende Konzession für Online-Glücksspiel hält bis 2027 die Österreichische Lotterien GmbH, die somit unter dem Webauftritt „win2day“ das einzige tatsächlich in Österreich konzessionierte Online-Glücksspiel betreiben darf.⁵

Schon an dieser Stelle sei erwähnt, dass sich Online-Glücksspiel nicht mehr bloß auf Online-Pokerrooms, Roulette oder einarmige Banditen erstreckt, sondern von den Glücksspielanbietern immer neue Methoden gefunden werden, neue Mitglieder für Spielsysteme zu gewinnen, welche auf demselben Prinzip beruhen: Durch die Teilnahme an „Partnerprogrammen“ steigt man in ein System ein, welches darauf ausgelegt ist, neue Mitglieder für dieses System anzuwerben, die selbst wiederum versuchen, neue Mitspieler anzuwerben. Der Grund für diese Bereitschaft, neue Spieler zu finden, liegt darin, dass abhängig davon, wie viele Spieler angeworben werden bzw sich in der zeitlichen Hierarchie unter dem anwerbenden Spieler befinden, monatlich Vergütungen erzielt werden können. Diese Vergütung ist ein prozentualer Anteil am Umsatz des Glücksspielunternehmens, wobei zur Berechnung dieses prozentualen Anteils im Regelfall jedoch nicht das gesamtwirtschaftliche Ergebnis des Unternehmens herangezogen wird, sondern nur jener Teil des Umsatzes, der auf – vom jeweiligen Vergütungsempfänger angeworbene – Teilnehmer zurückzuführen ist. Diese Systeme stellen Probleme in zweierlei Hinsicht dar: Zum einen sehen Spieler diese Systeme oftmals nicht als Nebenaspekt zu Glücksspiel an, sondern nutzen diese Systeme, um schnell

3 Zu den besonderen Gefahren, die vom Online-Glücksspiel ausgehen, Adams/Fiedler, Zur Notwendigkeit des Verbots von Internetglücksspielen, ZfWG 2008, 232 ff.

4 Nach hM stellt eine erteilte Konzession nach dem GSpG einen Rechtfertigungsgrund für die Veranstaltung von Glücksspiel dar; dazu Stricker in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 35. Lfg (2016), § 168, Rn 96.

5 <https://www.bmf.gv.at/steuern/gluecksspiel-spielerschutz/in-oesterreich/gspg-konzessionaere.html> (4.12.2017).

hohes Einkommen zu erzielen, wobei dabei selbstverständlich – aufgrund der Kombination derartiger Systeme mit Glücksspiel – mitunter große Risiken eingegangen werden, die zu erheblichen finanziellen Verlusten führen können. Der Bruchteil derjenigen, die daran deutlich verdienen, ist gemessen an der Gesamtpielerzahl gering, was dem Aufbau derartiger Systeme geschuldet ist. Die Attraktivität dieser Systeme, die auch für die Risikobereitschaft der Spieler sorgt, liegt darin begründet, schnell und ohne großen Aufwand das eigene Geld vermehren zu wollen. Gerade in einer Zeit wie heute, in der Sparprodukte der Banken oftmals nicht die gewünschten Gewinne ermöglichen, suchen sich Menschen Alternativen, die schneller zu mehr Geld bei gleichzeitiger Steigerung der Freizeit führen sollen.

Das zweite Problem – welches auch diese Arbeit zum Thema hat – ist ein rechtliches. Immer dann, wenn von einem Kunden/Spieler neue Kunden/Spieler angeworben werden sollen – für welchen Fall Vergütungen in Aussicht gestellt werden –, gilt es, eine genaue rechtliche Analyse hinsichtlich wettbewerbsrechtlicher Verstöße durchzuführen, da der Verdacht unzulässiger Systeme zur Absatzförderung etwa nach dem Schneeballsystem im Raum steht. Bedingt dadurch, dass vermehrt im Online-Glücksspiel-Bereich derartige Systeme angeboten werden, ist es unbedingt erforderlich, zusätzlich zu wettbewerbsrechtlichen und mitunter strafrechtlichen Bestimmungen auch das österreichische Glücksspielrecht und insbesondere auch die Judikatur des EuGH zum Online-Glücksspiel in die Betrachtung mit einzubeziehen. Letzteres ergibt sich insbesondere daraus, dass viele Glücksspielplattformen mit Glücksspielkonzessionen arbeiten, die sie in EU-Mitgliedstaaten erwerben, die innerhalb Europas – verglichen etwa mit den strengen österreichischen Bestimmungen – an sehr geringe Anforderungen geknüpft sind,⁶ und dann über das Internet unter Stützung auf die Niederlassungsfreiheit des Art 56 AEUV ihre Dienste in der Europäischen Union anbieten und dadurch strengere Konzessionsbestimmungen umgehen. Inwiefern dieses Vorgehen rechtmäßig ist, wird unten noch im Rahmen der Analyse der EuGH-Rechtsprechung zum Online-Glücksspiel erörtert.

Nach diesen einleitenden Worten soll in weiterer Folge eine kurze Schilderung des konkreten Problems und der zu untersuchenden Forschungsfrage erfolgen.

Konkret sieht die Ausgestaltung derartiger Glücksspielsysteme wie folgt aus. Auf entsprechenden Homepages diverser Anbieter ist ein eigener Account anzulegen, der in der Regel aber nur das Spielen klassischer Glücksspiele wie etwa Poker, Roulette etc ermöglicht. Zusätzlich besteht allerdings die Möglichkeit, an Partnerprogrammen teilzunehmen, die allerdings nicht dahingehend verstanden werden können, dass ein Anteil an einem Glücksspielunternehmen erworben wird, sondern im

⁶ Kreuzmair nennt etwa Gibraltar, Malta, die Isle of Man und Costa Rica; Kreuzmair, Die wesentlichen Neuerungen durch die GSpG-Novellen 2008 und 2010, ecolex 2010, 909.

Rahmen des Partnerprogrammes die Möglichkeit besteht, dass Teilnehmer an den Umsätzen des Glücksspielunternehmens partizipieren, die wiederum aus den Beträgen jener Spieler finanziert werden, die vom jeweiligen Teilnehmer im Partnerprogramm angeworben wurden. Dabei ist im Regelfall entweder ein Einstiegspaket gegen Entgelt zu erwerben oder es werden gewisse Mindesteinsätze im Glücksspiel selbst gefordert. Die Mitgliedschaft in einem Partnerprogramm ermöglicht nicht nur den Zugriff auf das Glücksspielangebot selbst, vielmehr wird auch die Möglichkeit freigeschaltet, weitere Mitspieler anzuwerben, was wiederum die erzielbare Vergütung des anwerbenden Spielers erhöht. Die Problematik, die sich durch die Funktionsweise derartiger Systeme ergibt, ist, dass sie den Verdacht erwecken, in Wirklichkeit illegale Systeme zur Absatzförderung zu sein. Es gibt bereits zahlreiche Warnungen etwa der Arbeiterkammer und auch eine Anklage durch die Staatsanwaltschaft Graz, wobei bislang – soweit ersichtlich – allerdings noch keine konkreten Ergebnisse hervorgebracht werden konnten.⁷ Die Betreiber derartiger Plattformen stützen sich häufig darauf, dass sie legales Multi-Level-Marketing betreiben, das grundsätzlich rechtlich erlaubt ist, aber von illegalen Systemen zur Absatzförderung mitunter schwer abzugrenzen ist.

In weiterer Folge wird kurz dargestellt, was Pyramidenspiel und Schneeballsystem/Pyramidensystem einerseits und Multi-Level-Marketing andererseits sind und auch, wodurch sie sich voneinander unterscheiden. Dabei wird auch auf die zwei bisher ergangenen Entscheidungen des EuGH zu Systemen zur Absatzförderung eingegangen. Die wesentlichen Aspekte dieser Entscheidungen werden in weiterer Folge im Rahmen der rechtlichen Beurteilung der geschilderten Systeme behandelt.

1.1. Schneeballsystem

Bei Schneeballsystemen wird Kunden gem § 27 Abs 2 UWG die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen unter der Bedingung zugesichert, dass der Kunde mittels übergebener Scheine oder aufgrund entsprechender Anweisung neue Kunden für das System gewinnt. Die entsprechenden Verträge werden dabei zwischen dem hinzutretenden Kunden und dem Unternehmen geschlossen. Dabei ist ein unbedingtes Entgelt zu leisten, wobei im Gegenzug die Pflicht zur Gegenleistung (Ware oder Dienstleistung) dadurch bedingt ist, dass vom Kunden noch weitere Teilnehmer dem Betreiber des Schneeballsystems oder einem Dritten zugeführt werden, die mit dem Betreiber wiederum einen gleichartigen Vertrag schließen.⁸ Z 14 des Anhangs I zur UGP-RL knüpft nicht den Erhalt der Hauptleistung an die Bedingung des Anwerbens neuer Teilnehmer,

7 Arbeiterkammer versus Lopoca: „Nugget Game“-Werbebrief kein Einzelfall, vorarlberg online Artikel vom 12.12.2015 unter <http://www.vol.at/arbeiterkammer-versus-lopoca-nugget-game-werbebrief-kein-einzelfall/4547822> (1.11.2017); <https://www.profil.at/wirtschaft/gluecksspiel-fuer-online-anbieter-lopoca-6015547> (22.9.2018).

8 Kucsko in Wiebe/Kodek, UWG² § 27, Rz 10.

sondern den Erhalt einer Vergütung. Das maßgebliche Charakteristikum derartiger Systeme ist, dass das Anwerben eine Bedingung ist, selbst Einkommen zu erzielen bzw die Hauptleistung zu erhalten.⁹ Obwohl also durch Schneeballsysteme der Vertrieb von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen erfolgen soll, ist wesentlicher Kern die Erzielung von Gewinnen durch die Teilnehmer durch das Anwerben weiterer Teilnehmer. Darin liegt auch ein maßgeblicher Abgrenzungspunkt zum zulässigen Multi-Level-Marketing (siehe unten).

Schneeballsysteme sind unlauter und gemäß § 27 UWG bzw § 2 Abs 2 UWG iVm Z 14 des Anhangs zum UWG iVm § 1 UWG unzulässig. Die Unlauterkeit wird darin gesehen, dass es zwangsläufig zu einer Marktverstopfung kommt, die es später hinzustoßenden Kunden nicht mehr ermöglicht, mit entsprechenden Gewinnen am System zu partizipieren. Diese später hinzutretenden Kunden verlieren zwangsläufig ihren Einzahlungsbetrag, den sie auch nicht mehr mit eigenen Gewinnen aus dem System ausgleichen können.¹⁰ Dies liegt darin begründet, dass sich irgendwann keine neuen Teilnehmer für das System finden lassen, was aber eben eine Notwendigkeit darstellt, um selbst Einkommen zu erzielen.

1.2. Exkurs: Pyramidensystem

Ein Pyramidensystem weist im Prinzip dieselben Merkmale wie ein Schneeballsystem auf, allerdings wird hier der Vertrag nicht zwischen Unternehmen und Kunden, sondern zwischen den Anwerbenden selbst und den Angeworbenen geschlossen.¹¹ Unter wettbewerbsrechtlichen Aspekten sind Schneeballsysteme und Pyramidensysteme jedenfalls nach den Vorgaben der UGP-RL grundsätzlich gleich zu beurteilen, wie unten noch näher dargestellt wird. Pyramidensysteme sind – ebenso wie Schneeballsysteme – nach denselben Grundsätzen und unter denselben Voraussetzungen unzulässig. Erforderlich ist auch hier, dass es zumindest einen Zusammenhang mit dem Vertrieb von Waren bzw der Erbringung von Dienstleistungen gibt.¹² Klassische (Geld-)Pyramidenspiele – die rein auf Geldeinsatz basieren und keinen Warenvertrieb zum Inhalt haben – fallen nicht unter die Bestimmungen des UWG.¹³

9 *Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb*, Unverbindliche lauterkeitsrechtliche Übersicht zu Schneeballsystemen und Pyramidenspielen mit einer Abgrenzung zum (zulässigen) Multilevelmarketing, 2, abrufbar unter <https://www.wko.at/branchen/handel/direktvertrieb/Stellungnahme-Schneeball-und-Pyramidensysteme-27.2.15.pdf> (23.7.2017).

10 Enzinger, Lauterkeitsrecht (2012), Rz 339.

11 Kucsko in Wiebe/Kodek, UWG² § 27, Rz 22.

12 *Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb*, Unverbindliche lauterkeitsrechtliche Übersicht zu Schneeballsystemen und Pyramidenspielen mit einer Abgrenzung zum (zulässigen) Multilevelmarketing, 2, abrufbar unter <https://www.wko.at/branchen/handel/direktvertrieb/Stellungnahme-Schneeball-und-Pyramidensysteme-27.2.15.pdf> (23.7.2017).

13 *Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb*, Unverbindliche lauterkeitsrechtliche Übersicht zu Schneeballsystemen und Pyramidenspielen mit einer Abgrenzung zum (zulässigen) Multilevelmarketing, 3, abrufbar unter <https://www.wko.at/branchen/handel/direktvertrieb/Stellungnahme-Schneeball-und-Pyramidensysteme-27.2.15.pdf> (23.7.2017).

1.3. Pyramidenspiel

Ein Pyramidenspiel unterscheidet sich von Schneeballsystemen bzw Pyramiden-systemen dadurch, dass rein das Anwerben neuer Teilnehmer im Mittelpunkt steht, es werden keine Waren oder Dienstleistungen ausgetauscht, maßgeblich ist allein der Geldeinsatz.¹⁴ Typisch für Pyramidenspiele ist ebenso wie für Pyramiden-systeme, dass neu hinzutretende Spieler Verträge nicht mit dem Unterneh-men abschließen, sondern mit dem Spieler, der sie angeworben hat. Dies setzt sich dauerhaft fort, solange neue Spieler angeworben werden, wodurch letztlich eine „Pyramide“ – gebildet aus Verträgen – entsteht.¹⁵ Diesen Spielen ist wesent-lich, dass die bloße Chance auf Gewinne in Form von Vermögensvorteilen einge-räumt wird, wobei deren Realisierung allein von dem Beitritt und der Einsatzleis-tung weiter hinzukommender Teilnehmer abhängt. Diese weiteren Spieler sollen von den „Alt-Spielern“ angeworben werden. Pyramidenspiele fallen zwar per se nicht unter die Bestimmungen des UWG,¹⁶ sind allerdings strafbar nach § 168a StGB. Weiters kommt für Betreiber bzw Vermittler solcher Systeme unter Um-ständen auch eine Strafbarkeit wegen Betruges in Betracht, nämlich immer dann, wenn Irreführung über die Einhaltung der Spielbedingungen oder das Risiko bzw den Spielstand betrieben wird.¹⁷

Sollte allerdings ein derartiges Pyramidenspiel zusätzlich auch Aspekte eines Schnee-ballsystems aufweisen, kann es zu einer Anwendung der Bestimmungen des UWG neben jenen des StGB kommen.¹⁸

1.4. Multi-Level-Marketing

Streng von den bisher dargestellten Systemen bzw Spielen abzugrenzen ist das so-genannte Multi-Level-Marketing. Die Abgrenzung zwischen Multi-Level-Marke-teting und einem gerichtlich strafbaren Pyramidenspiel erfolgt im Wesentlichen dadurch, dass bei einem Pyramidenspiel der Vertrieb von Waren bzw die Erbrin-gung von Dienstleistungen keine Rolle spielt, sondern lediglich eine Vermehrung

14 *Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb*, Unverbindliche lauterkeitsrechtliche Übersicht zu Schneeballsystemen und Pyramidenspielen mit einer Abgrenzung zum (zulässigen) Multilevelmarketing, 3, abrufbar unter <https://www.wko.at/branchen/handel/direktvertrieb/Stellungnahme-Schneeball-und-Pyramidensysteme-27.2.15.pdf> (23.7.2017).

15 Kucke in Wiebel/Kodek, UWG² § 27, Rz 14.

16 Wiltschek, MSA UWG³ (2013), Anhang Rn 17.

17 *Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb*, Unverbindliche lauterkeitsrechtliche Übersicht zu Schneeballsystemen und Pyramidenspielen mit einer Abgrenzung zum (zulässigen) Multilevelmarke-teting, 3, abrufbar unter <https://www.wko.at/branchen/handel/direktvertrieb/Stellungnahme-Schneeball-und-Pyramidensysteme-27.2.15.pdf> (23.7.2017); Stricker in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, Salz-burger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 35. Lfg, § 168a, Rz 82 ff.

18 *Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb*, Unverbindliche lauterkeitsrechtliche Übersicht zu Schneeballsystemen und Pyramidenspielen mit einer Abgrenzung zum (zulässigen) Multilevelmarke-teting, 3, abrufbar unter <https://www.wko.at/branchen/handel/direktvertrieb/Stellungnahme-Schneeball-und-Pyramidensysteme-27.2.15.pdf> (23.7.2017).

des eingezahlten Geldes durch Zuführung weiterer (einzahlender) Spieler zum System zu denselben Bedingungen – also auch mit der Möglichkeit, den eigenen Gewinn durch Anwerben neuer Spieler zu vermehren – erfolgen soll.¹⁹

Ist die Abgrenzung zwischen Multi-Level-Marketing und illegalem Pyramiden-spiel noch relativ unproblematisch, stellt sich jene zwischen Multi-Level-Marke-tинг und einem Schneeballsystem (oder auch Pyramiden-system) schwieriger dar. Beide Systeme bezwecken den Vertrieb von Waren bzw die Erbringung von Dienstleistungen, doch handelt es sich beim Multi-Level-Marketing um ein Sys-tem, bei dem die Warenabnehmer zugleich Vertriebspartner sind und selbst wieder weitere Vertriebspartner anwerben können, aber nicht müssen. Sie parti-zipieren dann an den Umsätzen der angeworbenen Vertriebspartner, aber ver-dienen grundsätzlich nicht an der Anwerbung selbst. Der Schwerpunkt der Tätig-keit liegt dabei klar im Verkauf der Produkte an Letztverbraucher. Schneeball-systeme haben ebenso den Vertrieb von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen zum Zweck, im Kern aber die Möglichkeit zum Inhalt, durch Anwerben weiterer Teilnehmer Gewinne zu erzielen; es stehen also das Anwerben von Neukunden und die damit verbundene Erzielung von Gewinnen im Vordergrund. Bedingt durch diese sehr ähnliche Ausrichtung und den Unter-schieden im Detail ist oftmals eine genaue Prüfung eines vorliegenden Systems im Einzelfall erforderlich.²⁰

„Beim Multi-Level-Marketing gibt es keine unbegründeten Abnahme- oder Einfüh-rungspflichten, es gibt keine zwingende Bedingung, neue Mitglieder anzuwerben, um selbst Gewinne erzielen zu können, etwaige Kunden haben Gewährleistungs-rechte bzw. Rückgaberechte für nicht abgenommene Waren und der mögliche Eigen-erwerb eines Beraters ist provisions- bzw. aufstiegsneutral.“²¹

Eine weitere mögliche Abgrenzungsfrage könnte sein, ob der Abnehmer die Ware überhaupt übernommen hätte, wenn er nicht am Anwerben neuer Kunden profi-tieren würde. Bejaht man diese Frage, könnte ein Multi-Level-Marketing vorlie-gen, verneint man die Frage, ein Schneeballsystem. Ebenso spricht für ein Schneeballsystem, wenn sich die eingezahlten Beiträge de facto nur über Provisionen amortisieren lassen, die nur durch das Anwerben neuer Teilnehmer erworben

19 Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb, Unverbindliche lauterkeitsrechtliche Übersicht zu Schneeballsystemen und Pyramidenspielen mit einer Abgrenzung zum (zulässigen) Multilevelmarke-tинг, 3, abrufbar unter <https://www.wko.at/branchen/handel/direktvertrieb/Stellungnahme-Schnee-ball-und-Pyramiden-systeme-27.2.15.pdf> (23.7.2017).

20 Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb, Unverbindliche lauterkeitsrechtliche Übersicht zu Schneeballsystemen und Pyramidenspielen mit einer Abgrenzung zum (zulässigen) Multilevelmarke-tинг, 3, abrufbar unter <https://www.wko.at/branchen/handel/direktvertrieb/Stellungnahme-Schnee-ball-und-Pyramiden-systeme-27.2.15.pdf> (23.7.2017).

21 Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb, Unverbindliche lauterkeitsrechtliche Übersicht zu Schneeballsystemen und Pyramidenspielen mit einer Abgrenzung zum (zulässigen) Multilevelmarke-tинг, 4, abrufbar unter <https://www.wko.at/branchen/handel/direktvertrieb/Stellungnahme-Schnee-ball-und-Pyramiden-systeme-27.2.15.pdf> (23.7.2017).

werden können.²² Da beim Multi-Level-Marketing die einzelnen Vertriebspartner an den Umsätzen der angeworbenen Vertriebspartner partizipieren, aber nicht am Anwerben neuer Partner selbst, ist die Anzahl an zeitlich einem Teilnehmer nachfolgenden Partnern nicht per se entscheidend dafür, in welchem Ausmaß der frühere Teilnehmer profitiert. Ein einzelner nachfolgender Vertriebspartner mit sehr viel Umsatz kann demnach „wertvoller“ sein als viele kleine Vertriebspartner mit insgesamt weniger Umsatz.

1.5. EuGH-Judikatur zum Schneeballsystem

Der EuGH musste sich in den Jahren 2012 bis 2014 in der Rechtssache C-515/12, *4finance*,²³ mit der Frage beschäftigen, wann ein unzulässiges Schneeballsystem vorliegt. Diese Entscheidung erging aufgrund eines Vorabentscheidungsersuchens, das vom obersten Verwaltungsgericht Litauens gestellt wurde und eine Auslegungsfrage hinsichtlich des Anhangs I Nr 14 der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/77/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken – UGP-Richtlinie) betraf. Dieser Anhang entspricht der Z 14 des Anhangs zum österreichischen UWG.²⁴ In dieser Rechtssache ging es um die lettische Gesellschaft *4finance* UAB, die kleine Kredite im Fernabsatz kurzfristig vergab. Zwischen 2010 und 2011 hatte diese Gesellschaft eine Werbekampagne gestartet, die Verbrauchern für das Anwerben weiterer Teilnehmer für das System eine bestimmte Vergütung versprach, die eben hauptsächlich für das Anwerben selbst versprochen wurde und nicht für den Vertrieb oder den Verbrauch von Waren.²⁵ Das Verbot der Schneeballsysteme fußt in sämtlichen Sprachfassungen des Anhangs I Nr 14 der Richtlinie 2005/29 nach dem EuGH auf denselben drei gemeinsamen Voraussetzungen:

1. Eine solche Absatzförderung basiert auf der Zusage, dass der Verbraucher die Möglichkeit haben wird, einen wirtschaftlichen Vorteil zu erlangen.
2. Die Einhaltung dieser Zusage ist wiederum davon abhängig, dass weitere Verbraucher in das System eingeführt werden.
3. Der Großteil der Einkünfte, mit denen die den Verbrauchern zugesagte Vergütung finanziert werden kann, stammt nicht aus einer tatsächlichen wirtschaftlichen Tätigkeit.²⁶

22 *Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb*, Unverbindliche lauterkeitsrechtliche Übersicht zu Schneeballsystemen und Pyramidenspielen mit einer Abgrenzung zum (zulässigen) Multilevelmarketing, 4, abrufbar unter <https://www.wko.at/branchen/handel/direktvertrieb/Stellungnahme-Schneeball--und-Pyramidensysteme-27.2.15.pdf> (23.7.2017).

23 EuGH, Rs C-515/12, *4finance*, ECLI:EU:C:2014:211.

24 *Woller*, EuGH zum Schneeballsystem, ecolex 2014, 726.

25 EuGH, Rs C-515/12, *4finance*, ECLI:EU:C:2014:211, Rn 10.

26 EuGH, Rs C-515/12, *4finance*, ECLI:EU:C:2014:211, Rn 20.

Ein Absatzförderungssystem muss mangels tatsächlicher wirtschaftlicher Tätigkeit – welche die den Verbrauchern zugesagten Vergütungen finanzieren würde – zwangsläufig darauf aufbauen, dass die Beiträge der später hinzutretenden Teilnehmer die in Aussicht gestellten Vergütungen der älteren Teilnehmer abdecken. Dabei stellt sich ein Wechselspiel dar; die Möglichkeiten eines Teilnehmers, in einem solchen System Gewinne zu erzielen, ist wiederum davon abhängig, welche Kosten die nach ihm eintretenden Teilnehmer zu tragen haben.²⁷

Es handelt sich nach der Entscheidung des EuGH dann um ein Schneeballsystem, wenn für den weiteren Fortbestand des Systems die Zuführung immer weiterer Teilnehmer nötig ist, um jene Vergütungen zu finanzieren, die den vorher beigetretenen, sich schon länger im System befindlichen Teilnehmern ausgezahlt werden. Daraus resultiert aufgrund des begrenzt vorhandenen Teilnehmerpools selbstverständlich auch, dass die Wahrscheinlichkeit für die zuletzt beigetretenen Verbraucher, eine Vergütung zu erhalten, wesentlich geringer ist als jene der früher in das System eingestiegenen Verbraucher. Ein derartiges System kann nie ewig bestehen, da irgendwann neue potentielle Spieler fehlen, die durch ihre Beiträge das System am Leben halten könnten. Es bräuchte eine bis ins Unendliche exponentiell steigende Anzahl an Spielern. Je mehr Spieler im System sind, desto mehr neuer Spieler bedarf es, um Gewinne lukrieren zu können. Je mehr Spieler aber bereits im System sind, desto weniger neue Spieler werden sich finden lassen, was den Untergang eines derartigen Systems noch zusätzlich beschleunigt. So hat es der EuGH gesehen, der festgehalten hat, dass solche Systeme naturgemäß dann zusammenbrechen, wenn es nicht mehr genügend potentielle neue Teilnehmer gibt, die durch ihren Beitrag wiederum die zugesagten Vergütungen der früheren Teilnehmer bezahlen.²⁸ Ganz allgemein wird bei solchen Systemen nach einer Phase des rasanten Anstiegs an Teilnehmerzahlen und ausgeschütteten Gewinnen ein Punkt erreicht, an dem diese Leistungskurve zunächst stagniert, bis das System dann letztendlich aufhört zu funktionieren – was der Funktionsweise des Systems selbst geschuldet ist. Daraus ergibt sich auch das oben angesprochene Risiko, das insbesondere Leute trifft, die derartige Spiele als tatsächliche Einkommensquelle sehen. Bedingt dadurch, dass man für maximalen Gewinn möglichst früh „einstiegen“ muss, wird es relativ wenig Erfahrungswerte geben, ob das System erfolgreich sein wird oder nicht, sprich, ob es regen Zulauf und viele Teilnehmer für sich gewinnen kann. Will man in ein erfolgreiches System einsteigen, ist schwer abzuschätzen, wie lange es noch bis zur Stagnation dauern wird, das heißt, wann das Spielerpotential abgeschöpft ist und damit auch die Wahrscheinlichkeit für eigene Gewinne schwindet.

Für die Qualifikation als Schneeballsystem ist es laut EuGH zudem auch erforderlich, dass die Teilnehmer einen gewissen finanziellen Beitrag entrichten;²⁹ dieser

27 EuGH, Rs C-515/12, *4finance*, ECLI:EU:C:2014:211, Rn 21.

28 EuGH, Rs C-515/12, *4finance*, ECLI:EU:C:2014:211, Rn 22.

29 EuGH, Rs C-515/12, *4finance*, ECLI:EU:C:2014:211, Rn 23; Alexander, Die Rechtsprechung des EuGH zur Richtlinie 2005/29/EG in den Jahren 2013 und 2014, WRP 2015, 292.

1. Einleitung

finanzielle Beitrag, diese Eintrittsschwelle, ist ein wesentlicher Baustein eines Schneeballsystems, ein konstitutives Element.³⁰

Im Rahmen der Rechtssache C-515/12 stellte das oberste Verwaltungsgericht Litauens unter anderem auch die Vorlagefrage, ob die Höhe des vom Teilnehmer zu leistenden Beitrags eine Auswirkung hinsichtlich der Einstufung eines Systems als Schneeballsystem hat oder nicht.³¹ Die Kunden hatten nämlich 0,01 LTL³² überweisen müssen, was der geringste technisch überweisbare Betrag in Litauen ist.³³ Der EuGH hielt in diesem Zusammenhang fest, dass es keine Mindesthöhe gibt, die der einzuzahlende Betrag erreichen muss, um tatbestandsmäßig zu werden. Vielmehr reicht aus Gründen der Rechtssicherheit jeglicher Betrag aus, um als Beitrag im Sinne des Anhangs I Nr 14 der Richtlinie 2005/29 angesehen werden zu können.³⁴

Ein Absatzförderungssystem kann auch nur dann als Schneeballsystem qualifiziert werden, wenn ein Zusammenhang zwischen den bezogenen Vergütungen der bereits teilnehmenden Verbraucher und den eingezahlten Beiträgen der neuen Teilnehmer besteht.³⁵ Dies leitet der EuGH aus dem Wortlaut der meisten Sprachfassungen des Anhangs I Nr 14 der Richtlinie 2005/29 ab, wonach die Finanzierung der für Verbraucher erzielbaren Vergütung „hauptsächlich“ oder „grundätzlich“ von jenen Beträgen abhängt, die von neu hinzukommenden Spielern eingezahlt werden.³⁶ Hiermit zieht auch der EuGH die bereits oben skizzierte schmale Trennlinie zwischen Schneeballsystem einerseits und Multi-Level-Marketing andererseits, da bei Letzterem die erzielbare Vergütung eben nicht hauptsächlich oder grundsätzlich von den später eingezahlten Beträgen abhängt, sondern am Umsatz des Vertriebspartners partizipiert wird, somit der erzielbare Gewinn an den Warenvertrieb als Kernelement geknüpft ist. Im Ergebnis verneinte der EuGH im gegebenen Fall das Vorliegen eines Schneeballsystems, da die versprochene Vergütung 20 LTL betrug, somit die Vergütungen aufgrund der geringen Höhe der von neuen Verbrauchern verlangten Beiträge in Höhe von 0,01 LTL nicht aus diesen Beiträgen finanziert worden sein konnten.³⁷

Mit dem Umfang des Begriffs „Zusammenhang“ zwischen Beiträgen einerseits und Vergütungen andererseits hatte sich der EuGH in einem weiteren Fall auseinander-

30 EuGH, Rs C-515/12, *4finance*, ECLI:EU:C:2014:211, Rn 25; *Fritzsche/Röntgen*, EuGH: Per-se-Verbot von Pyramidensystemen nur mit Verbraucherbeitrag, LMK 2014, 358227.

31 EuGH, Rs C-515/12, *4finance*, ECLI:EU:C:2014:211, Rn 15.

32 Litauische Litas.

33 EuGH, Rs C-515/12, *4finance*, ECLI:EU:C:2014:211, Rn 14.

34 EuGH, Rs C-515/12, *4finance*, ECLI:EU:C:2014:211, Rn 26; *Mäsch* bezeichnet dies als eine auf den ersten Blick merkwürdige Kompromissentscheidung; siehe *Mäsch*, Voraussetzungen eines unzulässigen Schneeballsystems, GRUR-Prax 2014, 232.

35 EuGH, Rs C-515/12, *4finance*, ECLI:EU:C:2014:211, Rn 27.

36 EuGH, Rs C-515/12, *4finance*, ECLI:EU:C:2014:211, Rn 28.

37 EuGH, Rs C-515/12, *4finance*, ECLI:EU:C:2014:211, Rn 33.

zusetzen. In der Rechtssache C-667/15, *Loterie Nationale*,³⁸ ging es um die Loterie Nationale, eine mit der Veranstaltung öffentlicher Lotterien betraute Aktiengesellschaft öffentlichen Rechts mit Sitz in Belgien, die gegen Paul Adriaensen, Werner De Kesel und The Right Frequency VZW einen Rechtsstreit führte. Konkret ging es um das von diesen Personen betriebene System „lucky4all“ und die dafür durchgeführte Werbung. Dabei handelte es sich vereinfacht ausgedrückt um ein System, bei dem in größeren Gruppen gemeinsam an der Lotterie der Loterie Nationale teilgenommen wurde. Bei der Anmeldung zu diesem System waren 10 Euro für ein „Einstiegspaket“ zu zahlen und weitere 43 Euro pro Monat, welche den Kauf von Lottoscheinen für die entsprechende Gruppe finanzierten.³⁹ Eine vollständige Gruppe dieses Systems war als Pyramide aufgebaut, die acht Ebenen aufwies. Pro Woche konnte jeder Spieler zehn Lottokombinationen auswählen, insgesamt konnte eine vollständige Gruppe auf diese Weise 9.841 Kombinationen gleichzeitig spielen, was die Gewinnchancen deutlich steigern sollte.⁴⁰ Die Lottoscheine wurden anschließend gemeinsam von einem Vertreter des Systems abgegeben. Auch die Verteilung eines etwaigen Gewinns war im Vorfeld festgelegt. 50 % des Gesamtwinns erhielt der Gewinner einer Kombination, 40 % wurden auf die acht Ebenen der Pyramide aufgeteilt, die über jener des Gewinns lagen. Dabei war aber zu berücksichtigen, dass das System „lucky4all“ selbst vier Ebenen einnahm und erst ab der fünften Ebene Spieler in der Pyramide standen. Mit den verbleibenden 10 % wurden neue Kombinationen erworben. Letztlich wurden Gewinne über eine Million nicht an die Spieler ausgezahlt, mit dieser Grenze waren die Gewinne der Spieler gedeckelt.⁴¹ Diesbezüglich hat sich der EuGH mit dem Begriff des „Zusammenhangs“ auseinandersetzen müssen, den er in der Rechtssache C-515/12, *4finance*, aus dem Wortlaut des Anhangs I Nr 14 der Richtlinie 2005/29 herausgelesen hatte (siehe oben). Anzumerken ist, dass die übrigen zwei Voraussetzungen eines Schneeballsystems aus der Definition des EuGH in der Rechtssache C-515/12 nach Ansicht des vorlegenden Gerichts unproblematisch vorlagen. Nach der Definition des EuGH hinsichtlich des „Zusammenhangs“ muss die Finanzierung der von den Verbrauchern erzielbaren Vergütung „hauptsächlich“ oder „überwiegend“ von jenen Beiträgen abhängen, die von neu hinzukommenden Spielern eingezahlt werden. Die aufgeworfene Vorlagefrage bezog sich nun darauf, ob der Zusammenhang zwischen der Vergütung einerseits und den Beitragsleistungen der neu hinzutretenden Spieler andererseits ein unmittelbarer sein muss, das heißt, die Vergütung der älteren Spieler also hauptsächlich aus den Beiträgen der neuen Spieler direkt finanziert wird, oder ein mittelbarer Zusammenhang ausreichend ist. Im vorliegenden Pyramidenmodell wurden die eingezahlten Beiträge ja nicht direkt zur Finanzierung

³⁸ EuGH, Rs C-667/15, *Loterie Nationale*, ECLI:EU:C:2016:958.

³⁹ EuGH, Rs C-667/15, *Loterie Nationale*, ECLI:EU:C:2016:958, Rn 14.

⁴⁰ EuGH, Rs C-667/15, *Loterie Nationale*, ECLI:EU:C:2016:958, Rn 13.

⁴¹ EuGH, Rs C-667/15, *Loterie Nationale*, ECLI:EU:C:2016:958, Rn 14.