



Univ.-Prof. DDr. Peter Lewisch
Institut für Strafrecht und Kriminologie

1010 Wien, Schenkenstr.8
T +43-1-4277-34631
peter.lewisch@univie.ac.at
Wien, 28. August 2013

Herrn
RA MMag. Dr. Christopher Schrank
Brandl & Talos Rechtsanwälte GmbH
Mariahilfer Str 116
1070 Wien

Gutachten Lyoness Einkaufsgemeinschaft

Sehr geehrter Herr Kollege!

Im Zusammenhang mit der mir übersandten Anfrage betreffend eine strafrechtliche Beurteilung des Geschäftsmodells der Lyoness Europe AG und der Lyoness International AG (in der Folge: Lyoness) erstatte ich nachstehende

Rechtsgutachterliche Stellungnahme:

Das Lyoness-Geschäftsmodell ist strafrechtlich unbedenklich; es erfüllt insbesondere nicht den Tatbestand des Pyramidenspiels (§ 168a StGB).

Dazu im Einzelnen:

1. Sachverhalt

- a. Lyoness betreibt eine international tätige Einkaufsgemeinschaft. Diese basiert auf zwei Stützen, nämlich den Mitgliedern der Einkaufsgemeinschaft sowie den Partnerunternehmen.
- b. Das Geschäftsmodell sieht vor, den Mitgliedern der Einkaufsgemeinschaft (in der Folge auch „Kunden“) nach jedem Einkauf, den sie bei Partnerunternehmen von Lyoness tätigen, verschiedene Vergütungen zu gewähren. So bekommen die Mitglieder insbesondere nach ihrem Einkauf 1 bis 2% der Einkaufssumme sofort zurückbezahlt (sog „Sofortvergütung“).
- c. Den Mitgliedern stehen (laut Angaben von Lyoness) in 44 Ländern rund 29.000 Dienstleister und Händler als Partnerunternehmen unterschiedlicher Branchen zur Verfügung. Das Interesse der Partnerunternehmen, mit Lyoness einen Kooperationsvereinbarung abzuschließen und damit Teil der Ein-

kaufsgemeinschaft zu werden, besteht darin, durch die Vergütungen, die Lyoness ihren Kunden bietet, möglichst viele Lyoness-Mitglieder als Neukunden zu gewinnen.

- d. Die Mitgliedschaft bei der Lyoness-Einkaufsgemeinschaft ist kostenlos. Mitglieder haben weder eine Einschreibgebühr noch ein Mitgliedsbeitrag zu leisten. Das Rechtsverhältnis zwischen den Mitgliedern und Lyoness ist durch die Lyoness-AGB und der Anlage zu den AGB geregelt.¹ In allen Formularen weist Lyoness auf die Geltung der AGB hin. Darüber hinaus können die AGB auch auf der Homepage von Lyoness abgerufen werden.
- e. Das neue Mitglied erhält die sog. „CashbackCard“. Wenn das Mitglied bei einem Lyoness-Partnerunternehmen einkauft und die „CashbackCard“ vorweist, wird damit der Einkauf bei Lyoness automatisch registriert. Die Kunden können bei Partnerunternehmen aber auch online einkaufen. Eine weitere Einkaufsmöglichkeit besteht darin, bei Partnerunternehmen Gutscheine zu erwerben und diese später einzulösen (zu den Gutscheinen später noch ausführlicher).
- f. Für sämtliche Einkäufe und Gutscheinbestellungen gewährt Lyoness, wie bereits erwähnt, bestimmte Vergütungen. Lyoness-Mitglieder profitieren dabei aber nicht nur von ihren eigenen Einkäufen. So erhalten sie auch für die Einkäufe jener Personen, die sie für die Einkaufsgemeinschaft direkt oder indirekt geworben haben, einen bestimmten Prozentsatz des Kaufpreises in bar rückvergütet („Freundschaftsbonus“; zu den Vergütungen siehe sogleich ausführlicher). Die Mitglieder haben also ein wirtschaftliches Eigeninteresse daran (aber keine diesbezügliche Verpflichtung), der Einkaufsgemeinschaft neue Mitglieder zuzuführen. Zu diesem Zweck stellt Lyoness ihren Mitgliedern, die neue Mitglieder anwerben möchten, Informations- und Präsentationsmaterial samt AGB zur Weitergabe an potentielle Neukunden zur Verfügung.
- g. Der Zahlungsfluss im Zusammenhang mit den Vergütungen ist folgendermaßen geregelt: Die Partnerunternehmen leisten für jeden Einkauf, den ein Lyoness-Mitglied bei ihnen tätigt, eine zwischen Lyoness und dem Partnerunternehmen vertraglich vereinbarte Vermittlungsprovision („Gesamtrabatt“) an Lyoness (als Beispiel seien 12 % des Einkaufspreises angenommen). Von dieser Provision behält sich Lyoness einen Teil zur Abdeckung ihrer Kosten ein, der andere Teil wird von Lyoness an die Mitglieder weitergegeben:²
- So erhalten die Mitglieder unmittelbar aus ihren Einkäufen 1 bis 2 % des Kaufpreises in bar rückvergütet („Sofortvergütung“). Diese „Sofortvergütung“ wird vom „Gesamtrabatt“ abgezogen; der Rest (gemäß obigem Bei-

¹ Siehe AGB Lyoness Fassung April 2007, Oktober 2008, November 2009, April 2012

² Die Bezeichnungen der Vergütungen stammen aus den AGB in den Fassungen April 2007, Oktober 2008 und November 2009. In den aktuellen AGB aus April 2012 sind die Vergütungen teils anders bezeichnet.

spiel also 6 bis 7%) wird für weitere Vergütungen verwendet, so etwa für den „Freundschaftsbonus“:

- Jedes Mitglied hat die Möglichkeit, weitere Personen für die Einkaufsgemeinschaft zu werben und durch deren Einkäufe ebenfalls Vergütungen zu lukrieren. Auch diese Personen können wiederum neue Personen werben. Jedes Mal, wenn ein Mitglied bei einem Partnerunternehmen einkauft, wird ein Betrag iHv 0,5% der Einkaufssumme an den Empfehlungsgeber (direkten Anwerber) in bar vergütet, ebenso ein Betrag iHv 0,5% der Einkaufssumme an den indirekten Empfehlungsgeber (indirekten Anwerber).
 - Was nach Abzug der „Sofortvergütung“ und des „Freundschaftsbonus“ vom „Gesamtrabatt“ übriggeblieben ist, wird für weitere Vergütungen verwendet (wie zB die „Systemprovision“, die „Karrierepunktevergütung“ usw), die ebenfalls zu Barauszahlungen an die Mitglieder führen, wenn bestimmte zusätzliche Voraussetzungen erfüllt sind. Alle Vergütungen haben jedenfalls gemeinsam, dass sie vom Einkaufsvolumen der Mitglieder abhängig sind.
- h. Mitglieder erhalten also immer nur dann Vergütungen, wenn sie selbst oder von ihnen geworbene Mitglieder bei einem Lyoness-Partnerunternehmen einkaufen. Daher sind Mitglieder daran interessiert, dass die von ihnen geworbenen Mitglieder eine möglichst rege Einkaufstätigkeit an den Tag legen. Allerdings ist niemand verpflichtet, Einkäufe zu tätigen. Bleiben die Mitglieder untätig, entstehen ihnen daraus keine Kosten oder Verluste.
- i. Im Übrigen differenziert die Lyoness-Einkaufsgemeinschaft zwischen „normalen“ Kunden und „Businesskunden“:
- Lyoness bietet „Businesskunden“ (aktuelle Bezeichnung: „Premiummitglieder“) zusätzlich zu jenen (oben beschriebenen) Vergütungen, die auch die „normalen“ Kunden bekommen, bestimmte Sondervergütungen an (und zwar im Zusammenhang mit der hier nicht näher zu erläuternden „Karrierepunktevergütung“ und der Möglichkeit für Businesskunden, an den sog „Werbekampagnen“ teilzunehmen).
 - Bei den „Businesskunden“ handelt es sich um besonders aktive Kunden: Ein Lyoness-Mitglied wird entweder dann „Businesskunde“, wenn es innerhalb eines Jahres ein Einkaufsvolumen von mindestens EUR 20.000,- generiert, oder wenn es eine Gutscheinbestellung im Wert von EUR 20.000,- tätigt und dabei die Anzahlungsmöglichkeit in Anspruch nimmt („Mischformen“ aus erbrachtem Einkaufsvolumen und Gutscheinbestellung bewirken ebenfalls den Status eines „Businesskunden“, wenn dadurch ein Gesamtbestellvolumen von EUR 20.000,- erreicht wird).

- Die Möglichkeit, durch die Anzahlung einer Gutscheinbestellung „*Businesskunde*“ bei Lyonesse zu werden, wird als – so das damalige Wording – „*Businesspaket*“ bezeichnet. Die diesbezüglichen Optionen stellen sich wie folgt dar:
 - i. Das Businesspaket bezieht sich auf die Einkaufsvariante per Einkaufsgutscheinen; nämlich auf die Möglichkeit, bei den Partnerunternehmen Gutscheine zu bestellen und mit diesen einzukaufen. Für die Gutscheinbestellung ist eine Anzahlung erforderlich. Selbstredend erfordert die Einlösung dieser Gutscheine die volle Begleichung von deren Wert. Die Anzahlung des Kunden vermittelt ein entsprechendes Anwartschaftsrecht; mit voller Erbringung des Kaufpreises kann der Kunde über die Gutscheine vollwirksam verfügen.
 - ii. Es bestehen mehrere Möglichkeiten zur Bezahlung des nach Leistung der Anzahlung verbleibenden Restbetrags; nämlich durch Cash-nachzahlung, durch eigene Umsatzvergütungen oder durch Einkaufsvergütungen durch geworbene Kunden. Bereits ab Anzahlung (also schon vor Begleichung des vollen Gutscheinpreises) wird der Gesamtwert der Gutscheinbestellung dem Einkaufsvolumen des Lyonesse-Mitglieds – und damit dessen Vergütungen – zugerechnet (dies mit Ausnahme der „*Sofortvergütung*“ und des „*Freundschaftsbonus*“, die erst dann ausbezahlt werden, wenn die Gutscheine tatsächlich ausgeliefert werden).
 - iii. Hat das Mitglied Gutscheine bestellt und eine entsprechende Anzahlung geleistet hat, kann es den offenen Restbetrag aus jenen Vergütungen finanzieren, die das Mitglied innerhalb eines Jahres aus eigenen Einkäufen sowie aus jenen seiner direkt und indirekt geworbenen Kunden erwirtschaftet. Sollte es nicht gelingen, den offenen Restbetrag aus den erwirtschafteten Vergütungen zu finanzieren, kann das Mitglied – wie bei jedem Kauf unter Anzahlung – den offenen Restbetrag in bar leisten. Will das Mitglied das nicht, kann es die sog. „*Re-Cash-Funktion*“ ausüben. In diesem Fall werden die Vergütungen sämtlicher von ihm künftig getätigter Einkäufe solange gegen die Anzahlung aufgerechnet, bis diese Null ist. Das Mitglied kann seine Anzahlung auf Gutscheine auch auf die Gutscheine eines anderen Partnerunternehmens ändern lassen. Letztlich besteht noch die Möglichkeit der Teilzahlungs-Variante, bei der die Bestellung in Teilbeträge unterteilt wird. Die Teilauslieferung der Gutscheine steht dem Mitglied dann zur Verfügung, sobald es den Teilbetrag abzüglich der anteiligen Anzahlung bezahlt hat.
 - iv. In der Praxis läuft die Gutscheinbestellung so ab, dass der Kunde ein entsprechendes Bestellformular ausfüllt und dabei die Möglichkeit hat, sich für die Anzahlungs-Variante zu entscheiden.³

³ Siehe Lyonesse-Formular „*Gutschein-Bestellung*“

- Beim „*Businesspakt*“ kann also das Mitglied bereits zum „*Businesskunden*“ werden (und damit in den Genuss der für diese Kunden vorgesehenen Sondervergütungen kommen⁴), wenn es auf eine Gutscheinbestellung lediglich eine Anzahlung leistet und das Einkaufsvolumen – da ja, wie bereits erwähnt, auch in diesem Fall der Gesamtwert der Gutscheinbestellung dem Einkaufsvolumen zugerechnet wird – auf diese Art und Weise eine Höhe von EUR 20.000,-- erreicht.
 - Aus den Gutscheinbestellformularen⁵ sowie den AGB⁶ (diese Unterlagen sind auch im „*Welcome-Package*“ enthalten, das der Kunde nach seiner Anmeldung zugeschickt bekommt), ergibt sich, dass für Gutscheinbestellungen entsprechend den allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen kein Rücktrittsrecht eingeräumt wird und geleistete Anzahlungen nicht rückerstattet werden. Darauf wird das betreffende Mitglied auch nochmals telefonisch ausdrücklich hingewiesen.
 - Haben die Mitglieder einen Gutschein in genannter Höhe erworben, können sie diesen bei den Partnerunternehmen einlösen und erhalten Waren im genannten Gegenwert.
- j. Den AGB enthält keine Verpflichtung eines Kunden – gleich, ob es sich hier nun um einen „normalen“ Kunden oder einen „*Businesskunden*“ handelt – weitere Mitglieder anzuwerben. Wenn ein Mitglied keine weiteren Mitglieder anwirbt, kann es dennoch von Vergünstigungen bzw. Gutschriften aus eigenen Einkäufen profitieren.
- k. Für die Teilnahme am Geschäftsmodell ist weder ein Mitgliedsbeitrag, noch eine Anzahlung noch sonst ein Betrag zu zahlen. Auch besteht keinerlei Pflicht, Umsätze in einer bestimmten Höhe zu generieren. Auch sind weder einfache noch Businesskunden dazu verpflichtet, andere Kunden zu werben. Auch Mitglieder, die von Businesskunden (die allenfalls Anzahlungen auf Gutscheine geleistet haben) angeworben wurden, sind nicht verpflichtet, ihrerseits Anzahlungen auf Gutscheine zu leisten.
- l. Wenn die Mitglieder untätig bleiben, können sie zwar keine Vorteile lukrieren, es ergibt sich für sie aber auch kein Nachteil. Lyoness selbst profitiert ebenfalls nur dann von dem Modell, wenn die Mitglieder Gutschriften bei den Partnerunternehmen generieren, und zwar in Form einer prozentuellen Beteiligung an diesen Gutschriften.

⁴ Siehe etwa Zusätzliche AGB „*Fassung: April 2012*“

⁵ Lyoness-Formulare „*Gutschein-Bestellung*“, „*Gutschein-Anzahlung*“, „*Gutschein-Aufzahlung*“

⁶ Siehe Lyoness AGB

„*Fassung: April 2007*“, Punkt 7.6,
„*Fassung: Oktober 2008*“, Punkt 15.1.,
„*Fassung: November 2009*“, Punkte 10.3. und 15.1.,
„*Fassung: April 2012*“, Punkt 5.6.,
Zusätzliche AGB „*Fassung: April 2012*“, Punkt 5.2.

2. Rechtliche Beurteilung

2.1. Grundcharakteristik des Lyoness-Geschäftsmodells

- a. Rabatte sind ein Mittel der Preisdifferenzierung und als solche – nach einhelliger ökonomischer Sicht – im Verhältnis zum Konsumenten grundsätzlich wohlfahrtsfördernd. Während Unternehmen Rabatte auf die von ihnen vertriebenen Produkte nach unterschiedlichen Kriterien gewähren, können umgekehrt Konsumenten – nach Maßgabe der ihnen am Markt angebotenen Rabattierungen – die vorerwähnten Preisnachlässe in Anspruch nehmen. Viele dieser Rabattsysteme sind allerdings mengenabhängig: Damit sind für den Einzelkunden höhere Rabattstufen geradezu wesensgemäß unerreichbar. Diese höheren Rabattstufen lassen sich insoweit erzielen, als es mehreren Konsumenten gelingt, sich zu einer Einkaufsgemeinschaft zusammenzuschließen. Die Formierung derartiger konsumentenseitig gebildeter Ad-hoc-Einkaufsgemeinschaften ist aber erheblichen organisatorischen Schwierigkeiten ausgesetzt. Bisweilen fungieren die Belegschaftsvertreter von ausreichend großen Unternehmen als „Quasi-Einkaufsgemeinschaften“ und vereinbaren für alle Mitarbeiter entsprechende Rabattierungen. Rein konsumentenseitig gebildete Einkaufsgemeinschaften ohne institutionelle Einbindung haben sich dem gegenüber bis dato kaum je dauerhaft etablieren können.

So liegt es nahe, dass Anbieter von Einkaufsplattformen am Markt auftreten, die es auf sich nehmen, das organisatorische Netzwerk für eine Konsumenten-Einkaufsgemeinschaft bereitzustellen, also insbesondere die Rabatte mit den teilnehmenden Unternehmen auszuhandeln. Infolge der akkumulierten Einkaufsvolumina sind die Verkäufer bereit, weit höhere Rabatte zu gewähren, als der Konsument als Einzelkunde erhalten könnte. Von diesen Rabattbeträgen behält die Einkaufsgemeinschaft zwar einen Teil für sich. Der verbleibende Restrabatt liegt aber typischerweise immer noch höher als der für den Einzelkunden am Markt allein erzielbare Preisnachlass; eben darin liegt die Attraktivität für das einzelne teilnehmende Mitglied. Im Übrigen ist es dem teilnehmenden Mitglied jederzeit unbenommen, auf eigene Initiative für sich selbst günstigere Einzelrabattvereinbarungen außerhalb der bestehenden Einkaufsplattform zu schließen. So ergibt sich eine Situation, die für alle Beteiligten vorteilhaft ist: Die Konsumenten erzielen höhere Rabattierung als am Markt für Einzelkunden erhältlich; die Verkäufer können kraft der erhöhten Verkaufsvolumina ihre Umsätze vergrößern und der Rabattmittler (die Einkaufsplattform) erhält für ihren Einsatz einen return on investment. Das gemeinsame Interesse aller Beteiligten besteht dabei übereinstimmend darin, die Regeln so festzulegen, dass Anreize für die Erzielung möglichst hohe Umsatzvolumina bestehen, die ihrerseits wiederum die Grundlage entsprechender Rabattierungen bilden: Derartige Regeln sind für die Verkäufer, die teilnehmenden Konsumenten und auch die Plattform selbst vorzugswürdig. Im Ergebnis kommt es zu einer Win-Win-Win-Situation, bei der alle Beteilig-

ten besser gestellt sind, als sie ohne Einkaufsplattform stünden; umgekehrt kommt es für keinen Beteiligten im Verhältnis zum Status Quo Ante zu einer Schlechterstellung.

- b. Es ist nicht leicht einzusehen, wieso eine solche, für alle Beteiligten vorzugswürdige Einkaufsplattform rechtlichen – zumal strafrechtlichen – Bedenken begegnen sollte. Der vermögensstrafrechtliche Schutz des StGB beruht auf unterschiedlichen Schutz Gesichtspunkten. Manche Tatbestände sind Schädigungsdelikte (Fremdschädigungsdelikte oder – oftmals täuschungsbasierte – Selbstschädigungsdelikte) oder Vermögensgefährdungsdelikte, manche Tatbestände sind Bereicherungsdelikte, andere Ausbeutungsdelikte; manche Tatbestände beruhen auf einer Kombination unterschiedlicher Gesichtspunkte. Unter keinem der genannten Gesichtspunkte verwirklichen die genannten Einkaufsplattformen strafwürdiges Unrecht.
- c. Allemal haben – auf Grundlage welcher Interessenlage auch immer – Einzelpersonen Sachverhaltsdarstellungen bei den Verfolgungsbehörden eingebracht, die die Lyoness-Einkaufsplattformen sub titulo § 168a StGB (Ketten- oder Pyramidenspiele) problematisieren. Die diesbezüglichen – zumeist recht wenig tatbestandsbezogenen vorgetragenen – Bedenken treffen indes nicht zu: Schon nach dem Vorgesagten – Einkaufsplattformen als im Interesse aller Beteiligter liegende Win-Win-Win-Situation – ist klar, dass derartige Netzwerke jedenfalls nicht als solche strafrechtlich verpönt sein können. Strafrechtliche Bedenken könnten sich daher – wenn überhaupt – bloß in Hinblick auf die Ausgestaltung solcher Plattformen in concreto ergeben. Aber auch insoweit gilt, wie im Vorigen dargelegt, dass die Erzielung hoher aggregierter Umsatzvolumina die wirtschaftliche Grundlage der entsprechenden Rabattierungen bildet und als solche daher keineswegs bedenklich ist. Es liegt im Gegenteil im Interesse aller Beteiligten, die Anreize so zu setzen, dass die Einkaufsplattform möglichst umsatzträchtig ist. Auch darin liegt nichts Beanstandenswertes.
- d. Zivilrechtlich verpönt (und nach § 879 ABGB nichtig) sind – nur, aber immerhin – jene Formen von Pyramiden- und Kettenspielen, bei denen die Gewinnchance vom Zufall (Vorhandensein neuer Interessenten) abhängt.⁷ Schon die diesbezüglichen Voraussetzungen liegen – mangels Abhängigkeit einer Gewinnchance vom Zufall – in Bezug auf die gegenständlichen Einkaufsplattformen nicht vor. Ist ein Sachverhalt aber nicht einmal zivilrechtlich beanstandenswert, so kann er – umso weniger – strafrechtlich verpönt sein: Denn das Strafrecht sichert zivilrechtlich geronnene Rechtspositionen unter der Voraussetzung einer besonderen Sozialschädlichkeit zusätzlich mit dem besonderen Mittel der Kriminalstrafe ab; seine Aufgabe besteht aber nicht darin, lauterkeitsrechtlich Zulässiges strafrechtlich zu verbieten.

⁷ OGH 5 Ob 506/96. Vgl weiters *Gamerith/Mildner*, Zum Verbot des Abschlusses von Verträgen nach dem Schneeballsystem nach altem und neuen Lauterkeitsrecht, ÖBl 2010, 4 (7f) und auch OGH 2 Ob 202/10k.

- e. Allemal soll im Nachfolgenden eine Einzelprüfung der Lyoness-Einkaufsplattform in Hinblick auf ihre Vereinbarung mit § 168a StGB erfolgen. Diese Einzelprüfung zeigt, dass die Lyoness-Einkaufsplattform auch insoweit in Einklang mit allen strafrechtlichen Anforderungen steht.

2.2. Der Tatbestand der „Ketten- oder Pyramidenspiele“ gemäß § 168a StGB

- a. Sachlicher Bezugspunkt des § 168a StGB sind Gewinnerwartungssysteme, deren Teilnehmern gegen Einsatz ein Vermögensvorteil unter der Bedingung in Aussicht gestellt wird, dass diesem (oder einem damit in Zusammenhang stehenden) System unter den gleichen Bedingungen weitere Teilnehmer zugeführt werden, und bei dem die Erlangung des Vermögensvorteils ganz oder teilweise vom bedingungsmaßigen Verhalten jeweils weiterer Teilnehmer abhängt.⁸ Die Tathandlungen des § 168a StGB bestehen darin, ein solches Gewinnerwartungssystem in Gang zu setzen, zu veranstalten, durch Zusammenkünfte, Prospekte oder auf eine andere zur Anwerbung vieler Teilnehmer geeignete Weise zu verbreiten oder sonst die Verbreitung eines solchen Systems gewerbsmäßig zu fördern.⁹

§ 168a StGB ist ein Vorsatzdelikt.

Als Strafdrohung sind Freiheitsstrafen von bis zu sechs Monaten oder Geldstrafen von bis zu 360 Tagessätzen vorgesehen. Bei Schädigung einer größeren Zahl von Menschen ist auf Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren zu erkennen (§ 168a Abs 2 StGB). Nicht zu bestrafen ist, wer ein solches System bloß zu gemeinnützigen Zwecken veranstaltet oder bloß Einsätze geringen Werts verlangt werden.

- b. Der Gesetzgeber hat § 168a StGB 1996 in das StGB eingefügt, um jene – durchaus zahlreichen Konstellationen zu erfassen, bei denen Ketten- und Pyramidenspiele – mangels Täuschung und/oder mangels Spielcharakters – weder als Betrug noch als Glücksspiel strafbar waren.¹⁰ Teleologisches Schutzziel des § 168a StGB ist es, diesbezügliche Strafbarkeitslücken zu schließen:¹¹ Das Gesetz will verhindern, dass der Teilnehmer eines solchen Ketten- oder Pyramidenspiels durch täuschungsähnliche Handlungen oder durch Einsätze, die auf Basis „zufallnaher“ Kriterien zu verwenden sind, einen Schaden erleidet. Insoweit lässt sich sagen, dass § 168a StGB – als Vermögensgefährdungsdelikt – das Rechtsgut „Vermögen“ vor Ausbeutung

⁸ Der Tatbestandsformulierung des § 168a StGB ist als Klammerausdruck die Überschrift – „(Ketten- oder Pyramidenspiele)“ – nachgestellt. Der Gesetzgeber bringt damit zum Ausdruck, dass der tatbestandliche Begriff der Gewinnerwartungssysteme mit jenem des Ketten- oder Pyramidenspiels sinngleich zu verstehen ist; ein zusätzliches aleatorisches Moment (is eines echten „Spiels“) ist daher zur Tatbestandserfüllung nicht erforderlich.

⁹ Höchstgerichtliche Rechtsprechung zu § 168a StGB fehlt; es besteht wegen der geringen Strafdrohung auch kein direkter Rechtszug an den OGH.

¹⁰ Rainer, in Salzburger Kommentar § 168a A.1.

¹¹ Vgl auch Burgstaller, Grundfragen des Glücksspielstrafrechts, RZ 2004, 214.

durch nicht leicht erkennbare Gewinnerwartungssysteme schützen will.¹² § 168a StGB erfasst gezielt nur solche Gewinnerwartungssysteme, die auf dem Schneeballsystem beruhen, bei denen also die Realisierung von Gewinn oder Verlust eines Einsatzes von der progressiven Beteiligung weiterer Teilnehmer abhängt.¹³

- c. Das gemäß § 168a StGB verpönte Gewinnerwartungssystem beruht auf einem Einsatz, der die Chance des Teilnehmers auf die Erlangung eines Vermögensvorteils vermittelt, dessen Realisierung allerdings die nachfolgende Beteiligung samt Einsatzleistung weiterer Teilnehmer erfordert.¹⁴

Zentrales Erfordernis des gem § 168a StGB verpönten Schneeball- oder Pyramidenspiels¹⁵ ist daher die Leistung eines Einsatzes, den der Systemteilnehmer für seine Teilnahme am System zu entrichten hat.¹⁶

Die tatbestandliche Konturierung des Begriffs „Einsatz“ ergibt sich funktional. Ein Einsatz muss nicht notwendigerweise in einer Zahlung eines „Eintrittsgelds“ bestehen; jede Form von Zuwendung oder wirtschaftlicher Leistung des Mitglieds (zB Verwaltungsbeiträge) kann einen solchen Einsatz darstellen. Unerheblich für die Qualifikation einer Zahlung als Einsatz ist auch, ob der Einsatz dem Veranstalter, einem „Vormann“ oder einem Dritten zufließt.¹⁷ Einsatz ist daher im Sinne dieser weiten Auslegung jegliche Leistung, für die das Mitglied die Berechtigung erhält, sich am System zu beteiligen. Umgekehrt bedeutet das: Steht einer Leistung des Mitglieds eine adäquate Gegenleistung (also etwa ein gekaufter Gegenstand oder ein entsprechendes Anwartschaftsrecht) gegenüber, so besteht diesbezüglich ein Austauschverhältnis: Es liegt diesfalls keine Abgeltung für die Beteiligung am System – und daher kein Einsatz iSd § 168a StGB – vor.

Ein Gewinnerwartungssystem iSd § 168a StGB besteht nun darin, dass dem Teilnehmer in Hinblick auf dessen „Einsatz“ im vorerwähnten Sinn ein Vermögensvorteil für den Fall versprochen wird, dass es zur Anwerbung weiterer Teilnehmer kommt (die sich ihrerseits bedingungsgemäß verhalten).¹⁸ Die Realisierung des Vermögensvorteils hängt daher am fortgesetzt progressiven „Wachstum“ des Systems. Ist der potenzielle Interessentenkreis erschöpft, so lassen sich keine weiteren Teilnehmer akquirieren und all jene

¹² Rainer, in Salzburger Kommentar § 168a A.3.

¹³ Die Materialien verweisen auch auf das Charakteristikum solcher Pyramidenspiele, dass der Veranstalter zumeist nur im Hintergrund auftritt und das Spiel selbst zwischen den Teilnehmern stattfindet; vgl 409 BlgNR XX. GP.

¹⁴ Treffend idS Kirchbacher, WK-StGB (97.Lieferung vom Juli 2013) § 168a Rz 4.

¹⁵ Sehr anschaulich: Tangl, Zur Rückforderung des Spieleinsatzes bei Schenkkreisen, Zak 2008, 243.

¹⁶ OLG Graz, 10 Bs 17/12v.

¹⁷ Rainer, in Salzburger Kommentar § 168a B.I.1.a.

¹⁸ Kirchbacher, WK-StGB § 168a Rz 4.

Teilnehmer, die für ihren Gewinn noch weitere Teilnehmer benötigt hätten, verlieren ihren Einsatz.¹⁹

Das Charakteristikum verbotener Gewinnerwartungssysteme iSd § 168a StGB besteht in der Sogwirkung, die sich einerseits aus dem drohenden Verlust des eigenen Einsatzes gepaart mit der Gewinnmöglichkeit bei Akquisition neuer Teilnehmer ergibt: Der Teilnehmer kann sich nach Leistung seines Einsatzes dieser Sogwirkung weder durch passives Verhalten noch durch ein „Auskaufen“ des Einsatzes entziehen; die einzige Möglichkeit, den Einsatz zu Geld zu machen, besteht in der Zuführung weiterer Teilnehmer. Im Regelfall bedeutet das, als Multiplikator für das System tätig zu sein, also neue Teilnehmer zu gewinnen; nach dem Gesetzeswortlaut muss die Zuführung weiterer Spieler nicht einmal durch den Teilnehmer selbst geschehen.²⁰ Dabei reicht es nicht, bloß passive Teilnehmer anzuwerben; diese Teilnehmer müssen sich bereits ihrerseits systemkonform verhalten – also ihrerseits eigene, nur noch durch Akquisition von Neukunden rückzuverdienende Einsätze geleistet haben. Für den einzelnen Teilnehmer an einem Ketten- oder Pyramidenspiel bedeutet das, dass er für seinen „Einsatz“ nur insoweit einen Vermögensvorteil zu lukrieren vermag, als es zur Zuführung von – sich bedingungsgemäß verhaltenden – Kunden kommt. Eben darin liegt die progressive Wirkung des Gewinnerwartungssystems.

- d. Aus dem Vorgesagten ergibt sich umgekehrt: § 168a StGB ist – in Einklang mit seiner Teleologie und seiner konkreten tatbestandlichen Ausgestaltung – unanwendbar, wenn es am Vorliegen auch nur eines seiner zentralen Elemente (Einsatz, Zuführen weiterer Teilnehmer, Pflicht zum bedingungsgemäßen Verhalten der angeworbenen Teilnehmer) mangelt: Diesfalls fehlt es nämlich an der spezifisch unwertbehafteten Dynamik einer – zur Abwendung des Einsatzverlusts erforderlichen – progressiven Ausdehnung des Spiels auf immer neue – ihrerseits dieser Dynamik unterworfenen – Teilnehmer. Strafflos ist daher beispielsweise – schon allein mangels Einsatzes, aber auch mangels Progressivität des Systems – der Verkauf unter der Nebenabrede, dass der Kunde bei Anwerbung weiterer Kunden einen Teil seines Kaufpreises rückersetzt oder eine Prämie erhält.²¹ Strafflos ist – wiederum mangels Einsatzes, aber auch mangels drohenden Vermögensverlusts – der Möbelverkäufer, dessen Kunden die angezahlte Ware alternativ durch Auszahlung des Kaufpreises oder aber durch Anwerbung von Neukunden (die ihrerseits dem Anzahlungsmodell kaufen) erwerben können.²²
- e. Bereits unmittelbar nach dem Vorgesagten zeigt sich, dass das Lyonesse-System aus mehreren Gründen (wobei jeder einzelne Grund die Strafbarkeit ausschließt) kein iSd § 168a StGB verpöntes Pyramidenspiel ist: Weder müs-

¹⁹ Kirchbacher, WK-StGB § 168a Rz 1.

²⁰ Treffend Kirchbacher, WK-StGB § 168a Rz 4.

²¹ Rainer, in Salzburger Kommentar § 168a B.II.

²² Siehe Stricker, Ist jedes Pyramiden- oder Schneeballsystem auch ein Fall für die Strafgerichte? – Grundlegende Gedanken zu § 168a StGB, ÖJZ 2013 (im Druck).

sen die Mitglieder einen Einsatz leisten, noch besteht eine Verpflichtung zur Zuführung weiterer Mitglieder, noch müssen sich solche weiteren Teilnehmer „bestimmungsgemäß“ verhalten. Auch der Schutzzweck von § 168a StGB steht der Lyoness-Einkaufsgemeinschaft nicht entgegen: Selbst wenn für den einzelnen Teilnehmer in manchen Varianten erhebliche finanzielle Anreize bestehen, neue Teilnehmer zu akquirieren, so ist eine solche Akquisition gerade nicht erforderlich, um seinen Einsatz zurückzuerzielen oder einen diesbezüglich versprochenen Gewinn zu realisieren. Das Funktionieren und die Attraktivität der Lyoness-Einkaufsgemeinschaft „hängt“ daher nicht an einer progressiven – immanent wachstumsbeschränkten – Akquisition von Neumitgliedern bei sonst drohendem Einsatzverlust. Eine Vermögensgefährdung liegt nicht vor; ein Zusammenbrechen des Systems ist nicht möglich.

Zu den einzelnen Tatbestandselementen nun im Nachfolgenden.

2.3. Kein Einsatz

- a. Zentraler Bezugspunkt des § 168a StGB ist, wie dargelegt, der vom Teilnehmer zu „erbringende“ Einsatz. Dieser ist Grundlage des entsprechenden Gewinnerwartungssystems. Fehlt es schon an einem solchen vom Systembeteiligten zu erbringenden Einsatz, ist das Delikt unanwendbar.
- b. Bei der zu beurteilenden Lyoness-Einkaufsgemeinschaft fehlt es bereits an diesem zentralen Tatbestandserfordernis des § 168a StGB.
 - Die Mitglieder von Lyoness müssen keinerlei Leistung erbringen, um sich für das System zu qualifizieren. Sie können als Lyonessmitglied – ohne jede Vorleistung ihrerseits – Einkäufe mit Partnerunternehmen tätigen und alle diesbezüglichen Rabatte lukrieren.
 - Es gibt auch keine versteckten Einsätze in Form überhöhter Verkaufspreise: Lyoness kommt kein Einfluss auf die Preisbildung der Partnerunternehmen zu. Die von den Partnerunternehmen verrechneten Preise sind deren übliche Markt- oder Ladenpreise²³; von diesen sind die gewährten Rabatte abzuziehen. Ein indirekter Zwang zu einem versteckten Einsatz ist schon allein deshalb ausgeschlossen, weil die Entscheidung des Einzelnen, ob und wo er einkauft, bei diesem selbst liegt.²⁴ Wenn ein Mitglied ein Produkt günstiger bei einem Nicht-Partnerunternehmen zu beziehen vermag, dann soll er es – ohne irgendeinen Nachteil – dort er-

²³ Zum Ausschluss der Tatbestandsmäßigkeit bei adäquater Gegenleistung vgl. *Stricker*, ÖJZ 2013 (im Druck).

²⁴ Ein geldwerter Vorteil ist im Ergebnis weder an Lyoness noch an die Partnerunternehmen zu entrichten. Vielmehr erhält Lyoness einen solchen Vorteil (als Teil des Gesamtrabatts) erst dann, wenn der Kunde für sich selbst einen Bonus generiert hat. Dieser Rabatt ist – als der Lyoness am Gesamtrabatt aliquot zustehender Anteil – das Entgelt für die organisatorische Tätigkeit von Lyoness bei der Bereitstellung der Einkaufsplattform.

werben, wenn er meint, bei einem Partnerunternehmen als Einzelperson einen höheren Rabatt zu erzielen, dann ist es ihm unbenommen, zu seinen besseren „Privatkonditionen“ einzukaufen.

- Schon allein mangels eines „Einsatzes“ kann ein Gewinnerwartungssystem iSd § 168a StGB daher nicht vorliegen.
- c. All dies gilt auch für den Spezialfall des Gutscheinkaufs: Auch wenn Mitglieder Gutscheine erwerben, erhalten sie beim Kauf von Gutscheinen Waren oder Dienstleistungen genau zum Gegenwert der Gutscheine. Die Anzahlung vermittelt ein diesbezügliches Anwartschaftsrecht (wiederum genau dem aliquoten Wert entsprechend); der verbleibende Restbetrag lässt sich alternativ durch Vermittlung weiterer Teilnehmer, durch eigene Provisionsverdienste oder auch durch Barzahlungen begleichen. Es liegt daher schon insoweit kein „Einsatz“ vor. Soweit der Teilnehmer Leistungen an Lyoness (etwa in Zusammenhang mit einem Gutscheinkauf) erbringt, sind diese nicht mit einem – bloß durch Zuführung neuer Teilnehmer und deren bedingungsgemäßem Verhalten verknüpftem – Vermögensvorteil verbunden.²⁵ Es droht den Teilnehmern daher schon in abstracto kein Vermögensverlust.²⁶
- d. Bei der Lyoness-Einkaufsgemeinschaft scheidet die Anwendung des § 168a StGB daher schon allein deshalb aus, weil die Teilnehmer keinen tatbestandlichen „Einsatz“ zu leisten haben.

2.4. Keine Zuführung weiterer Teilnehmer

- a. Es fehlt aber auch am weiteren Tatbestandselement der spezifischen Verknüpfung von „Einsatz“ und der Zuführung weiterer Teilnehmer.
- b. Gerade diese Inaussichtstellung eines Vermögensvorteils für den geleisteten Einsatz, wenn es zur Zuführung weiterer Mitglieder kommt, ist charakteristisch für die auf dem Schneeballsystem basierenden Gewinnerwartungssysteme: Jeder Teilnehmer hat eine bestimmte Zahl von Neumitgliedern anzuwerben, die sich ihrerseits wieder verpflichten, einen Einsatz zu leisten und weitere Mitglieder anzuwerben.²⁷ Erfolgt dies nicht, kollabiert im Endeffekt das System, weil die neuen Mitglieder die Erträge der „Altmitglieder“ finanzieren.

²⁵ Im Unterschied zu einem System, bei dem ein Preis, für den eine Anzahlung zu leisten war, nur durch Anwerbung weiterer Mitglieder komplettiert werden kann; vgl *Stricker*, ÖJZ 2013 (im Druck).

²⁶ Vgl nochmals treffend *Stricker*, ÖJZ 2013 (im Druck): Das Risiko des Gutscheinkäufers, allenfalls den Restkaufpreis nicht bezahlen zu können, ist dessen eigener Sphäre zuzurechnen und ist nicht systembedingt. § 168a schützt – wie auch sonst das Vermögensstrafrecht – nicht vor finanzieller Selbstüberschätzung des Einzelnen.

²⁷ *Rainer*, in *Salzburger Kommentar § 168a B.I.1.a.*

- c. Die Lyonesse-Einkaufsgemeinschaft beruht nicht auf dem Schneeballsystem. Das Gesamt-System Lyonesse funktioniert als Einkaufsgemeinschaft unabhängig von der weiteren Anwerbung neuer Mitglieder (dazu oben 2.1.). Selbstverständlich haben alle Beteiligten an Einkaufsgemeinschaften, wie oben dargetan, ein übereinstimmendes Interesse an möglichst hohen aggregierten Einkaufsvolumina und auch an einer möglichst hohen Zahl von aktiven Teilnehmern. Und selbstverständlich bestehen daher – in Übereinstimmung damit – auch Anreize für die Mitglieder von Lyonesse, viele weitere aktive Mitglieder anzuwerben. Allemal fehlt es – sowohl nach dem Grundmodell von Lyonesse als auch nach allen Varianten und Spielarten – an jeglicher rechtlicher Verpflichtung oder auch nur an einem faktischen Zwang zur Anwerbung weiterer Mitglieder. Die Einkaufsgemeinschaft bedarf als solche auch keines schneeballmäßigen progressiven Wachstums.
- d. Den Mitgliedern drohen insbesondere **keine negativen Konsequenzen, wenn sie keine weiteren Mitglieder anwerben**. Mehr noch: Mitglieder die Vorteile der Lyonesse-Einkaufsgemeinschaft auch dann in Anspruch nehmen, wenn sie keine weiteren Mitglieder anwerben. Auch können die Mitglieder jederzeit ihre Mitgliedschaft beenden, ohne dass dies für sie oder ihre Anwerber nachteilige Folgen hätte.
- e. Im Ergebnis fehlt es daher auch am Tatbestandselement der Zuführung weiterer Teilnehmer zum System unter den gleichen Bedingungen.

2.5. Keine „bedingungsmaßiges Verhalten“ von Neumitgliedern

- a. Gem § 168a StGB strafbar ist nicht die Verknüpfung von Einsatz und Mitgliederwerbung, sondern die spezifische Verknüpfung des Einsatzes mit der Zuführung neuer – sich ihrerseits bedingungsgemäß verhaltender – Mitglieder.²⁸ „Bedingungsgemäßes Verhalten“ bedeutet, dass diese neuen Mitglieder ihrerseits sowohl selbst einen Einsatz zu leisten als auch wiederum neue Mitglieder anzuwerben haben.²⁹
- b. Auch davon kann in Bezug auf Lyonesse keine Rede sein. Mitglieder der Lyonesse-Einkaufsplattform leisten keinen Einsatz; und zwar weder „Altmitglieder“ noch „Neumitglieder“. Es besteht daher – wiederum sowohl nach dem Grundmodell als auch nach allen Varianten – keinerlei Verpflichtung neu geworbener Teilnehmer, einen Einsatz iSd § 168a zu leisten. Selbstverständlich haben die Mitglieder einer Einkaufsplattform (in Einklang mit den Interessen der beteiligten Unternehmen) einen entsprechenden Anreiz, neue Mitglieder zu werben, die ihrerseits die Rabattvorteile der Plattform in Anspruch nehmen. Aber diese Interessen- und Anreizlage hat nichts mit einem Gewinnerwartungssystem zu tun. Mitglieder erhalten einen Provisionsanteil, wenn von ihnen neu geworbene Mitglieder die Plattform nützen; dafür ist es nicht erforderlich, dass diese Neumitglieder irgendeine (über die Einzelkäufe

²⁸ Rainer, in Salzburger Kommentar § 168a A.1.

²⁹ Rainer, in Salzburger Kommentar § 168a B.I.1.a.

hinausgehende) Verpflichtung eingehen oder einen Einsatz leisten. Auch diese Neumitglieder können sich rein an ihrem Eigenvorteil orientieren, also, wenn es ihnen günstig erscheint, bei Lyonesse einkaufen und wenn ihnen ein anderes Angebot vorzugswürdig erscheint, dieses in Anspruch nehmen. Sie können entweder weitere Mitglieder anwerben oder ausschließlich für ihre eigenen Einkäufe vom Bonussystem Gebrauch machen, **sie können aber auch nichts tun** (was dann dazu führt, dass weder sie selbst noch die Anwerbenden daraus einen Vorteil ziehen). Ein wie immer gearteter Nachteil entsteht für die Mitglieder aus der Untätigkeit der von ihnen angeworbenen Mitglieder aber nicht.

- c. Gerade im Zusammenhang mit der sonst bei Pyramidenspielen anzutreffenden Verpflichtung, aktiv zu werden, um selbst geleistete Einsätze zu wahren oder zu vermehren, zeigt sich der wesentliche Unterschied zum Geschäftsmodell von Lyonesse: **Da die Mitglieder keine Einsätze leisten, ist es auch nicht erforderlich, dass sie in irgendeiner Form tätig werden, um solche Einsätze zu erhalten oder zu vermehren.**
- d. Es fehlt daher im Ergebnis auch an der spezifischen Verknüpfung eines Einsatzes zur Zuführung neuer Teilnehmer, die sich ihrerseits „bedingungsge-
mäß“ verhalten.

3. Ergebnis

Somit zeigt sich: Die Lyonesse-Einkaufsgemeinschaft ist kein Pyramidenspiel im Sinne des § 168a StGB vor: Es liegt schon kein Gewinnerwartungssystem vor; die Einkaufsgemeinschaft beruht aber auch nicht auf dem Schneeballsystem: Weder haben die Teilnehmer einen Einsatz zu leisten, noch haben sie die Pflicht, neue Mitglieder zuzuführen, noch müssen diese sich in einer bestimmten Form verhalten. Im Ergebnis verstößt die Lyonesse-Einkaufsgemeinschaft – ohne Wenn und Aber – in keiner ihrer Varianten gegen § 168a StGB.

Mit freundlichen Grüßen



(Dr. Peter Lewisch)