

Kritische Angebote in Partnerprogrammen: Gewinn- und Glücksspiele

1. Einführung:

Online-Casinos genießen – zu Recht oder zu Unrecht – einen zwielichtigen Ruf: Der Firmensitz befindet sich oft in einem Inselstaat, bezahlt wird per Kreditkarte und die Gewinnchance ist nicht von vornherein ersichtlich. Trotzdem lockt das Angebot mit gezielter deutschsprachiger Werbung Spieler an.

Anders im Norden Deutschlands: Die Spielbank Hamburg bot ein Internet-Roulette an. Teilnehmen konnten jedoch nur volljährige Hamburger. Die Mehrheit stand somit schon von Beginn an vor verschlossenen virtuellen Türen. Doch auch für die Bürger der Hansestadt war es ein kurzes Vergnügen: Im Oktober vergangenen Jahres erklärte das Hamburger Verfassungsgericht (Urt. v. 21. Oktober 2003 – Az.: HVerfG 10/02) die Zulassung des Online-Spielbetriebs für verfassungswidrig.

„Aus gesetzlichen Gründen dürfen wir bis auf weiteres unser Internet-Roulette nicht mehr im Echtgeldbetrieb anbieten“, heißt es nun auf der Internetseite der Spielbank Hamburg.

Trotz der zahlreichen rechtlichen Bedenken und Probleme findet man bei fast allen Partnerprogrammen Werbung für internationale Gewinn- und Glücksspiele, oft als *„Pay per Sale“* lukrativ honoriert.

Zunächst ist zu klären, was Glücksspiele und Gewinnspiele juristisch überhaupt voneinander unterscheidet.

2. Glücksspiele

a) *Definition*

Ein Glücksspiel ist eine kreative, spielerische Tätigkeit mit ausschließlich entgeltlichem Einsatz, bei der der Erfolg ganz oder überwiegend vom Zufall abhängt und nicht vom Spieler beeinflussbar ist.

aa) Entgeltlicher Einsatz

Der entgeltliche Einsatz muss dem Veranstalter zufließen und erheblich sein.

So fehlt es beispielsweise an dem entgeltlichen Einsatz bei der Teilnahmemöglichkeit per Postkarte. Zwar genügt ein versteckter Einsatz, also z.B. die Berechnung von Telefongebühren bei der Schaltung einer 0190er-Rufnummer. Das Porto dagegen ist nur für den Transport bestimmt und kommt nicht dem Veranstalter zugute. Daher gilt dies nicht als kostenpflichtige Teilnahme mit Einsatz.

Der entgeltliche Einsatz muss nicht unerheblich sein. Diese Erheblichkeits-Grenze liegt nach Ansicht der Rechtsprechung zwischen 0,05 EUR und 2,50 EUR, wobei hier vieles unklar oder gar widersprüchlich ist. So ist z.B. juristisch ungeklärt, wann die Schaltung einer 0190-Rufnummer zum Überschreiten dieser Erheblichkeits-Grenze führt (vgl. dazu den *Aufsatz von RA Dr. Bahr: „Glücksspiele mit Mehrwertdienste-Rufnummern“*).

bb) Zufallsbezogenheit

Der Zufall muss das ausschließliche oder überwiegende Kriterium sein, das über den Erfolg entscheidet.

Bei einem Quiz mit Preisfrage ist der Erfolg demnach nicht vom Zufall abhängig, sondern größtenteils vom Intellekt des Spielers. Ohne korrekte Beantwortung der Gewinnfrage kann der Spieler nicht gewinnen. Kann die Frage dagegen von jedermann ohne Nachdenken beantwortet werden (z.B. Frage: „Was ist 1 + 1?“, Antwort: „2“), so stellt die Preisfrage keine sachliche Einschränkung und das Quiz bleibt trotz Preisfrage zufallsbezogen. Die Quizfrage muss somit gewissen

Mindestanforderungen genügen.

b) Genehmigung von Glücksspiel

Glücksspiele bedürfen grundsätzlich einer staatlichen deutschen Genehmigung.

Vor kurzem hat der EuGH (Urteil vom 6. November 2003 – Az.: C-101/01) entschieden, dass dieses Erfordernis der jeweiligen nationalen Genehmigung Inhaber von Glücksspiellizenzen anderer EU-Staaten unangemessen benachteiligt. Es stellt eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs dar.

Ein Glücksspiel sei national zuzulassen, wenn die Genehmigung in einem anderen EU-Mitgliedsstaat erteilt wurde. Vgl. dazu auch den *Artikel von RA Dr. Bahr: „Glücksspiele: Grundlegende Änderung der Rechtsprechung“*.

Damit würde eine Glücksspiellizenz aus einem anderen EU-Mitgliedsstaat in Deutschland **theoretisch** auch ausreichen. Juristisch ist dies aber auf nationaler Ebene noch ungeklärt.

So hat beispielsweise das Innenministerium Nordrhein-Westfalen verlauten lassen, es halte an der deutschen Genehmigungsbedürftigkeit fest (vgl. *den Aufsatz von RA Dr. Bahr: „Neuigkeiten aus dem Bereich des Glücksspiel-Rechts“*)

Gleicher Ansicht sind das BayObLG (Beschl. v. 26.11.2003 – 5 St RR 289/03 = Kanzlei-Info v. 21.01.2004), VG Arnsberg (Beschl.v. 17.11.2003 – Az.: 1 L 1646/03 = Kanzlei-Info v. 16.02.2004) und das VG Stade (Beschl. v. 27.11.2003 – Az.: 6 B 1674/03 = Kanzlei-Info v. 27.01.2004).

Der Hessische VGH (Beschl. v. 09.02.2004 – Az.: 11 TG 3060/03),

das AG Heidenheim (Beschl. v. 01.12.2003 – Az.: 3 Ds 424/03 = Kanzlei-Info v. 16.01.2004) und das LG München (Beschl. v. 27. Oktober 2003 – Az.: 5 Qs 41/2003 = Kanzlei-Info v. 13.11.2003)

dagegen sind der Ansicht, eine ausländische EU-Genehmigung reiche aus.

c) Konsequenzen für Partnerprogramme

aa) Strafrechtliche Konsequenzen

Nach § 284 Abs. 1 StGB ist die Veranstaltung eines nicht behördlich zugelassenen Glücksspiels verboten und wird mit bis zu zwei Jahren Freiheitsstrafe oder Geldstrafe bestraft. Ebenso ist die wissentliche Bereitstellung von Einrichtungen für die Veranstaltung eines solchen Spiels unter Strafe gestellt.

Ein Affiliate wird jedoch grundsätzlich grundsätzlich weder als Veranstalter noch als Anbieter einzustufen sein. Das OLG Hamburg (Urt. v. 05.06.2002 – Az: 5 U 74/01) führt dazu aus:

„Die Beklagte leitet interessierte Besucher über den eingerichteten Link auf ihrer Webseite lediglich an ihre englische Tochtergesellschaft weiter. Erst dort erfährt der Webseitenbesucher Einzelheiten über die Hundewettmöglichkeiten und kann [...] Wetten abschließen.

Unbeschadet einer Teilnahme an dieser Handlung ist die Beklagte daher selbst nicht als Veranstalterin oder Anbieterin des streitgegenständlichen Glücksspiels [...] anzusehen.“

Jedoch ist zu beachten, dass auch die Werbung für nicht genehmigte Glücksspiele unter Strafandrohung steht (§ 284 Abs.4 StGB). Sogar der Teilnehmer an einem nicht genehmigten Glücksspiel macht sich nach § 285 StGB strafbar.

Ein Affiliate – gleich, ob er ein „Pay-per-Click“ oder ein sonstiges Programm benutzt – betreibt unstrittig Werbung für einen Merchant. Wirbt er so für ein ungenehmigtes Glücksspiel, begibt er sich daher in die Gefahr der Strafverfolgung.

Strafverfahren im Internet-Bereich nehmen nicht selten unangenehme Ausgestaltungen an: So können neben der Verhängung der eigentlichen Strafe auch Gegenstände, die zur Begehung der Straftat gebraucht wurden, dauerhaft eingezogen werden (§ 74ff. StGB), also z.B. Monitor, PC und sonstige Datenträger.

bb) Wettbewerbsrechtliche Konsequenzen

Einheitlich bezeichnet die Rechtsprechung eine Internet-Werbung für die Veranstaltung eines nicht zugelassenen Glücksspiels als sittenwidrigen Wettbewerbsverstoß.

Nach § 1 UWG kann der Affiliate in einem solchen Fall auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden. Üblicherweise geschieht dies durch eine vorherige Abmahnung mit der Aufforderung zur Abgabe einer Unterlassungserklärung.

3. Gewinnspiele

Liegt kein Glücksspiel vor, so ist in aller Regel ein Gewinnspiel gegeben. Auch hier gibt es zahlreiche rechtliche Fallstricke zu beachten.

Die Einordnung und Abgrenzung von Gewinnspiel und Glücksspiel ist unabhängig von der subjektiven Sichtweise des Veranstalters oder Teilnehmers. Allein entscheidend ist die objektive Betrachtung des Spielvorgang. Unerheblich ist somit, ob ein Glücksspiel als Glücksspiel bezeichnet oder gar als Gewinnspiel getarnt wird.

Gewinnspiele weisen häufig wettbewerbsrechtliche Mängel auf und verstoßen damit gegen § 1 UWG: So darf bei der Teilnahme an einem Gewinnspiel grundsätzlich kein Kaufzwang ausgeübt werden. Ein solcher unlauterer Zwang ist zu bejahen, wenn die Teilnahme vom Kauf einer Ware, von Inanspruchnahme einer Dienstleistung oder allgemein einem Vertragsschluss abhängig gemacht wird.

Der BGH hat in der „Rubbelaktion“-Entscheidung (Urt. v. 05.02.1998 – Az.: I ZR 151/95) klargestellt, dass schon das Betreten eines Ladenlokals zur Teilnahme an einem Gewinnspiel unzulässigen Kaufzwang ausübt. Denn der Mehrzahl der Teilnehmer werde es peinlich sein, nur am Gewinnspiel teilnehmen zu wollen, und werde daher zumindest eine Kleinigkeit kaufen.

Gleiches gilt für den Bereich des Versandhandels. Die Verwendung eines gemeinsamen Formulars für Teilnahme am Spiel und Bestellung ist ebenso unlauter (BGH, WRP 1976, 172, 174).

Für Affiliates bedeutet das: Jeder Link zu einem Gewinnspiel ist zu prüfen. Zunächst ist klarzustellen, ob wirklich ein Gewinnspiel oder ein Glücksspiel vorliegt. Bei einem Gewinnspiel ist darauf zu achten, dass die grundlegenden Voraussetzungen erfüllt sind und kein übermäßiges Anlocken des Kunden vorliegt.

4. Fazit für Partnerprogramme

Von der Teilnahme an einem Partnerprogramm, das für Glücksspiele ohne eine inländische Genehmigung wirbt, kann angesichts der drohenden rechtlichen Konsequenzen nur eindringlich abgeraten werden.

Der Affiliate sollte die weitere Rechtsprechung im Auge behalten, ob in absehbarer Zeit in Deutschland höchstrichterlich geklärt hat, ob auch eine ausländische EU-Glücksspiel-Lizenz ausreichend ist. Noch herrscht hier auf instanzgerichtlicher Ebene Unklarheit.

Dreh- und Wendepunkt der gesamten Problematik ist die Abgrenzung zwischen den Spielarten. Hier ist für jeden Einzelfall eine differenzierte Betrachtung des Spiels mitsamt der Teilnahmebedingungen notwendig.