

## Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
  - 1. Allgemeine Problemstellung
  - 2. Gesetzliche Regelungen im Ausland
    - 2.1 Österreich
    - 2.2 Deutschland
    - 2.3 Auswirkungen auf die Schweiz
  - 3. Gewinnversprechen im schweizerischen Recht
- II. Vertrags- bzw. schuldrechtliche Aspekte von Gewinnversprechen
  - 1. Überblick über die schweizerische Gerichtspraxis
    - 1.1 Das Urteil des Kantonsgerichts Zug vom 13.9.1990 (Fall „Sweepstake I“)
    - 1.2 Das Urteil des Bezirksgerichts Kreuzlingen vom 23.10.2000
    - 1.3 Das Urteil des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 20.3.2001
  - 2. Kritische Beurteilung der in der Gerichtspraxis angeführten Lösungsansätze
    - 2.1 Spiel und Wette
    - 2.2 Lotterie bzw. lotterienähnliche Preisausschreiben und Wettbewerbe
    - 2.3 Auslobung bzw. Preisausschreiben
    - 2.4 Schenkung
    - 2.5 Abstraktes Schuldversprechen
  - 3. Eigener Lösungsansatz
    - 3.1 Das Gewinnversprechen als Vertragsabschluss-Offerte
    - 3.2 Verpflichtung gestützt auf einseitige Erklärung?
  - 4. Internationales Privatrecht und internationales Zivilprozessrecht
- III. Lauterkeitsrechtliche Aspekte von Gewinnversprechen
  - 1. Die lauterkeitsrechtliche Beurteilung von Gewinnversprechen in der Rechtsprechung
    - 1.1 Allgemeines
    - 1.2 Das Urteil des Kantonsgerichts Zug vom 17.3.1992 (Fall „Sweepstake II“)
  - 2. Die lauterkeitsrechtliche Beurteilung von Gewinnversprechen in der Literatur
    - 2.1 Besonders aggressive Verkaufsmethoden (Art. 3 lit. h UWG)
    - 2.2 Besonders aggressive Werbemethoden (Art. 2 UWG)
    - 2.3 Das Täuschungs- und Irreführungsverbot von Art. 3 lit. b UWG
    - 2.4 Täuschung und Irreführung i.S.v. Art. 2 UWG
    - 2.5 Der Verstoß gegen die Lotteriegesetzgebung
  - 3. Exkurs: Die Beurteilung von Gewinnversprechen durch die Schweizerische Lauterkeitskommission
  - 4. Rechtsfolgen
    - 4.1 Zivilrechtliche Folgen
    - 4.2 Strafrechtliche Folgen

- 5. Internationales Privatrecht und internationales Zivilprozessrecht
  - 5.1 Gerichtsstand
  - 5.2 Anwendbares Recht
- 6. Zusammenfassung

## IV. Schluss

## V. Nachtrag

## Anhang

## Résumé

## Abstract

## Literaturverzeichnis

## I. Einleitung\*

### 1. Allgemeine Problemstellung

„Sie haben gewonnen! Diamant-Ring gefasst in 18 Karat Gold!“, „Fr. 120'000 in bar! Herzlichen Glückwunsch zu Ihrem Haupttreffer!“ oder „Benachrichtigung über Bargeldguthaben von Fr. 34'000!“<sup>1</sup>. Solche und ähnliche „Gewinnversprechen“ diverser Firmen überschwemmen seit Jahren die Briefkästen von Privathaushalten in der Schweiz sowie in zahlreichen anderen europäischen Ländern. Die Form dieser Versprechen ist höchst unterschiedlich: Viel Papier mit zum Teil verwirlichen Werbeaussagen und -anpreisungen bei den einen, pseudoseriöses Auftreten mit Hinweisen auf Notare oder Rechtsanwälte mit Doktor- und Phantasietiteln, welche Gewinne verwalten und auszahlen würden, bei den andern. Der menschlichen Vorstellungskraft sind bei der Ausgestaltung derartiger Gewinnversprechen bekanntlich keine Grenzen gesetzt. Die materielle Botschaft indessen ist bei den meisten Gewinnversprechen dieselbe: Beim Empfänger wird der Eindruck erweckt, er habe einen grossen Preis gewonnen. Und dies, obwohl er nie an einem Preisausschreiben teilgenommen hat! Der Empfänger muss – so lautet die Botschaft – nur wenig tun, um in den Besitz des Gewinnes zu gelangen: Irgendwo eine Bestellmarke aufkleben und die „Gewinnkarte“ zurücksenden, eine kleine Bearbeitungsgebühr einzahlen oder – besonders modern – unter einer (selbstverständlich gebührenpflichtigen) Telefonnummer irgendwelche weiteren Instruktionen abhören, die ihm erst nach einem minutenlangen Tonbandvortrag über Belanglosigkeiten bekannt gegeben werden. Oft wird dabei dem Empfänger des Gewinnversprechens mit zum Teil subtilen psychologischen Methoden suggeriert, dass die Auszahlung der Gewinnsumme oder die Übergabe des gewonnenen Diamant-Rings, Luxusautos usw. durch eine kleine Warenbestellung etwas beschleunigt oder sogar begünstigt werden könnte.

Der Empfänger eines solchen Versprechens, der glaubt, Fortuna habe ihm – endlich – das grosse Los beschieden, sieht sich jedoch getäuscht. Wer Antwort-Karten einsendet, Waren bestellt, Instruktionen am gebührenpflichtigen Telefon einholt usw., muss erfahren, dass er (selbstverständlich) keinen Hauptpreis gewonnen hat, sondern – wenn über-

haupt – nur an einer Verlosung teilnimmt. Wer sich instruktionsgemäss verhält bzw. etwas bestellt, erhält im besten Fall ein meist wertloses kleines Warengeschenk<sup>2</sup>.

Man könnte nun solche Gewinnversprechen als juristisch belanglos abtun. Das Sprichwort „Mit Speck fängt man Mäuse“ bringt treffend zum Ausdruck, worum es geht! Braucht es denn wirklich rechtliche Mechanismen zum Schutz der Maus, die dumm genug ist, hier die Falle nicht zu erkennen? Hat die Rechtsordnung nichts Wichtigeres zu tun, als leichtgläubigen Konsumentinnen und Konsumenten zur Seite zu stehen, welche diesen Gewinnversprechen vertrauen, statt sie in den Papierkorb – bzw. sinnvoller – ins Altpapier zu werfen? Nun, ganz so einfach liegen die Dinge nicht. Immerhin sind derartige Gewinnversprechen in verschiedener Hinsicht problematisch:

- Gewinnversprechen werden erfahrungsgemäss in grossen Massen (und zum Teil europaweit) versandt<sup>3</sup>: Wenn auch nur ein Bruchteil der Empfängerinnen und Empfänger Waren bestellt, „Bearbeitungsgebühren“ einzahlt, teure Service-Telefonnummern anruft usw., so können die entsprechenden Unternehmen bereits mit erheblichen Gewinnen rechnen. Die Häufigkeit solcher Gewinnversprechen ist jedenfalls als sicheres Indiz dafür zu werten, dass sich diese Masche letztlich für die Veranstalter auszahlen muss. Besonders empfänglich auf Gewinnversprechen sind erfahrungsgemäss eher sozial schwächer Gestellte sowie ältere Leute<sup>4</sup>.
- Einen weiteren Gewinn ziehen die Gewinnspielveranstalter (und nicht etwa die Teilnehmer am Gewinnspiel!) aus der Weitergabe von Teilnehmeradressen. Offenbar besteht zwischen einzelnen Versandhandelsfirmen ein zum Teil reger Adressenhandel<sup>5</sup>.
- Ein weiteres Ärgernis besteht sodann darin, dass die Briefkästen von Zehntausenden von Personen mit einer erheblichen Menge von unbestelltem Werbematerial verstopft werden<sup>6</sup>. Dies ist

<sup>2</sup> Wie z.B. Kugelschreiber, Dosenöffner, Holzblumen etc.

<sup>3</sup> Das Werbegewinnspiel, welches das Kantonsgericht Zug zu beurteilen hatte, wurde beispielsweise an über 600'000 Personen in der ganzen Schweiz versandt; vgl. unten III.1.b).

<sup>4</sup> So eine Verbraucherberaterin der Bundesarbeitsgemeinschaft der Senioren-Organisationen in den BAGSO Nachrichten online, Ausgabe 02/1999 (<<http://www.sonet.server.de>>) und auch das Obergericht Thurgau, Strafurteil vom 17.4.2001, Erw. 7.c.bb (vgl. unten Fn. 134).

<sup>5</sup> Beispiel aus Europäische Verbraucher-Beratungsstelle (oben Fn.1).

<sup>6</sup> Ca. 90 % der rund 160 Beschwerden, die im Jahr 2000 bei der Schweizerische Lauterkeitskommission (SLK; vgl. dazu unten III.3.) eingereicht wurden, stammten von Konsumentinnen und Konsumenten (so BRUNNER, recht 2001, 2); mit grossem Abstand am häufigsten betroffen ist die Branche des Versandhandels (über 30 %), häufigster beklagter Tatbestand sind unlautere Gewinnspiele (ebenfalls über 30 %); vgl. dazu den

\* Meinem Assistenten Herrn Fürsprecher Beat ZIRLICK danke ich herzlich für die intensive und konstruktiv-kritische Mitwirkung bei der Ausarbeitung des Manuskripts. Abschluss des Manuskripts am 27.7.2001, Ergänzung am 19.11.2001.

<sup>1</sup> Beispiele nach Europäische Verbraucher-Beratungsstelle (<<http://www.europakonsument.at/info/infogewinn.shtml>>). Weitere Beispiele etwa bei LORENZ, NJW 2000, 3306.

nicht nur unter ökologischen Gesichtspunkten unsinnig, sondern kann darüber hinaus auch eine individuelle Belästigung der Empfängerinnen und Empfänger darstellen.

Dementsprechend lohnt es sich durchaus, sich ein paar Gedanken über rechtliche Fragen im Zusammenhang mit solchen Gewinnversprechen zu machen. Meine folgenden Überlegungen gehen von der Annahme aus, dass Gewinnversprechen, welche beim Empfänger den Eindruck erwecken, er habe bereits einen Preis gewonnen und müsse, um in dessen Besitz zu gelangen, höchstens eine kleine Bearbeitungsgebühr entrichten, Waren bestellen oder eine gebührenpflichtige Telefonnummer anrufen, *grundsätzlich negativ zu bewerten sind*. Selbstverständlich ist dieser Standpunkt nicht unanfechtbar. Man könnte auch die gegenteilige Auffassung vertreten mit der Begründung, in einem Wirtschaftssystem, welches auf dem freien Wettbewerb der Marktteilnehmer beruht, müsse es den Wirtschaftssubjekten unbenommen sein, auch auf diese Weise ihre Waren oder Dienstleistungen an die Kundschaft zu bringen bzw. auch auf diese Weise „Geld zu machen“. Letztlich ist es eine Frage des kulturellen und gesellschaftlichen Hintergrunds, ob man solche geschilderten Praktiken verurteilen will oder nicht. Meine Schwiegermutter sel. – eine aus bescheidensten Verhältnissen im Veltlin stammende Frau mit bloss drei Jahren Schulbildung, aber dafür ausgestattet mit viel Lebenserfahrung und einem kritischen Verstand – hätte dazu gesagt: „Dumm ist nicht, wer verkauft; dumm ist, wer kauft!“

Wenn ich hier vom gegenteiligen Standpunkt ausgehe, tue ich dies nicht, weil ich mich gegen meine verstorbene Schwiegermutter stellen möchte, sondern aus einer anderen, fundamentalen Überlegung heraus. Der Standpunkt meiner Schwiegermutter war stets geprägt vom Misstrauen. „Trau keinem, der Dir etwas verspricht!“, war im Wesentlichen ihre Devise. Das moderne Wirtschaftsleben kann nun aber mit dieser Devise nicht effizient funktionieren. Die heutige Wirtschaft braucht Vertrauen und insbesondere den *rechtlichen Schutz von Vertrauen*<sup>7</sup>. Unser ganzes Schuldrecht – denken wir nur an den Grundsatz von Treu und Glauben<sup>8</sup>, an das Vertrauensprinzip bei der Auslegung von Willenserklärungen<sup>9</sup> oder an die zahlreichen Fälle der Rechtsscheinhaf-

tung<sup>10</sup> bzw. der Vertrauenshaftung<sup>11</sup> – und das Lauterkeitsrecht, ja letztlich die gesamte Rechtsordnung, räumen dem Schutz berechtigten Vertrauens denn auch zu Recht einen grossen Stellenwert ein. Daher rechtfertigt es sich durchaus, den vertrags- und lauterkeitsrechtlichen Aspekten von Gewinnversprechen einige Gedanken zu widmen.

Im Kampf gegen dubiose Gewinnversprechen stehen zwei rechtliche Mechanismen im Vordergrund, zum einen *straf-* bzw. *deliktsrechtliche*, zum andern *schuldrechtliche*. Das strafrechtliche Instrumentarium ist dabei allerdings von untergeordneter Bedeutung. Strafverfolgungsbehörden haben Wichtigeres zu tun, als zweifelhaften Versandhandelsunternehmen nachzujagen, weshalb hier strafrechtliche Aspekte beiseite gelassen werden sollen. Auf zivilrechtlicher Ebene aber ist das Deliktsrecht (konkret das Lauterkeitsrecht) wenig wirksam, kommt es doch praktisch nur dann zum Tragen, wenn jemand einen Schaden erlitten hat und Schadenersatz verlangt<sup>12</sup>. Solche Fälle sind bei Gewinnversprechen nicht leicht vorstellbar. Wesentlich interessanter sind demgegenüber die schuldrechtlichen Aspekte von Gewinnversprechen. Denn wenn ein Unternehmen, welches Gewinnversprechen abgibt, gezwungen wäre, jedem Empfänger des Versprechens den Gewinn zu entrichten, so würden die entsprechenden Praktiken rasch der Vergangenheit angehören<sup>13</sup>. Deshalb soll im Folgenden das Schwergewicht meiner Ausführungen auf den schuldrechtlichen Aspekten von Gewinnversprechen liegen, während lauterkeitsrechtliche Gesichtspunkte nur gestreift werden.

## 2. Gesetzliche Regelungen im Ausland

Im umliegenden Ausland sind Gewinnversprechen seit kurzem Gegenstand gesetzlicher Regelungen geworden. Sowohl in Österreich als auch in Deutschland wurden Bestimmungen mit dem Ziel erlassen, die Rechtsstellung des Empfängers eines Gewinnversprechens zu verbessern.

<sup>10</sup> Vgl. dazu statt aller nur etwa BK-KRAMER, Allg. Einleitung, N 150. Als Beispiel siehe Art. 18 Abs. 2 OR, Art. 33 Abs. 3 OR, Art. 34 Abs. 3 OR und Art. 164 Abs. 2 OR.

<sup>11</sup> Die Literatur zur Vertrauenshaftung ist heute abundant. Vgl. statt aller nur etwa SCHWENZER, OR AT, N 52.01 ff.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 982a ff., sowie neuerdings Hans Peter WALTER, Die Vertrauenshaftung: Unkraut oder Blume im Garten des Rechts?, ZSR 120 (2001) I, 79 ff., und Corinne WIDMER, Vertrauenshaftung – Von der Gefährlichkeit des Überflüssigen, ZSR 120 (2001) I, 101 ff., alle m.w.Nw.

<sup>12</sup> Vgl. dazu unten III.4.

<sup>13</sup> Ebenso LORENZ, JuS 2000, 842, der sich aus dem Zwang zur Erfüllung eine effektive Prävention gegen diese Praktiken verspricht.

Tätigkeitsbericht 2000 der SLK. Obwohl gemäss konstanter Praxis der Kommission wiederholt gewisse Vorab-Verlosungen als unlauter qualifiziert werden, mussten auch im Jahr 2000 wiederum mehrere beanstandet werden.

<sup>7</sup> Vgl. dazu statt aller etwa verschiedene Beiträge in Hagen HOF et al. (Hrsg.), Recht und Verhalten, Verhaltensgrundlagen des Rechts – zum Beispiel Vertrauen, Baden-Baden 1994.

<sup>8</sup> Art. 2 ZGB.

<sup>9</sup> Vgl. dazu etwa SCHWENZER, OR AT, N 27.40 ff.; BUCHER, OR AT, 121 ff.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 206 ff.

## 2.1 Österreich

Der österreichische Gesetzgeber hat im Jahre 1999 in sein Konsumentenschutzgesetz (KSchG) unter anderem einen § 5j mit folgendem Wortlaut eingefügt<sup>14</sup>:

„Unternehmer, die Gewinnzusagen oder andere vergleichbare Mitteilungen an bestimmte Verbraucher senden und durch die Gestaltung dieser Zusendungen den Eindruck erwecken, dass der Verbraucher einen bestimmten Preis gewonnen habe, haben dem Verbraucher diesen Preis zu leisten; er kann auch gerichtlich eingefordert werden.“

Anlass für den Erlass dieser Bestimmung war die dubiose Vertriebspraxis mancher Unternehmungen. Klagen von Versprechensempfängern auf Ausrichtung des Gewinns scheiterten vorher offenbar insbesondere aufgrund der eingeschränkten Klagbarkeit von Wett- und Spielschulden gemäss §§ 1267 ff. ABGB<sup>15</sup>. In der (österreichischen) Literatur wird geltend gemacht, § 5j KSchG sei teleologisch auf Gewinnzusagen zu reduzieren, bei denen zugleich auch der Abschluss eines Vertrages angeboten werde. Diese Bestimmung normiere eine Haftung, die über den Vertrauensschaden weit hinausgehe bzw. von diesem völlig abgekoppelt sei. Der Anspruch des Versprechensempfängers könne daher als pauschalierter und vom tatsächlichen Eintritt eines Schadens unabhängiger Schadenersatzanspruch aus der Verletzung *vorvertraglicher Schutz- und Aufklärungspflichten* angesehen werden<sup>16</sup>.

## 2.2 Deutschland

In ähnlicher Weise hat der deutsche Gesetzgeber im Jahr 2000 auf die (offenbar überhandnehmenden) Gewinnversprechen reagiert. Am 27.6.2000 fügte er in das BGB einen § 661a mit folgendem Wortlaut ein<sup>17</sup>:

<sup>14</sup> 185. Bundesgesetz, mit dem Bestimmungen über den Vertragsabschluss im Fernabsatz in das Konsumentenschutzgesetz eingefügt und das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 sowie das Produkthaftungsgesetz geändert werden (Fernabsatz-Gesetz), BGBl. Teil I 1999, 249 ff. vom 19.8.1999 (in Kraft seit 1.10.1999).

<sup>15</sup> KLAUSER, *ecolex* 1999, 752.

<sup>16</sup> KLAUSER, *ecolex* 1999, 752 f. (Hervorhebung hinzugefügt), ebenso a.a.O., 755. Vgl. auch den Hinweis von KLAUSER, *ecolex* 2000, 188 ff., auf ein vor dem OGH und dem EuGH hängiges Verfahren, welches u.a. die Frage zum Gegenstand hat, ob ein Anspruch aus Gewinnversprechen auf culpa in contrahendo beruht und – falls ja – wie ein solcher internationalzivilprozessrechtlich zu behandeln sei.

<sup>17</sup> Art. 2 Nr. 6 des Gesetzes vom 27.6.2000 über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro, BGBl. 2000 Teil I Nr. 28 vom 29.6.2000, 897 ff. (in Kraft seit 29.6.2000). Vgl. zu dieser neuen Regelung PALANDT-SPRAU, § 661c BGB Rdn. 1 ff.; ausführlich LORENZ, NJW 2000, 3306 f., sowie das Urteil des LG Wuppertal vom 19.2.2001, VuR 2001, 387 f.

„Ein Unternehmer, der Gewinnzusagen oder vergleichbare Mitteilungen an Verbraucher sendet und durch die Gestaltung dieser Zusendungen den Eindruck erweckt, dass der Verbraucher einen Preis gewonnen hat, hat dem Verbraucher diesen Preis zu leisten.“

Diese verbraucherrechtliche Sondervorschrift bezweckt, unerwünschten Geschäftspraktiken entgegenzuwirken<sup>18</sup>. Der blosser Zugang der Mitteilung beim Empfänger genügt<sup>19</sup>; die Verpflichtung kommt ohne rechtsgeschäftliche Mitwirkung des Verbrauchers zustande<sup>20</sup>. Erforderlich ist nur, dass der Empfänger die Erklärung bei objektiver Betrachtung so verstehen darf, ihm sei ein Preis versprochen worden<sup>21</sup>. Es handelt sich um ein *gesetzliches Schuldverhältnis*, welches eine Haftung für einen *zurechenbaren Rechtsschein* begründet; die Gewinnmitteilung wird dabei dogmatisch als (*rechts-)*geschäftähnliche Handlung qualifiziert<sup>22</sup>. Geschuldet wird Erfüllung, nicht Ersatz eines Vertrauensschadens<sup>23</sup>. Im Verhältnis zwischen zwei Unternehmen oder bei Gewinnversprechen unter Privaten findet § 661a BGB keine Anwendung<sup>24</sup>.

## 2.3 Auswirkungen auf die Schweiz

Österreich und Deutschland haben mit den aufgezeigten gesetzlichen Regeln unter bestimmten Voraussetzungen Gewinnversprechen explizit zu klagbaren Ansprüchen erklärt. Sie haben damit die in diesen Ländern vorher bestehende unklare Rechtslage<sup>25</sup> beseitigt. Die dargestellten gesetzlichen Regelungen haben nun auch Reflexwirkungen auf die Schweiz. Gewinnversprechen von Versandhandelsunternehmen werden vielfach über die Landesgrenzen hinweg verschickt<sup>26</sup>. Der deutsche und der österreichische Gesetzgeber haben ihren Verbraucherinnen und Verbrauchern eine – verhältnismässig<sup>27</sup> – scharfe Waffe im Kampf gegen dubiose Unternehmen in die Hand gegeben<sup>28</sup>. Nun ist es aller-

<sup>18</sup> PALANDT-SPRAU, § 661a BGB Rdn. 1; LORENZ, JuS 2000, 842.

<sup>19</sup> PALANDT-SPRAU, § 661a BGB Rdn. 4.

<sup>20</sup> M.a.W. entsteht die Verpflichtung des Unternehmers direkt aus dem Gesetz und nicht gestützt auf einen Vertrag; PALANDT-SPRAU, § 661a BGB Rdn. 2.

<sup>21</sup> PALANDT-SPRAU, § 661a BGB Rdn. 2.

<sup>22</sup> LORENZ, JuS 2000, 842; DERS., NJW 2000, 3307 und 3308.

<sup>23</sup> LORENZ, NJW 2000, 3306.

<sup>24</sup> Vgl. zum Unternehmer- und Verbraucherbegriff die gleichzeitig in das Gesetz eingefügten §§ 13 und 14 BGB; siehe auch LORENZ, NJW 2000, 3306.

<sup>25</sup> Vgl. dazu für die Schweiz sogleich im Text.

<sup>26</sup> Ebenso LORENZ, NJW 2000, 3307, und KLAUSER, *ecolex* 1999, 752.

<sup>27</sup> Vgl. immerhin die Relativierung dieser Einschätzung am Schluss dieser Ausführungen (unten IV.).

<sup>28</sup> LORENZ, JuS 2000, 843, spricht plastisch davon, durch § 661a BGB würden „Trickserien“ mit dogmatischen Feinheiten schlicht ausgeschaltet.

dings eine Binsenwahrheit, dass gesetzliche Schutzmechanismen nur dann wirksam sind, wenn sie auch effektiv in die Tat umgesetzt werden können. Insbesondere beim grenzüberschreitenden Versandhandel mit Gewinnversprechen stossen derartige Schutzmechanismen indessen an verschiedene praktische und theoretische Grenzen. Eine praktische Schwierigkeit besteht in diesen Fällen darin, dass eine Rechtsverfolgung über die Landesgrenzen hinweg im Allgemeinen aufwändiger und teurer ist. Weiter erschweren internationalprivatrechtliche und internationalzivilprozessrechtliche Probleme die Rechtsverfolgung<sup>29</sup>. Darüber hinaus aber – und dies ist in casu von besonderem Interesse – wird sich speziell ein *materielles Schutzgefälle* besonders nachteilig auf den Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher auswirken. Wenn es sich zeigen sollte, dass das schweizerische Recht, dem bekanntlich entsprechende gesetzliche Regelungen (noch) fehlen, ein tieferes Schutzniveau aufweisen sollte als das Recht unserer Nachbarländer, so könnte unser Land zu einer *Schutzoase im negativen Sinne* werden. Die Schweiz liefe Gefahr, dubiose Versandhandelsfirmen anzuziehen, welche dem ihnen nachteiligen ausländischen Recht ausweichen wollen<sup>30</sup>. Daher muss sich die schweizerische Rechtsordnung rechtzeitig über die vertrags- und lauterkeitsrechtlichen Aspekte von Gewinnversprechen Gedanken machen und prüfen, ob allenfalls Schutzlücken bestehen, die es zu beseitigen gilt.

### 3. Gewinnversprechen im schweizerischen Recht

In der Schweiz gibt es bemerkenswert wenig Judikatur und Literatur zur Problematik der Gewinnversprechen. Ein publiziertes höchstichterliches Urteil aus Lausanne existiert, soweit ersichtlich, nicht. Die zugängliche kantonale Judikatur ist spärlich. Die Aussagen und vor allem die Tendenzen in diesen Urteilen sind zum Teil widersprüchlich. Offenkundig haben die (unterinstanzlichen) Gerichte Mühe, das Phänomen „Gewinnversprechen“ mit dem gängigen schuldrechtlichen Instrumentarium zu erfassen<sup>31</sup>. Noch ist somit das Risiko eines Unternehmers, der Gewinnversprechen abgibt, zur Ausrichtung des versprochenen Gewinns (wenn möglich sogar an zahlreiche Kundinnen und

Kunden) verurteilt zu werden, verhältnismässig gering. Die folgende Analyse der sich stellenden Rechtsfragen soll zeigen, weshalb dies so ist.

## II. Vertrags- bzw. schuldrechtliche Aspekte von Gewinnversprechen

### 1. Überblick über die schweizerische Gerichtspraxis

Soweit ersichtlich, existieren in der Schweiz nur zwei veröffentlichte Urteile unterinstanzlicher Gerichte, die sich mit der Frage befassen, ob der Empfänger eines Gewinnversprechens einen Anspruch auf Auszahlung des Gewinns hat: Das erste Urteil stammt vom Kantonsgericht Zug, das zweite vom Bezirksgericht Kreuzlingen, wobei dieser Entscheid vom Obergericht des Kantons Thurgau wieder aufgehoben worden ist.

#### 1.1 Das Urteil des Kantonsgerichts Zug vom 13.9.1990 (Fall „Sweepstake I“)<sup>32</sup>

Eingeklagt war in diesem Fall die Summe von Fr. 25'000.– aus einem Gewinnversprechen bei einem sogenannten „Sweepstake“<sup>33</sup>. Das Kantonsgericht wies die Klage ab. Zur Begründung führte es aus, der Kläger habe keinen Anspruch aus *Preis ausschreiben oder Auslobung*<sup>34</sup>, weil die Zahl der Versprechensempfänger und möglichen Gewinner für die Beklagte, welche ihr Gewinnversprechen zwar an einen grösseren, jedoch eindeutig bestimmbar Adressatenkreis versandt habe, von vornherein feststand und weil es deshalb am Tatbestandselement der öffentlichen Bekanntgabe fehle. Zudem sei von den Adressaten der Mitteilung keine Leistung verlangt worden, wie sie das Gesetz sowohl für die Auslobung als auch für das Preis ausschreiben vorsehe. Unter den Lotteriebegriff i.S.v. Art. 515 Abs. 1 OR falle das Gewinnspiel der

<sup>29</sup> Dazu einlässlich LORENZ, NJW 2000, 3305 ff., und KLAUSER, *ecolx* 1999, 752 ff., sowie der kurze Hinweis von KLAUSER, *ecolx* 2000, 188 f.; vgl. auch unten II.4.

<sup>30</sup> Gl.M. Stellungnahme des Bundesrates vom 5.6.2000 zur Motion 00.3169 von Nationalrätin Simonetta SOMMARUGA vom 24.3.2000 („Schluss mit unlauteren Gewinnversprechen“; <[http://www.parlament.ch/afs/data/d/gesch/2000/d\\_gesch\\_20003169.htm](http://www.parlament.ch/afs/data/d/gesch/2000/d_gesch_20003169.htm)>).

<sup>31</sup> Vgl. dazu sogleich einlässlich im Text.

<sup>32</sup> SJZ 1992, 254 ff.

<sup>33</sup> Dabei handelt es sich um eine *Vorabverlosung*, bei der sämtliche Gewinner bereits im Voraus ausgelost werden und somit definitiv feststehen. Trotzdem wird dann häufig allen auch Nichtgewinnern mitgeteilt, sie seien Gewinner bzw. hätten (grosse) Gewinnchancen.

<sup>34</sup> Art. 8 Abs. 1 OR.

Beklagten nicht, da die Teilnahme und damit die Gewinnmöglichkeit nicht davon abhängen, ob die Adressaten einen Einsatz leisten oder ein Geschäft abschliessen würden. Aus Spiel und Wette würden zwar keine klagbaren Forderungen entstehen<sup>35</sup>, doch bei Werbegewinnspielen wie dem vorliegenden würden die Veranstalter im Gegensatz zum Teilnehmer nicht den Spielzweck verfolgen, sondern aus ernsthaften geschäftlichen Motiven handeln. Würden solche Geschäfte den Bestimmungen über Spiel und Wette unterworfen, so entstünde die unbefriedigende Situation, dass der werbende Unternehmer die Entrichtung der versprochenen Preise verweigern könnte, obwohl die Veranstaltung ihre ganze Werbewirkung zu entfalten vermöge. Daher erscheine es als angebracht, das Verhältnis als normales Vertragsverhältnis zu betrachten.

In der Folge prüfte das Kantonsgericht Zug die eingeklagte Forderung nach den Bestimmungen des *Schenkungsrechts*. Grosses Gewicht legte das Gericht dabei auf die Auslegung von Willenserklärungen nach dem Vertrauensprinzip. Die der Klägerin zugesandte Mitteilung bestand im Wesentlichen aus drei Teilen: Zunächst aus der Bekanntmachung, wonach die Klägerin definitiv zu den Gewinnern gehöre, im Weiteren aus einem „dringenden Appell“ an die Klägerin und schliesslich aus derjenigen Seite, auf der unter anderem ein Postbote mit mehreren Tausendernoten in der Hand abgebildet war. Das Gericht hielt fest, dass die Beklagte mit der Bekanntmachung aufgrund der graphischen Gestaltung und verschiedener Textstellen wie „offiziell und definitiv“, „Ziehungsergebnis“ und „notariell bestätigt“ sowie insbesondere „Frau N. gehört also definitiv zu den Gewinnern“ den Eindruck erweckt habe, sich definitiv verpflichten zu wollen. Im Gegenzug hielt dann das Gericht allerdings fest, dass sich die Empfängerin in den Grenzen zumutbarer Sorgfalt darum bemühen müssen, den Erklärenden richtig zu verstehen. Nach Treu und Glauben könne von einem vernünftigen und korrekten Empfänger erwartet werden, dass er unter Berücksichtigung aller ihm erkennbaren bedeutsamen Umstände prüfe, was der Erklärende gemeint habe. Deshalb habe sich die Klägerin nicht damit begnügen dürfen, auf die „Bekanntmachung“ allein abzustellen. Vielmehr habe sie diese im Zusammenhang mit der ganzen Mitteilung und unter Berücksichtigung der für sie erkennbaren Umstände lesen müssen. Dazu gehöre insbesondere die Tatsache, dass nach allgemeiner Lebenserfahrung die Bekanntgabe eines Gewinns von Fr. 25'000.– bzw. ein Schenkungsversprechen in dieser Höhe nicht in der vorliegenden Art erfolge. Bei der Mitteilung der Beklagten handle es sich um eine im Massenversand verschickte Karte, die zudem lediglich mit einer Faksimile-Unterschrift versehen sei. Die Aufmachung sei reklame-

haft und bezwecke offensichtlich, die Aufmerksamkeit der Adressaten zu wecken und auf die in Kürze zugesandten „Gewinnunterlagen“ zu lenken.

In der Folge kam das Gericht zum Schluss, dass aufgrund weiterer Aussagen der Beklagten im Werbetext für die Klägerin hätte klar sein müssen, dass die Beklagte keineswegs beabsichtigte, ihr ohne weiteres Fr. 25'000.– zu schenken. Vielmehr sei es der erkennbare Wille der Beklagten gewesen, die Klägerin zur Teilnahme an einem Wettbewerb zu veranlassen. Unter diesem Blickwinkel sei es auch von Bedeutung, dass die Beklagte in der Bekanntmachung lediglich von „Gewinner eines Preises“ und „kann in den nächsten Tagen schon einen Preis anfordern“ gesprochen habe. Der Gewinn von Fr. 25'000.– sei an die Bedingung geknüpft gewesen, dass dieser Preis der Klägerin tatsächlich zugelost worden sei. Mithin habe die Klägerin die Mitteilung der Beklagten bei Beachtung der ihr zumutbaren Sorgfalt lediglich als suspensiv bedingtes Schenkungsversprechen bezüglich eines unbestimmten Preises und bezüglich der Fr. 25'000.– auffassen dürfen. Da die Bedingungen unbestrittenermassen nicht eingetreten seien, sei das Schenkungsversprechen der Beklagten dahingefallen.

## 1.2 Das Urteil des Bezirksgerichts Kreuzlingen vom 23.10.2000<sup>36</sup>

Zum gegenteiligen Ergebnis kam das Bezirksgericht Kreuzlingen in einem Urteil vom 23.10.2000. Der Kläger verlangte von der Beklagten X-Versand AG die Zahlung von Fr. 50'000.– nebst Zins. Zur Begründung machte er geltend, er habe von der Beklagten Post erhalten, aus der hervorgegangen sei, dass er bei einer Verlosung mit der Losnummer 542873 unwiderruflich einen Barbetrag von Fr. 50'000.– gewonnen habe. Der Gewinn sei von einer unverbindlichen Testanforderung (Bestellung von Ware) abhängig gemacht worden, welche zusammen mit dem Zertifikat zur Gewinnanforderung an die Beklagte zu erfolgen hatte. Der Kläger habe Ware mit dem entsprechenden Formular bestellt; diese sei geliefert und fristgerecht bezahlt worden. Das Bezirksgericht schützte die Klage aus verschiedenen Erwägungen.

Zunächst qualifizierte das Gericht die Mitteilung der Beklagten als *abstrakte Schuldanererkennung* i.S.v. Art. 17 OR. Diese führe zu einer Beweislastumkehr; es sei deshalb Sache der Beklagten, das dem abstrakten Schuldversprechen zugrunde liegende Grundverhältnis aufzudecken, aus dem sie dann gegebenenfalls Einreden erheben könne. In der Folge schritt das Bezirksgericht zu einer Auslegung der Schuldan-

<sup>35</sup> Art. 513 Abs. 1 OR.

<sup>36</sup> SJZ 2000, 592 ff.; dieses Urteil wurde vom kantonalen Obergericht aufgehoben (vgl. sogleich unten).

erkennung gestützt auf das Vertrauensprinzip. Der diesem Fall zugrunde liegende Sachverhalt präsentierte sich dabei ausserordentlich verwirlich, weil die Beklagte – wie das bei solchen Gewinnspielen einer weitverbreiteten Praxis entspricht – in ihrem Mailing zahlreiche Hinweise, Versprechungen und dergleichen Dinge mehr gemacht hatte. Aufgrund des Beweisverfahrens ergab sich im Wesentlichen, dass (angeblich) eine „Ziehung der Gewinne“ stattgefunden hatte und dass dabei der 1. Preis der Gewinn-Nummer 542873 zugeteilt worden war. Offenbar hatten aber – ohne dass dies für die Empfänger erkennbar war – Tausende von weiteren Adressaten des Mailings dieselbe Losnummer wie der Kläger zugeteilt erhalten. Dem dem Kläger zugesandten Zertifikat liess sich indessen entnehmen, die Losnummer 542873 sei dem Kläger persönlich zugeteilt und das Zertifikat sei ausschliesslich für ihn, den namentlich erwähnten Kläger, gültig. Unter diesen Umständen habe der Kläger – so das Gericht – nach Treu und Glauben davon ausgehen können, dass er sämtliche Anforderungen und Bedingungen für den Erhalt des Hauptpreises aus der Barauszahlungsverlosung erfüllt und mithin Anspruch auf den Betrag von Fr. 50'000.– habe. Eine allfällige mögliche andere Auslegung, wie sie die Beklagte aufgrund ihrer verschiedenen (verwirlichen) Hinweise im Mailing beanspruchen wolle, sei schon nach dem Grundsatz in dubio contra stipulatorem unbeachtlich. Die Beklagte hätte es in der Hand gehabt, klare Teilnahmebedingungen zu stipulieren, anstatt deren einzelne Elemente verstreut über diverse Dokumente und sogar verknüpft mit einer zweiten Verlosung festzulegen.

Anschliessend prüfte das Gericht, ob die Beklagte die Erfüllung verweigern dürfe, indem sie Einreden aus dem *Grundverhältnis* geltend machen könne. Dies erscheine aber schon deshalb als fraglich, weil die Beklagte für das Grundverhältnis beweispflichtig sei, dieses aber letztlich nicht offengelegt habe. Sie habe sich darauf beschränkt darzulegen, weshalb eine rechtliche Verpflichtung nicht gegeben sei: Auslosung oder Preisausschreiben, Spiel oder Wette würden nicht vorliegen, die Formerfordernisse eines Schenkungsversprechens seien nicht erfüllt, aber auch ein Lotteriegeschäft sei nicht gegeben. Im Folgenden erachtete es jedoch das Gericht nicht als erheblich, welches Geschäft dem Schuldbekenntnis zugrunde liege, weil sämtliche Einreden daraus der Beklagten unbeachtlich seien, da der Beklagten ein *venire contra factum proprium* und krasser Rechtsmissbrauch vorzuhalten seien. Die Beklagte habe durch ihr Werbemailing mit komplizierten, auf mehreren Dokumenten zusammenzusuchenden Teilnahmebedingungen für verschiedene Gewinnspiele den Eindruck erweckt, der Kläger habe Anspruch auf den 1. Preis über Fr. 50'000.–, wolle nun aber mit spitzfindiger Argumentation und mit für den Kläger nach Treu und Glauben

nicht erkennbaren fehlenden Voraussetzungen rechtlich nicht gebunden sein. Sie anerkenne zwar den (theoretischen) Gewinnanspruch einer ausgelosten Person, auch den Anspruch der Teilnehmenden auf einen Trostpreis, berufe sich dann aber doch für den Eventualfall auf Formmängel eines Schenkungsversprechens oder die Unklagbarkeit von Lotterieforderungen (obwohl im Zivil- und im parallel dazu geführten Strafverfahren wiederum das Vorliegen einer unzulässigen Lotterie bestritten worden sei). Selbst wenn das Grundgeschäft eine unzulässige Lotterie darstellen würde, müsste dem Kläger trotz Art. 515 Abs. 2 OR zufolge Rechtsmissbrauchs in casu ein Erfüllungsanspruch zugebilligt werden. Schliesslich sei der Beklagten eine Berufung auf Irrtum aufgrund der klar erkennbaren Täuschungsabsicht und des widersprüchlichen Verhaltens zu verwehren. Die Beklagte habe bewusst und offenkundig mit systematisch ausgeklügeltem System zwecks Kundenfang einen Irrtum über ihre Leistungsbereitschaft bewirkt und damit die Kunden, vorliegend den Kläger, getäuscht. Zusammenfassend könne daher festgehalten werden, dass das dem Kläger zugestellte Werbemailing ihm nach Treu und Glauben einen Anspruch auf Zahlung der Fr. 50'000.– einräume.

### 2.3 Das Urteil des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 20.3.2001<sup>37</sup>

Mit Urteil vom 20.3.2001 hiess das Obergericht des Kantons Thurgau die gegen das soeben besprochene Urteil des Bezirksgerichts Kreuzlingen erhobene Berufung gut und wies die Klage auf Auszahlung des Gewinns von Fr. 50'000.– ab. Das Obergericht äusserte sich zunächst zu allgemeinen Grundsätzen von Art. 2 ZGB, ohne diese so gleich auf den konkreten Sachverhalt anzuwenden. Fallbezogen stellt es fest, den Akten sei zu entnehmen, dass die Gewinnspielveranstalterin (Berufungsklägerin) mit ihren Werbemethoden dem Empfänger (Berufungsbeklagten) bereits seit langem „ein Dorn im Auge“ gewesen sei. Aufgrund der umstrittenen Gewinnzusage habe er beabsichtigt, endlich die „die Konsumenten an der Nase herumführende Firma zu packen“. Daraus schloss das Gericht, dass der Empfänger „hinsichtlich solcher Geschäftspraktiken gewinnorientierter Unternehmungen sensibilisiert war und sein Blickwinkel nicht mehr demjenigen eines normalen Durchschnittsbürgers entsprach“. Aufgrund der weiteren Erwägungen konnte es jedoch offen lassen, ob aufgrund der Sensibilisierung für eine Auslegung nach Treu und Glauben an den Empfängerhorizont ein höherer Massstab anzusetzen sei<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> Nicht publiziert.

<sup>38</sup> Erw. 1.b).

Ausführlich prüfte das Gericht, ob der Empfänger „in der Wirrnis der verschiedenen Aussagen des Mailings nach Treu und Glauben einen Anspruch auf Barauszahlung von Fr. 50'000.– gegenüber der Berufungsklägerin herauskristallisieren“ konnte<sup>39</sup>. Es gelangte zum Schluss, dass der Empfänger nach Treu und Glauben mit seiner „unverbindlichen Testanforderung“ von Ware und mit seiner Los-Nummer 542873 zwar im „Sonderspiel 1998“ den ersten Preis – vier Holzblumen! – gewonnen, bei der Bargeldauszahlungs-Verlosung jedoch „nach objektiver Lesart“ bloss eine Gewinn*chance* als solche erworben habe, welche eine „vertragliche Nebenleistung zum ... Kaufgeschäft“ darstelle. „Eine unbedingte Willenserklärung auf Auszahlung eines solchen Bargewinns“ sei den Werbeunterlagen jedoch nicht zu entnehmen<sup>40</sup>.

Doch selbst wenn man – wie die Vorinstanz – aus der Auslegung der Unterlagen nach Treu und Glauben eine Willenserklärung auf Ausbezahlung des Gewinns an den Berufungsbeklagten ableiten könnte, so müsste dessen Anspruch „wegen des Fehlens eines der Forderung zugrundeliegenden Klageanspruchs abgewiesen werden“<sup>41</sup>. Aus dem Umstand, dass die Werbeunterlagen „zugegebenermassen wie üblich nicht sehr übersichtlich dargestellt sind und für das genaue Verständnis ein exaktes Durchlesen unabdingbar ist“, dürfe kein widersprüchliches Verhalten abgeleitet werden, da sich die Veranstalterin weder zu ihrem früheren Verhalten in Widerspruch gesetzt habe, noch ihr früheres Verhalten geeignet war, ein schutzwürdiges Vertrauen zu begründen, welches nun durch die neuen Handlungen enttäuscht werden könnte<sup>42</sup>.

Selbst bei Annahme einer verbindlichen Willenserklärung auf Auszahlung des Barpreises sei zu beachten, dass der der Forderung zugrundeliegende Sachverhalt durch ein Strafgericht als Verstoss gegen das UWG und das LG qualifiziert worden sei. Entgegen der Vorinstanz könne dem Berufungsbeklagten aufgrund der unzulässigen Lotterie keinesfalls „im Sinne einer Einzelfallkorrektur“ ein Erfüllungsanspruch zugestanden werden. Aus einer unzulässigen Lotterie entstehe infolge der Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts keine klagbare Forderung; und auch aus einer strafbaren Handlung könne kein Anspruch auf das positive Vertragsinteresse, sondern lediglich ein Schadenersatzanspruch hergeleitet werden<sup>43</sup>.

Schliesslich scheitere die Annahme eines allfälligen Schenkungsversprechens einmal daran, dass „auf der Seite der Berufungsklägerin ob-

jektiv kein Schenkungswille erkennbar war und andererseits kein Grund ersichtlich ist, weshalb die Berufungsklägerin dem Berufungsbeklagten Fr. 50'000.– schenken sollte“; letzterer sei sich dieser Umstände „genau bewusst“ gewesen. Weil der Vertrag noch nicht in wesentlichen Punkten freiwillig und in Kenntnis des Mangels erfüllt worden sei, dürfe sich die Veranstalterin zudem auch auf den Formmangel der fehlenden Unterschrift berufen, ohne dass dieses Verhalten rechtsmissbräuchlich wäre<sup>44</sup>.

Zusammenfassend sei kein rechtsgenügender Grund erkennbar, aus welchem der Berufungsbeklagte zu seinen Gunsten einen Anspruch auf den Hauptgewinn der Bargeldauszahlungsverlosung ableiten könnte<sup>45</sup>.

## 2. Kritische Beurteilung der in der Gerichtspraxis angeführten Lösungsansätze

Die vorstehend skizzierten Gerichtsurteile zeigen, dass die Gerichte sich bei der schuldrechtlichen Beurteilung von Gewinnversprechen verschiedener Lösungsansätze bedienen. Diese Lösungsansätze sind anschliessend einer kritischen Würdigung zu unterziehen. Vorneweg bedarf es indessen einer wichtigen Feststellung: *Das Gewinnversprechen als solches gibt es nicht. Jede Gewinnzusage muss – wie dies denn auch die beiden Gerichte grundsätzlich zu Recht getan haben – aufgrund einer Würdigung sämtlicher Umstände individuell beurteilt werden.* Die im Folgenden gemachten allgemeinen Aussagen sind daher nur von beschränkter Gültigkeit und bedürfen selbstverständlich der Konkretisierung im Einzelfall.

Zu untersuchen sind die Aspekte Spiel und Wette (lit. a), Lotterie (lit. b), Auslobung bzw. Preisausschreiben (lit. c), Schenkung (lit. d) und abstraktes Schuldversprechen (lit. e).

### 2.1 Spiel und Wette

Gemäss Art. 513 Abs. 1 OR entsteht aus Spiel und Wette keine Forderung. Aus Lotterie- und Ausspielgeschäften dagegen entsteht eine Forderung, wenn die Unternehmung von den zuständigen Behörden bewilligt worden ist. Fehlt diese Bewilligung, so wird eine solche Forderung wie eine Spielforderung behandelt<sup>46</sup>.

<sup>39</sup> Auf eine ausführliche Beschreibung und Wertung der verschiedenen eingereichten Gewinnspielunterlagen wird hier verzichtet; ausführlich Erw. 1.c).

<sup>40</sup> Erw. 1.c) und 1.d).

<sup>41</sup> Erw. 2.

<sup>42</sup> Erw. 3.

<sup>43</sup> Erw. 4.

<sup>44</sup> Erw. 5.

<sup>45</sup> Erw. 7.

<sup>46</sup> Art. 515 Abs. 1 und 2 OR.



Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung besteht ein wesentliches Begriffsmerkmal von *Spiel und Wette* darin, dass ihnen der wirtschaftliche Bestimmungsgrund fehlt, der Spielzweck als ausschliesslicher Vertragszweck erscheint und das aleatorische Element eindeutig überwiegt<sup>47</sup>. Der Gesetzgeber erklärt Forderungen aus Spiel und Wette deshalb als unklagbar, weil der Verpflichtung bzw. der Vermögensverschiebung der objektive wirtschaftliche Zweck fehlt<sup>48</sup>. Ein weiteres Begriffsmerkmal von Spiel und Wette besteht darin, dass Vermögensleistungen unter *entgegengesetzten Bedingungen* versprochen werden<sup>49</sup>. Preisausschreiben und Auslobung gelten nicht als Spiel i.S.v. Art. 513 OR<sup>50</sup>. Werbegewinnspiele seien – so wird in der Literatur vertreten – zumeist nicht Spiel- oder Wettgeschäfte, könnten es aber sein<sup>51</sup>.

Gewinnversprechen im hier interessierenden Sinne fallen nicht unter den Klagbarkeitsausschluss gemäss Art. 513 Abs. 1 OR. Ist ein Gewinnversprechen an überhaupt keine Bedingung geknüpft – was in reiner Form zwar kaum je vorkommen wird, sich aufgrund einer am Vertrauensprinzip orientierten Auslegung der vom Veranstalter abgegebenen Willenserklärung aber allenfalls normativ ableiten lässt<sup>52</sup> –, so fehlt es bereits am für einen Spielvertrag wesentlichen Merkmal der Vermögensleistung unter entgegengesetzten Bedingungen<sup>53</sup>. Selbst wenn indessen einem „Gewinnversprechen“ ein aleatorisches Element innewohnen sollte, indem etwa der Gewinn von der Teilnahme an einer Verlosung abhängig gemacht wird, müsste die Spieleinrede dennoch unbeachtet bleiben. Denn Gewinnversprechen im hier interessierenden Sinne beruhen stets auf *kommerziellen Werbeinteressen*. Der Veranstalter will mit dem Versprechen auf sich aufmerksam machen, seine Waren und Dienstleistungen anbieten und gegebenenfalls gar den Kaufentschluss der Adressaten beeinflussen. Dem Gewinnversprechen liegt hier somit ein *objektiver wirtschaftlicher Zweck* zugrunde. Würden solche Geschäfte den Bestimmungen über Spiel und Wette unterworfen, so entstünde – wie das Kantonsgericht Zug zutreffend ausführt – die unbefriedigende Situation, dass der werbende Unternehmer die

Entrichtung der versprochenen Preise verweigern könnte, obwohl die Veranstaltung ihre ganze Werbewirkung zu entfalten vermöchte<sup>54</sup>.

## 2.2 Lotterie bzw. lotterietähnliche Preisausschreiben und Wettbewerbe

Als *Lotterie* i.S.v. Art. 515 OR bzw. Art. 1 Abs. 2 LG<sup>55</sup> wird man Gewinnversprechen in der Regel nicht qualifizieren können. Denn als Lotterie gilt jede Veranstaltung, bei der gegen Leistung eines Einsatzes oder bei Abschluss eines Rechtsgeschäftes ein vermögensrechtlicher Vorteil als Gewinn in Aussicht gestellt wird, über dessen Erwerb, Grösse und Beschaffenheit planmässig durch Ziehung von Losen oder Nummern oder durch ein ähnliches auf Zufall gestelltes Mittel entschieden wird<sup>56</sup>. Den Lotterien gleichgestellt sind *lotterietähnliche Preisausschreiben und Wettbewerbe* jeder Art, welche gem. Art. 43 Ziff. 2 LV<sup>57</sup> an dieselben Voraussetzungen geknüpft sind wie Lotterien mit der Ausnahme, dass der Erwerb bzw. die Höhe der ausgesetzten Gewinne nur *wesentlich* vom Zufall oder von Umständen, die der Teilnehmer nicht kennt, abhängig sein müssen<sup>58</sup>. Soweit ein Unternehmer mit einem Gewinnversprechen den (im Nachhinein allerdings regelmässig bestrittenen) Eindruck erweckt, der Empfänger habe bedingungslos einen bestimmten Preis gewonnen, fehlt es bereits an dem für eine Lotterie zwingend erforderlichen Zufallselement. Soweit dem Empfänger bloss die Teilnahme an einer Auslosung versprochen wird, liegt dann keine Lotterie<sup>59</sup> vor, wenn der Teilnehmer keinen Einsatz leistet bzw. kein Rechtsgeschäft abschliessen muss<sup>60</sup>. Auf die hier interessierenden Gewinnspiele wird Letzteres im Normalfall zutreffen.

Macht der Veranstalter hingegen ausnahmsweise ein zumindest im Wesentlichen auf Zufall gestelltes Gewinnversprechen, welches an den *Abschluss eines Rechtsgeschäfts* (z.B. an die Bestellung von Ware u.U. auch nur auf Probe<sup>61</sup>) oder einen *sonstigen Einsatz* (z.B. an den Anruf

<sup>47</sup> BGE 77 II 47; BK-GIOVANOLI, Art. 513 OR N 1; ähnlich auch ZK-SCHÖNENBERGER, Art. 513 OR N 2; OR-BAUER, Art. 513 N 2; SIWR-STREULI-YOUSSEF, 195; KLEIN, 69 ff.

<sup>48</sup> So BGE 126 II 537 („un contrat ... sans cause économique“), und – jedenfalls sinngemäss – OR-BAUER, Art. 513 N 2.

<sup>49</sup> BGE 126 II 537; 77 II 47; BK-GIOVANOLI, Art. 513 OR N 2; ZK-SCHÖNENBERGER, Art. 513 OR N 2; OR-BAUER, Art. 513 N 1.

<sup>50</sup> BK-GIOVANOLI, Art. 513 OR N 3; OR-BAUER, Art. 513 N 2.

<sup>51</sup> BK-GIOVANOLI, Art. 513 OR N 3; KLEIN, 71 ff.

<sup>52</sup> Vgl. dazu unten 2.2.

<sup>53</sup> Ähnlich wie hier wohl KLAUSER, *ecolex* 1999, 752.

<sup>54</sup> SJZ 1992, 255 E. 1.3; ebenso KLEIN, 72 f.

<sup>55</sup> Bundesgesetz betreffend die Lotterien und die gewerbmässigen Wetten vom 8.6.1923 (Lotteriegesetz), SR 935.51.

<sup>56</sup> Art. 1 Abs. 2 LG; BGE 123 IV 178.

<sup>57</sup> Lotterieverordnung vom 27.5.1924 (SR 935.511).

<sup>58</sup> Zu den Tatbestandsmerkmalen der Lotterie und des lotterietähnlichen Wettbewerbs vgl. BGE 123 IV 175 ff., insb. 183 f. m.Nw.; IMHOFF-SCHIEFER, 36 ff.; SIWR-STREULI-YOUSSEF, 176 ff., und SCHWENNINGER/SENN/THALMANN, 304 ff., insb. 308 ff.

<sup>59</sup> Und auch kein lotterietähnliches Unternehmen.

<sup>60</sup> So zu Recht das Kantonsgericht Zug, SJZ 1992, 255 E. 1.2., sowie KLEIN, 99 ff.; exemplarisch zum Einsatz (sowie zu anderen Tatbestandsmerkmalen) BGE 124 IV 73 ff.; 123 IV 175 ff.; 99 IV 25 ff., jeweils m.w.Nw.

<sup>61</sup> Zum Begriff des Kaufzwangs vgl. BGE 99 IV 28 ff.

einer Telefonnummer mit sog. Anbieteranteil<sup>62</sup> oder an das Einschicken von „Fr. 10.– als Kostenanteil für den Transport des Gewinns“<sup>63</sup>) geknüpft ist, so handelt es sich um eine *unzulässige Lotterie* bzw. einen *unzulässigen lotterietähnlichen Wettbewerb*. Neben strafrechtlichen Konsequenzen<sup>64</sup> hätte dies gemäss herkömmlicher Lehre zur Folge, dass der Lotterievertrag nach Art. 20 OR nichtig wäre, weshalb Einsatz und Gewinn zurückgefordert werden könnten<sup>65</sup> bzw. – realitätsnaher – kein klagbarer Anspruch auf Auszahlung des Gewinnes entstehen würde. Ein derartiges Ergebnis wäre indessen widersinnig: Die Nichtigkeitsfolge (Unklagbarkeit der Gewinnforderung) käme ausgerechnet demjenigen zugute, der um des geschäftlichen Vorteils willen gegen das Lotteriegesetz verstösst. Die These, bei unter das Lotterieverbot fallenden Reklamewettbewerben, Preisausschreiben und Werbegewinnspielen sei der Ausspielvertrag nichtig<sup>66</sup>, lässt sich denn auch so nicht halten. Nach heute herrschender Lehre liegt Nichtigkeit nicht automatisch vor, wenn ein Vertrag gegen Art. 20 OR verstösst, sondern sie setzt voraus, „dass diese Rechtsfolge ausdrücklich im betreffenden Gesetz vorgesehen ist oder sich aus Sinn und Zweck der verletzten Norm ergibt“<sup>67</sup>. Im hier interessierenden Fall schreibt das Gesetz nicht ausdrücklich Nichtigkeit als Rechtsfolge vor, und Sinn und Zweck<sup>68</sup> des Lotterieverbotes verlangen – wie aufgezeigt – keineswegs Nichtigkeit, im Gegenteil<sup>69</sup>! Selbst wenn ein Gewinnversprechen somit als verbotene Lotterie (bzw. lotterietähnlicher Wettbewerb) zu qualifizieren wäre, würde dies die Klagbarkeit der Gewinnforderung daher nicht ausschliessen<sup>70</sup>. Eines Rückgriffs auf das Rechtsmissbrauchsverbot bedarf es diesfalls nicht<sup>71</sup>.

<sup>62</sup> Dazu BGE 125 IV 213 ff.; 123 IV 175 ff. (dazu kritisch Urs SAXER, Die Lotterie mit der Lotterie: Sind Telefongebühren Lottereeinsätze?, *medialex* 1997, 187 f.); Entscheid des Obergerichts Zürich vom 5.11.1997 („Telefonlotto“), *sic!* 1998, 217 ff.

<sup>63</sup> So im Sachverhalt, welchen das Obergericht Thurgau am 17.4.2001 (Fn. 134) beurteilt hat (Erw. 7.c.).

<sup>64</sup> Vgl. dazu Art. 4 und 38 ff. LG; SCHWENNINGER/SENN/THALMANN, 318 f.

<sup>65</sup> BK-GIOVANOLI, Art. 515 OR N 10; ZK-SCHÖNENBERGER, Art. 515 OR N 13; OR-BAUER, Art. 515 N 3; SCHWENNINGER/SENN/THALMANN, 318; KLEIN, 164.

<sup>66</sup> So das OGer Thurgau, Entscheid vom 20.3.2001, Erw. 4, insb. 4.bb); vgl. dazu auch SJZ 1964, 101 ff.; BK-GIOVANOLI, Art. 515 OR N 4; KLEIN, 71 und 77.

<sup>67</sup> BGE 119 II 224; 117 II 48, 102 II 404; OR-HUGUENIN JACOBS, Art. 19/20 N 54 m.w.Nw.

<sup>68</sup> Die ratio erfordert den Schutz des Spielers und nicht des Veranstalters, weshalb nur die Klagbarkeit des „Einsatzes“ verweigert wird.

<sup>69</sup> Vgl. zur Problematik der Nichtigkeit bei gegen die Inhaltsschranken von Art. 19 und 20 OR verstossenden Verträgen ausführlich OR-HUGUENIN JACOBS, Art. 19/20 N 52 ff.

<sup>70</sup> Denn der Schutzzweck des LG verlangt nur, dass der Veranstalter keinen Anspruch auf den Einsatz des Teilnehmers erhält.

<sup>71</sup> So aber das Bezirksgericht Kreuzlingen, SJZ 2000, 594, 2. und 3. Spalte.

## 2.3 Auslobung bzw. Preisausschreiben

Wer durch Preisausschreiben oder Auslobung für eine Leistung eine Belohnung aussetzt, hat diese nach Art. 8 Abs. 1 OR seiner Auskündigung gemäss zu entrichten. Unter *Auslobung* versteht man ein öffentlich bekannt gemachtes Versprechen, demjenigen eine Belohnung auszurichten, der eine bestimmte Leistung erbringt oder einen bestimmten Erfolg bewirkt<sup>72</sup>. Beim *Preisausschreiben* hängt der Belohnungsanspruch zusätzlich davon ab, dass sich der Teilnehmer um den Preis bewirbt und dass ihm dieser nach zuvor bekannt gegebenen Bestimmungen zuerkannt wird<sup>73</sup>. Soweit der Veranstalter beim Empfänger mit dem Gewinnversprechen den (im Prozess selbstverständlich bestrittenen) Eindruck erweckt, Letzterer habe bedingungslos einen Preis gewonnen, liegt weder eine Auslobung noch ein Preisausschreiben vor. Denn diesfalls hat der Empfänger keine Leistung zu erbringen bzw. keinen Erfolg zu bewirken, um den zugesprochenen Preis zu erhalten<sup>74</sup>.

Anders mag es sich verhalten, wenn das Gewinnversprechen nach Treu und Glauben nicht als unbedingtes interpretiert werden kann und der Empfänger daher an einer Auslosung teilnehmen muss, um seine Chance auf Anerkennung eines Preises zu wahren. Diesfalls könnte das Einsenden eines Coupons und dergleichen allenfalls als Leistung i.S.v. Art. 8 OR qualifiziert werden<sup>75</sup>. Heikler ist dann das Kriterium der Öffentlichkeit: Gewinnversprechen richten sich zwar regelmässig an einen grossen Personenkreis. Doch werden die Versprechensempfänger im Normalfall mit adressierter Post bedient, d.h. der Veranstalter begrenzt von vornherein den Kreis der möglichen Gewinner. Daraus hat das Kantonsgericht Zug abgeleitet, es fehle am Element der öffentlichen Bekanntgabe<sup>76</sup>. Diese Auffassung ist m.E. allerdings fraglich. Denn in der Literatur ist unbestritten, dass sich eine Auslobung oder ein Preisausschreiben nicht an die Allgemeinheit zu richten braucht, sondern dass der Personenkreis eingeschränkt werden kann<sup>77</sup>.

<sup>72</sup> BK-SCHMIDLIN, Art. 8 OR N 10 und N 53; ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 8 OR N 15; OR-UCHER, Art. 8 N 11 ff.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1040 ff.

<sup>73</sup> BK-SCHMIDLIN, Art. 8 OR N 36 ff.; ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 8 OR N 19 ff.; OR-UCHER, Art. 8 N 27 ff.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1051 ff.

<sup>74</sup> In der Abgrenzung so wie hier auch PALANDT-SPRAU, § 661a BGB Rdn. 1 in fine; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.1.1997, NJW 1997, 2122 f.; LORENZ, JuS 2000, 842; DERS., NJW 2000, 3306. Ähnlich auch KLAUSER, *ecolex* 1999, 752.

<sup>75</sup> A.M. das Kantonsgericht Zug, SJZ 1992, 255 E. 1.1.; auch a.M. das OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.1.1997, NJW 1997, 2122.

<sup>76</sup> SJZ 1992, 255 E. 1.1.; ebenso OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.1.1997, NJW 1997, 2122; LORENZ, JuS 2000, 842; DERS., NJW 2000, 3306.

<sup>77</sup> Vgl. dazu z.B. OR-UCHER, Art. 8 N 11, und BK-SCHMIDLIN, Art. 8 OR N 9, N 60, der immerhin betont, der Adressatenkreis müsse allgemein umschrieben sein, so dass die Zahl der Versprechensempfänger nicht von vornherein feststehe.

Wird, wie dies das Kantonsgericht Zug tut, das Kriterium der Öffentlichkeit im konkreten Fall verneint, so handelt es sich um ein sogenanntes *geschlossenes Preisausschreiben*. Dieses stellt einen gewöhnlichen Antrag zum Vertragsschluss dar, den jeder Empfänger annehmen kann<sup>78</sup>. Darauf wird später noch zurückzukommen sein<sup>79</sup>.

## 2.4 Schenkung

Gemäss Art. 239 Abs. 1 OR gilt als Schenkung jede Zuwendung unter Lebenden, womit jemand aus seinem Vermögen einen anderen ohne entsprechende Gegenleistung bereichert. Die Schenkung stellt einen (einseitigen) Vertrag dar. Für eine Schenkung erforderlich sind auf Seiten des Schenkers die *Schenkungsabsicht* (*animus donandi*)<sup>80</sup> und auf Seiten des Beschenkten der „Schenkungsempfangswille“, d.h. zwischen den Parteien des Schenkungsvertrages muss Konsens über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung bestehen<sup>81</sup>.

Ein Gewinnversprechen im vorliegend interessierenden Sinne ist keine Schenkung<sup>82</sup>, weil dem gewinnversprechenden Unternehmen der Schenkungswille fehlt. Der Unternehmer, der ein breites Publikum (wenn auch mit gezielten Versendungen) mit Gewinnversprechen bedient, tut dies um der Werbung für bestimmte Waren oder Dienstleistungen willen und daher aus *kommerziellen Gründen*. Ein Gewinnspiel im hier interessierenden Sinn ist nichts anderes als eine *Reklameveranstaltung*. Dem Unternehmer fehlt somit – in für den Empfänger des Gewinnversprechens klar erkennbarer Weise – der bei einer Schenkung erforderliche *animus donandi*<sup>83</sup>. Unerheblich ist, ob das Gewinnver-

sprechen an eine Gegenleistung des Empfängers (z.B. eine Warenbestellung) gebunden ist oder nicht. Bedingungs- bzw. auflagenlose Gewinnversprechen beinhalten zwar eine unentgeltliche Zuwendung und weisen damit das für eine Schenkung charakteristische objektive Element der Bereicherung des Empfängers aus dem Vermögen des Leistenden auf. Da indessen das subjektive Element der Schenkungsabsicht fehlt, kann es sich dennoch um keinen Schenkungsvertrag handeln. Es gilt der Grundsatz: Eine Unternehmung verschenkt nichts<sup>84</sup>!

Diese hier vertretene Auffassung ist nicht unumstritten. In zahlreichen Diskussionen, die ich mit verschiedenen Juristen über diese Problematik führte, wurde mir entgegengehalten, bei den kommerziellen Überlegungen der Gewinnspielveranstalter handle es sich um *bloße Motive*, die *schenkungsrechtlich unbeachtlich* seien<sup>85</sup>. Es sei unbestritten, dass eine Schenkung auch dann vorliege, wenn z.B. ein Onkel seiner Nichte aus egoistischen Überlegungen, etwa um als Wohltäter dazustehen, eine unentgeltliche Zuwendung mache. Dieser Einwand überzeugt mich nicht. Nicht nur der altruistisch, sondern auch der egoistisch handelnde Onkel will in für die Nichte erkennbarer Weise schenken, hat also den *animus donandi*. Der Gewinnspielveranstalter dagegen will – auch wenn er etwas verspricht – insgesamt (in ebenso erkennbarer Weise) ein Geschäft machen. Die (erhoffte) *Reklamewirkung* ist nicht blosses Motiv<sup>86</sup>, sondern gleichsam

<sup>78</sup> ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 8 OR N 23; OR-UCHER, Art. 8 N 13, 29; BK-SCHMIDLIN, Art. 8 OR N 46; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1056, welche von einem „unechten Preisausschreiben“ sprechen, was nach deutscher Terminologie eine Gratisverlosung meint (NJW 1997, 2122).

<sup>79</sup> Vgl. dazu unten II.3.

<sup>80</sup> BGE 116 II 234 E. 3e aa; CAVIN, SPR VII/1, 185 f.; OR-VOGT, Art. 239 N 1; GUHL/KOLLER, 395; ENGEL, 110 f. und 115; zurückhaltend dagegen TERCIER, Rdn. 1339; wie hier klar bereits VON TUHR, SJZ 1922, 201.

<sup>81</sup> OR-VOGT, Art. 239 N 1; ENGEL, 110; GUHL/KOLLER, 396; VON TUHR, 201 f.

<sup>82</sup> A.M., aber ohne Begründung, SCHLUEP, Direct Mail, 175; vgl. auch IMHOFF-SCHIEFER, ZSR 104 (1985) I, 46 f. lit. cc, sowie OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.1.1997, NJW 1997, 2122 f. „Eher“ wie eine Schenkung klingt auch nach KLAUSER, *ecolex* 1999, 752, eine Gewinnzusage, für die kein Einsatz geleistet werden muss.

<sup>83</sup> So im Ergebnis das OGer Thurgau, Entscheid vom 20.3.2001, Erw. 5.c). Prägnant bringt VON TUHR, SJZ 1922, 201, die Notwendigkeit des *animus donandi* für das Vorliegen einer Schenkung mit folgenden Worten zum Ausdruck: „Er (der Laie) weiss, dass Schenkung eine Zuwendung ist, für die man Dank schuldet, und dass man nur dann zu Dank verpflichtet ist, wenn die Zuwendung in der Absicht der unentgeltlichen Bereicherung geschieht.“ An dieser Voraussetzung fehlt es bei Gewinnversprechen aus kommerziellen Motiven offensichtlich.

Kritisch zur Qualifikation als Schenkung auch schon das Bundesgericht in einem unveröffentlichten Entscheid, in dem es um steuerrechtliche Fragen im Zusammenhang mit dem Gewinn eines Ferienhauses in einem Wettbewerb einer Zeitschrift ging: „Der Wettbewerbsgewinn ist zwar dem Sohn ... offensichtlich unentgeltlich zugeflossen. Dennoch kann ein derartiger Gewinn nicht ohne weiteres als Schenkung i.S.v. Art. 239 OR betrachtet werden, da der aus eindeutig kommerziellen Gründen handelnde Wettbewerbsveranstalter an sich keine Freigebigkeit beabsichtigte. Der zivilrechtlichen Literatur zum Schenkungsrecht lässt sich allerdings nicht klar entnehmen, ob und wie weit eine solche Absicht, die mit dem unscharfen Begriff des „animus donandi“ im Zusammenhang steht, für das Vorliegen einer Schenkung notwendig ist, werden doch vielfach die Beweggründe für eine unentgeltliche Zuwendung als unerheblich bezeichnet (...). So werden denn auch vereinzelt kommerzielle Preisausschreiben, bei denen der Teilnehmer keine eigene Leistung zu erbringen hat, ausdrücklich als Schenkungsversprechen qualifiziert (...). Dem wäre indessen entgegenzuhalten, dass die Kodifikation des Schenkungsrechts im schweizerischen Obligationenrecht von 1911 schon verschiedentlich als ungenau kritisiert (...) und insbesondere geltend gemacht wurde, der Kreis der Schenkung sei enger, als sich aus dem Wortlaut des Gesetzes zu ergeben scheine (...). Konsequenterweise wäre dementsprechend zu prüfen, ob eine unentgeltliche Zuwendung in ausschliesslich kommerzieller Absicht, die nach dem Wortlaut von Art. 239 OR in der Tat als Schenkung betrachtet werden könnte, nicht doch als anders gelagerte Rechtsbeziehung qualifiziert werden müsste“ (Entscheid vom 5.12.1985, P 1123/85/re). Für das Erfordernis des Schenkungswillens vgl. etwa auch BGE 118 Ia 497, 502 f., und 116 II 225, 234 f.

<sup>84</sup> So deutlich auch KLAUSER, *ecolex* 1999, 752, der wörtlich ausführt: „Der Unternehmer will letztlich nicht wetten, spielen, schenken oder belohnen, sondern verkaufen“.

<sup>85</sup> Zur Unbeachtlichkeit des Motivs bei einer Schenkung vgl. etwa BGE 42 II 503, sowie OR-VOGT, Art. 239 N 1 m.Nw.; ENGEL, 110; CAVIN, SPR VII/1, 186.

<sup>86</sup> Unklar bzw. evtl. a.M. diesbezüglich CAVIN, SPR VII/1, 186 („Publizitätsbedürfnis“), sowie ENGEL, 110 („publicité“).

„Geschäftsgrundlage“ der Gewinnspielveranstaltung und schliesst damit den animus donandi aus.

Unter diesen Umständen ist die vom Kantonsgericht Zug in seinem Urteil vom 13.9.1990 getroffene Annahme, das in Frage stehende Gewinnversprechen beinhalte ein an zwei Bedingungen geknüpftes Schenkungsversprechen<sup>87</sup>, unzutreffend. Darüber hinaus erweist sich der rechtsmethodische Ansatz, das eingeklagte Gewinnversprechen unter dem Gesichtspunkt des Schenkungsrechts zu prüfen, aber auch in praktischer Hinsicht als problematisch. Nachdem das Kantonsgericht Zug andere schuldrechtliche Lösungsansätze zur Gutheissung der Klage verworfen hatte, erachtete es – wie von einem numerus clausus der möglichen Anspruchsgrundlagen ausgehend – einzig noch eine Prüfung der Forderung nach den Bestimmungen des Schenkungsrechts als relevant<sup>88</sup>. Anschliessend hielt es der Klägerin vor, sie hätte das Gewinnversprechen unter Berücksichtigung der für sie erkennbaren Umstände lesen müssen und dazu gehöre insbesondere die Tatsache, dass nach allgemeiner Lebenserfahrung die Bekanntgabe eines Gewinns von Fr. 25'000.– bzw. ein Schenkungsversprechen in dieser Höhe nicht in der vorliegenden Art erfolge<sup>89</sup>. Damit wird gleichsam das Pferd am Schwanz aufgezäumt<sup>90</sup>. Richtig an der Argumentation des Kantonsgerichts ist, dass Schenkungsversprechen von Unternehmen nicht der allgemeinen Lebenserfahrung entsprechen. Daraus indessen eine Art „Obliegenheit“ der Empfängerin des Gewinnversprechens abzuleiten, sie hätte nicht auf eine bedingungslose Gewinnzusage vertrauen dürfen, ist verfehlt. Die Prüfung der Klage unter dem Gesichtspunkt des Schenkungsrechts musste zwangsläufig in eine Sackgasse führen.

Da ein Gewinnversprechen im hier interessierenden Sinne infolge Fehlens des Schenkungswillens keinen Schenkungsvertrag darstellt, kann die Frage der *Formvorschrift* offengelassen werden: Ein Schenkungsversprechen bedarf zu seiner Gültigkeit der schriftlichen Form<sup>91</sup>. Nach Ansicht des Obergerichts des Kantons Thurgau ist die Berufung einer Veranstalterin auf den Formmangel nicht rechtsmissbräuchlich, sofern sie – was in der Praxis immer zutreffen wird – das Gewinnversprechen noch nicht in wesentlichen Punkten freiwillig und in Kenntnis

des Formmangels erfüllt hat<sup>92</sup>. Ob die zwar regelmässig schriftlich verfassten, i.d.R. aber nicht unterschriebenen bzw. bloss mit einer Faksimile-Unterschrift versehenen Gewinnversprechen im Einzelfall dem Schriftformerfordernis genügen würden<sup>93</sup>, kann nach der hier vertretenen Auffassung dahingestellt bleiben<sup>94</sup>.

## 2.5 Abstraktes Schuldversprechen

Gemäss Art. 17 OR ist ein Schuldbekenntnis gültig auch ohne die Angabe eines Verpflichtungsgrundes. Unter einem Schuldbekenntnis versteht man die Erklärung einer Person gegenüber einem andern Rechtssubjekt, dass eine bestimmte Schuld bestehe<sup>95</sup>. Nennt es keinen Verpflichtungsgrund, so wird es *als abstraktes Schuldbekenntnis* bezeichnet<sup>96</sup>. Welche Tragweite einem abstrakten Schuldbekenntnis zukommt, kann nicht generell, sondern nur einzelfallbezogen entschieden werden. Unbestritten ist, dass jedes abstrakte Schuldbekenntnis zu einer Beweislastumkehr führt, d.h. das Schuldbekenntnis bildet einen genügenden Klagegrund; es ist Sache des Schuldners darzulegen, welcher Verpflichtungsgrund hinter dem Schuldverhältnis steht und dass dieser Verpflichtungsgrund gegebenenfalls einreden- bzw. einwendungsbehaftet ist<sup>97</sup>. Von Fall zu Fall ist zudem darüber zu entscheiden, ob der Schuldner mit der Abgabe eines abstrakten Schuldbekenntnisses auf bestimmte, aus dem Grundverhältnis resultierende Einreden und Einwendungen verzichten wollte oder nicht<sup>98</sup>.

Demgegenüber ist umstritten, ob ein abstraktes Schuldbekenntnis darüber hinaus *auch im materiellen Sinne abstrakt*, d.h. losgelöst von irgendeinem Verpflichtungsgrund bestehen könne. Die wohl herrschende Lehre geht davon aus, dass ein eigentliches abstraktes Schuldbekenntnis im materiellen Sinne nicht möglich sei, da das Schuldbekennt-

<sup>92</sup> So das OGer Thurgau, Entscheid vom 20.3.2001, Erw. 3.b) und 5.b).

<sup>93</sup> Vgl. dazu Art. 13 ff. OR und dabei spez. Art. 14 Abs. 2 OR.

<sup>94</sup> Selbst wenn man eine Faksimileunterschrift als den Formerfordernissen genügend anerkennen würde (Art. 14 Abs. 2 OR), ergäbe sich ein weiteres Problem: Die Veranstalter könnten sich mit simplen Mitteln behelfen, indem sie z.B. anstelle der Unterschriften der i.d.R. nur kollektiv zeichnungsberechtigten Organe bloss die Unterschrift einer einzigen Person abdrucken würden. Ob diesfalls die Berufung des Veranstalters auf die Formnichtigkeit effektiv einen Verstoß gegen das Rechtsmissbrauchsverbot darstellen würde, kann hier ebenfalls offen bleiben.

<sup>95</sup> OR-SCHWENZER, Art. 17 N 2; BK-SCHMIDLIN, Art. 17 OR N 18; ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 17 OR N 5.

<sup>96</sup> BGE 105 II 187 E. 4a; OR-SCHWENZER, Art. 17 N 5; BK-SCHMIDLIN, Art. 17 OR N 17; ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 17 OR N 10.

<sup>97</sup> OR-SCHWENZER, Art. 17 N 8; BK-SCHMIDLIN, Art. 17 OR N 22; ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 17 OR N 14. Man spricht diesfalls von der sogenannten *Beweisabstraktheit* des abstrakten Schuldbekenntnisses.

<sup>98</sup> Vgl. dazu OR-SCHWENZER, Art. 17 N 10 m.w.Nw.

<sup>87</sup> SJZ 1992, 256 E. 2.3.

<sup>88</sup> SJZ 1992, 255 f. E. 2 (Ingress).

<sup>89</sup> SJZ 1992, 256 E. 2.3.

<sup>90</sup> Ähnlich problematisch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.1.1997, NJW 1997, 2122 f. Dieses Gericht bejaht eine Schenkung, lässt dann aber den Anspruch des Klägers an der Nichteinhaltung der Formvorschrift für ein Schenkungsversprechen (notarielle Beurkundung gemäss § 518 Abs. 1 Satz 1 BGB) scheitern!

<sup>91</sup> Art. 243 Abs. 1 OR.

nis stets auf einem Verpflichtungsgrund beruhe<sup>99</sup>. Eine Minderheitsmeinung indessen erachtet solche materiell-abstrakten Schuldanerkenntnisse als denkbar, wenn auch nicht besonders verbreitet (etwa um unklagbare Ansprüche klagbar zu stellen, Dankeschulden zu erfüllen oder dergleichen)<sup>100</sup>. Beruhe diesfalls die Anerkennung auf Begünstigungsabsicht, werde sie, ungeachtet der Deutung durch die Parteien selber, als Schenkung zu qualifizieren sein<sup>101</sup>.

Gewinnversprechen präsentieren sich der äusseren Form nach in der Tat wie abstrakte Schuldbekennnisse. Es wäre indessen verfehlt, ein dahinterstehendes „Grundverhältnis“ im Sinne eines anderweitigen materiellen Schuldgrundes zu suchen. Gewinnversprechen stellen – wie dargelegt – keinen Schenkungsvertrag dar. Ebenso wenig ist – jedenfalls zunächst – ein anderes Vertragsverhältnis ersichtlich, auf dem das Gewinnversprechen als bloss beweisabstraktes Schuldbekennnis beruhen könnte. Die hier diskutierten Gewinnversprechen *erfolgen aus kommerziellen Überlegungen der Unternehmer und haben auslobungsähnlichen Charakter*<sup>102</sup>. Es lässt sich zwar durchaus vertreten, solche Gewinnversprechen als abstrakte Schuldanerkenntnisse gemäss Art. 17 OR zu qualifizieren; doch müsste man diesfalls bereit sein, sie als abstrakt im materiellen Sinne zu akzeptieren, es sei denn, man erblicke den Verpflichtungsgrund, den die herrschende Lehre als für ein Schuldbekennnis unerlässlich erachtet, im blossen *Werbemotiv* des versprechenden Unternehmens. Ob dies der Auffassung der herrschenden Lehre entspricht, ist allerdings unsicher.

### 3. Eigener Lösungsansatz

#### 3.1 Das Gewinnversprechen als Vertragsabschluss-Offerte

Das schweizerische Vertragsrecht ist bekanntlich geprägt vom Grundsatz der Vertragsfreiheit. Dementsprechend können – selbstverständlich immer in den Schranken von Art. 19 und 20 OR – Verträge mit beliebigem Inhalt geschlossen werden. Unerheblich ist es, ob ein Vertrag in irgendein Schema passt, insbesondere ob er sich einem gesetzlichen Vertragstyp zuordnen lässt; Konsens genügt.

<sup>99</sup> OR-SCHWENZER, Art. 17 N 13; DIES., OR AT, N 3.48; BK-SCHMIDLIN, Art. 17 OR N 20 und N 33; ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 17 OR N 22 f.; ähnlich wohl auch GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1181.

<sup>100</sup> BUCHER, OR AT, 57; tendenziell ähnlich wohl VON TUHR/PETER, 266 ff.

<sup>101</sup> ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 243 OR N 5; BUCHER, OR AT, 57; DERS., OR BT, 148, 149; OR-VOGT, Art. 239 N 7.

<sup>102</sup> Vgl. dazu oben II.2.3.

Dies wirft die Frage auf, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen dem Empfänger eines Gewinnversprechens ein vertraglicher Anspruch auf Ausrichtung des Gewinns zusteht. Die Frage nach einem allfälligen weiteren Verpflichtungsgrund würde sich diesfalls erübrigen<sup>103</sup>.

Ein vertraglicher Anspruch des Empfängers eines Gewinnversprechens auf Ausrichtung der versprochenen Leistung lässt sich begründen, wenn das Gewinnversprechen selbst als Offerte zum Vertragsabschluss<sup>104</sup> und das Einfordern des Gewinns als Akzept betrachtet wird. Dem Grundsatz nach ist gegen diese Konzeption nichts einzuwenden<sup>105</sup>. Nach meinem Dafürhalten kann ein Gewinnversprechen an sich ohne weiteres als ganz gewöhnliches Angebot (unter Abwesenden) zum *Abschluss eines (gesetzlich nicht geregelten) Vertrages* qualifiziert werden<sup>106</sup>.

Das Problem liegt jedoch – wie meist im Vertragsrecht – im Detail: Unter einer Offerte versteht man „... die Erklärung des Willens zum Abschluss eines bestimmten Vertrages, die bereits die Erklärung des durch die Annahmeerklärung des Adressaten bedingten vertraglichen Verpflichtungswillens einschliesst“<sup>107</sup>. Ob eine bestimmte Erklärung einen *Verpflichtungswillen des Erklärenden* beinhaltet, richtet sich in erster Linie nach dessen wirklichem Willen. Gegebenenfalls wird dem Erklärenden, der keinen echten Verpflichtungswillen hat, normativ ein solcher Verpflichtungswille zudiktirt, und zwar dann, wenn der Erklärungsempfänger nach dem *Vertrauensprinzip* unter Berücksichtigung aller Umstände die an ihn gerichtete Erklärung als vom Verpflichtungswillen des Erklärenden getragen verstehen durfte. Wie es sich damit bei Gewinnversprechen verhält, kann nicht generell, sondern nur im Einzelfall beurteilt werden. Erweckt das Unternehmen mit Ausdrücken wie „Sie haben definitiv und offiziell gewonnen!“, „Ihre Losnummer gehört zu den grossen Gewinnern!“ und Ähnlichem mehr beim

<sup>103</sup> Vgl. dazu einprägsam BUCHER, OR AT, 53 f., der ausführt, im heutigen schweizerischen und deutschen Recht sei die Vorstellung eines Rechtsgrundes von Verträgen sinnlos und im Gesetz nicht nur nicht begründet, sondern mit ihm nicht zu vereinbaren. Dies wird in der Praxis oft übersehen (vgl. z.B. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.1.1997, NJW 1997, 2122 unten).

<sup>104</sup> Dabei wird es sich in der Regel nicht um eine Offerte ad incertas personas handeln, da die Gewinnversprechen normalerweise an konkrete (wenn auch viele) Personen gerichtet sind.

<sup>105</sup> Die Vertragskonzeption ist m.E. überzeugender als die von KLAUSER, *ecolex* 1999, 752 ff., für das österreichische Recht vertretene culpa-in-contrahendo-Lösung (vgl. dazu oben I.2.1.).

<sup>106</sup> Das OGer Thurgau, Entscheid vom 20.3.2001, geht laut Urteils-Rubrum von einer „Forderung aus Innominatvertrag“ aus, ohne jedoch diesen Begriff in den Erwägungen noch einmal zu verwenden.

<sup>107</sup> OR-BUCHER, Art. 3 N 1.

(konkreten<sup>108</sup>) Empfänger den Eindruck, ihm sei – gegebenenfalls unter Erfüllung gewisser Bedingungen wie Einsenden einer Karte, Bestellen von Waren usw. – das grosse Los zugefallen, so sind dies gewichtige Indizien, die für einen Verpflichtungswillen des Absenders sprechen. Dem steht allerdings die allgemeine Erfahrung gegenüber, derzufolge im Grunde kaum jemand damit rechnen kann, von einem kommerziell tätigen Unternehmen „einfach so“ eine namhafte Leistung zu erhalten, ohne zumindest vorgängig an einem Wettbewerb teilgenommen zu haben.

Darüber hinaus hat es selbstverständlich der Unternehmer in der Hand, durch geeignete Hinweise im „Gewinnversprechen“ selbst klar zu machen, dass es sich nicht um ein unbedingtes Versprechen im rechtlichen Sinne, sondern bloss um eine Gewinnchance handle, die man durch bestimmte Handlungen (z.B. durch das Einsenden eines Wettbewerbs-Talons) wahrnehmen könne. In der Praxis zeigt es sich allerdings, dass die von gewissen Versandhandelsunternehmen abgegebenen Gewinnversprechen diese Klarheit gerade nicht zu erreichen versuchen, sondern dass sie im Gegenteil durch komplizierte Gestaltung der Unterlagen, verwirrliche Querverweise zwischen verschiedenen „Dokumenten“, daneben aber immer unter Verwendung von einen definitiven Gewinn suggerierenden Wendungen bewusst Unklarheit schaffen. Unter vertrauens-theoretischen Gesichtspunkten lässt sich Letzterem leicht begegnen. Wer bewusst und systematisch Verwirrung stiftet bzw. den Gewinn verspricht und im Gegenzug dieses Versprechen durch eine Vielzahl von verwirrlichen Wendungen gleich wieder relativiert, kann sich nicht beklagen, wenn ihm ein Verpflichtungswille normativ unterstellt wird.

Ein gewichtiges Indiz *gegen* den Verpflichtungswillen lässt sich damit aber nicht beseitigen: Warum sollte ein Unternehmer irgendeinem ihm unbekannten Empfänger der Werbesendung ohne weitere Bedingungen und Auflagen (und sei es auch nur die Teilnahme an einem Wettbewerb) eine namhafte Leistung versprechen? Ist man gewillt, letzterem Umstand keine grosse Bedeutung zuzumessen, und lässt sich den dem Empfänger zugesandten Unterlagen auch sonst nicht mit genügender Klarheit entnehmen, dass das Gewinnversprechen nicht von einem Verpflichtungswillen getragen ist, so kann die Erklärung des

<sup>108</sup> Vertrauens-theoretisch kann es an sich nur auf den Eindruck ankommen, den der konkrete Empfänger einer Erklärung nach Treu und Glauben beimessen durfte. In der Praxis wird man (allerdings nur der Einfachheit halber) die *generell-abstrakte Eignung* des Gewinnversprechens, bei einem *durchschnittlichen Verbraucher* den Eindruck eines bereits zugesprochenen Gewinns zu erwecken, genügen lassen können (so für das deutsche Recht, wo der Anspruch aber als gesetzlicher und nicht als vertraglicher konzipiert ist, LORENZ, NJW 2000, 3306).

Unternehmers ohne weiteres als Offerte gedeutet werden. Diesfalls hat es der Empfänger in der Hand, diese durch (rechtzeitige)<sup>109</sup> einseitige Erklärung anzunehmen und so einen Vertrag entstehen zu lassen. Dann steht dem Empfänger ein vertraglicher Anspruch auf Ausrichtung der versprochenen Leistung zu. Eines weiteren Verpflichtungsgrundes bedarf es diesfalls nicht. Dass sich ein solcher Vertrag nicht einem Vertragstyp des Besonderen Teils des OR zuordnen lässt, ist unerheblich.

### 3.2 Verpflichtung gestützt auf einseitige Erklärung?

Gewinnversprechen im hier interessierenden Sinne haben – wie gezeigt – eine gewisse Ähnlichkeit mit einer Auslobung oder einem Preisausschreiben<sup>110</sup>. Zudem präsentieren sie sich auch wie einseitige abstrakte Schuldversprechen, allerdings im materiell-abstrakten Sinn<sup>111</sup>. Dies wirft die Frage auf, ob ein Anspruch des Empfängers auf Ausrichtung der versprochenen Leistung auch bloss auf einem *einseitigen Verpflichtungsgrund* beruhen könnte. Wer der vorstehend skizzierten vertraglichen Konzeption folgt, braucht diesen Lösungsansatz allerdings in der Regel nicht. Eine solche Lösung wäre nur dann von Interesse, wenn der Empfänger des Versprechens nicht urteilsfähig ist<sup>112</sup> und daher die Offerte nicht – bzw. nicht fristgerecht (durch einen erst noch zu bestellenden gesetzlichen Vertreter) – annehmen kann.

Grundsätzlich könnte ein Gewinnversprechen statt als Offerte durchaus auch als einseitiger Verpflichtungsgrund betrachtet werden<sup>113</sup>. In der Lehre wird zwar festgehalten, dass ausserhalb des in Art. 8 OR umschriebenen Sachbereichs die Schuldbegründung durch einseitige Erklärung nicht möglich sei<sup>114</sup>. Der exzeptionelle Mechanismus der Obligationsbegründung durch einseitige Erklärung dürfe – so BUCHER – nicht analogieweise auf verwandte Tatbestände übertragen werden<sup>115</sup>.

<sup>109</sup> Vgl. dazu Art. 5 OR.

<sup>110</sup> Im gleichen Sinne für das deutsche Recht PALANDT-SPRAU, § 661a BGB Rdn. 1; vgl. auch die gesetzessystematische Einfügung des neuen § 661a ins BGB.

<sup>111</sup> Vgl. dazu oben II.2.5.

<sup>112</sup> Urteilsfähigkeit würde genügen, soweit der Empfänger bloss einen unentgeltlichen Vorteil erlangt (Art. 19 Abs. 2 ZGB). Dies trifft bei bedingungslosen (also z.B. nicht an einen Kaufvertragsabschluss gebundenen) Gewinnversprechen zu, obwohl diese keine Schenkung beinhalten. Vgl. für das deutsche Recht zur Frage der Geschäftsfähigkeit des Empfängers PALANDT-SPRAU, § 661a BGB Rdn. 1.

<sup>113</sup> Für das deutsche Recht lehnt LORENZ die Konstruktion des Gewinnversprechens als einseitiges Rechtsgeschäft ab, da § 661a BGB ein gesetzliches Schuldverhältnis begründe, welches eine Erfüllungshaftung für einen zurechenbar gesetzten Rechtsschein auslöse (LORENZ, JuS 2000, 842; DERS., NJW 2000, 3307 f.).

<sup>114</sup> OR-BUCHER, Art. 8 N 2; SCHWENZER, OR AT, N 3.46 ff., sowie BK-SCHMIDLIN, Art. 17 OR N 35, m.w.Nw.; a.M. offenbar ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 8 OR N 3, sowie GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1178.

<sup>115</sup> OR-BUCHER, Art. 8 N 2.

Dem würde ich in dieser Strenge indessen nicht folgen. An einer Auslobung gebricht es wie dargelegt nur, weil das Leistungsversprechen nicht öffentlich, sondern an einen bestimmten (wenn auch in der Regel sehr grossen) Personenkreis erfolgt<sup>116</sup>. Aus diesem Grund sollte es prinzipiell möglich sein, dem Empfänger eines Gewinnversprechens einen Erfüllungsanspruch gestützt auf einen einseitigen Verpflichtungsgrund einzuräumen. Ob dieser Verpflichtungsgrund als Auslobung gemäss Art. 8 OR bzw. als auslobungsähnlicher Tatbestand oder als abstraktes Schuldversprechen gemäss Art. 17 OR (und zwar im materiell-abstrakten Sinne) qualifiziert wird, wäre dabei von geringer Bedeutung.

Wird ein Gewinnversprechen als auf einem einseitigen Verpflichtungsgrund beruhend qualifiziert, so kann es allerdings nicht gleichzeitig als Offerte zum Vertragsschluss betrachtet werden. Was für die Auslobung im eigentlichen Sinne gilt, trifft auch hier zu<sup>117</sup>. Auf die im voranstehenden Abschnitt entwickelte (und von mir klar bevorzugte) vertragliche Konzeption eines Erfüllungsanspruchs aus Gewinnversprechen kann daher nur zurückgegriffen werden, wenn die hier diskutierte *Schuldbegründung durch einseitiges Rechtsgeschäft* (welche dogmatisch auf unsicherem Boden steht) abgelehnt wird.

Genauso wie bei der vertraglichen Konzeption des Erfüllungsanspruchs bleibt aber auch bei der Schuldbegründung durch einseitiges Rechtsgeschäft ein Grundproblem offen: Ein Erfüllungsanspruch besteht selbstredend nur dann, wenn der Empfänger der ihm zugegangenen Erklärung nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung aller Umstände einen (normativen) Verpflichtungswillen des Erklärenden entnehmen darf. Dies kann nur anhand des konkreten Falles beurteilt werden. Genauso wie bei der „Offertkonzeption“ käme es dabei *theoretisch* auf den Eindruck an, den der *konkrete Empfänger* dem Versprechen nach Treu und Glauben beimessen durfte bzw. musste. Aber auch hier wird man aus *praktischen Gründen* wohl die *generell-abstrakte Eignung der abgegebenen Erklärung* und den durch sie bei einem *durchschnittlichen Verbraucher* erweckten Eindruck genügen lassen können<sup>118</sup>.

<sup>116</sup> Das Werbegewinnspiel, welches das Kantonsgericht Zug zu beurteilen hatte, wurde gemäss Angaben der Veranstalterin an 665'000 Personen in der ganzen Schweiz versandt, SMI 1992, 344; vgl. auch unten III.1.2.

<sup>117</sup> Bei der Auslobung und beim Preisausschreiben gemäss Art. 8 OR geht die herrschende Lehre heute nicht mehr von der Vertragstheorie, sondern von der Versprechenstheorie aus (OR-BUCHER, Art. 8 N 5; BK-SCHMIDLIN, Art. 8 OR N 12 ff.).

<sup>118</sup> Vgl. dazu oben Fn. 108, sowie für das deutsche Recht LORENZ, NJW 2000, 3306.

#### 4. Internationales Privatrecht und internationales Zivilprozessrecht

Da Gewinnversprechen oft über die Landesgrenzen hinweg erfolgen, kommt bei deren schuldrechtlicher Beurteilung den internationalprivatrechtlichen und internationalzivilprozessrechtlichen Aspekten eine verhältnismässig grosse Bedeutung zu. Diese Gesichtspunkte können hier indessen nur skizziert werden.

In der deutschen Literatur wurde dazu geltend gemacht, da aus § 661a BGB eine gesetzliche und keine vertragliche Verpflichtung resultiere, komme kollisionsrechtlich eine vertragliche Anknüpfung nicht in Frage. Insbesondere sei es ausgeschlossen, dass der Unternehmer, der ein Gewinnversprechen abgebe, das anwendbare Recht durch eine Rechtswahlklausel bestimmen könne. Auch eine Anknüpfung an die für die culpa-in-contrahendo-Haftung geltenden Kollisionsregeln sei unpassend<sup>119</sup>. § 661a BGB begründe eine Erfüllungshaftung für einen zurechenbar gesetzten Rechtsschein, weshalb die räumliche Anknüpfung an den Ort erfolgen müsse, *an dem die Mitteilung bestimmungsgemäss empfangen wird*<sup>120</sup>. Im Weiteren wird geltend gemacht, vom Ausland an deutsche Empfänger gerichtete Gewinnversprechen würden sowohl im Anwendungsbereich des EuGVÜ als auch des LugÜ eine Zuständigkeit deutscher Gerichte begründen<sup>121</sup>.

In Österreich wurde in der Literatur die These vertreten, beim Anspruch gemäss § 5j KSchG handle es sich um einen pauschalierten und vom tatsächlichen Eintritt eines Schadens unabhängigen *Schadenersatzanspruch aus der Verletzung vorvertraglicher Schutz- und Aufklärungspflichten*<sup>122</sup>. Dies würde es österreichischen Klägern ermöglichen, gegen ausländische Beklagte in Österreich vorzugehen und die Anwendung österreichischen Rechts geltend zu machen<sup>123</sup>. Der österreichische OGH hat offenbar dem EuGH die Frage zur Beurteilung vorgelegt, ob gemäss EuGVÜ eine Verbrauchersache, ein „normaler“ Vertrag oder eine deliktische Handlung vorliege<sup>124</sup>.

Nach der hier vertretenen Auffassung handelt es sich bei einem Gewinnversprechen um eine *Offerte*, die vom Empfänger durch Akzept angenommen werden kann. Dementsprechend kommen internationalprivatrechtlich die für Verträge massgebenden Kollisionsregeln zum

<sup>119</sup> LORENZ, NJW 2000, 3307.

<sup>120</sup> LORENZ, NJW 2000, 3308 (Hervorhebung von mir).

<sup>121</sup> LORENZ, NJW 2000, 3309 f.

<sup>122</sup> KLAUSER, ecolx 1999, 753 (vgl. dazu bereits oben I.2.1).

<sup>123</sup> KLAUSER, ecolx 1999, 755.

<sup>124</sup> Vgl. dazu den Hinweis von KLAUSER, ecolx 2000, 188 f.



Tragen<sup>125</sup>. Da der Erklärende das Gewinnversprechen im Zusammenhang mit der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit abgibt und sich auf der Gegenseite eine Person befindet, die im persönlichen bzw. familiären Bereich handelt, liegt ein *Konsumentenvertrag* gemäss Ingress von Art. 120 Abs. 1 IPRG vor. Gleichzeitig erfüllen Gewinnversprechen im hier interessierenden Sinne den Tatbestand von Art. 120 Abs. 1 lit. b IPRG, macht doch der Erklärende sein Angebot zum Vertragsabschluss in demjenigen Staat, in dem der Konsument seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, und nimmt der Empfänger des Gewinnversprechens mit dem Akzept auch in diesem Staat die zum Vertragsabschluss erforderliche Rechtshandlung vor<sup>126</sup>. Daher unterliegt der vertragliche Anspruch des Empfängers auf Auszahlung des Gewinns dem Recht des Staates, in dem der Empfänger seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Diesem Recht kann der Unternehmer nicht durch eine Rechtswahlklausel ausweichen<sup>127</sup>. Internationalzivilprozessrechtlich sind dementsprechend Art. 114 IPRG bzw. Art. 13 LugÜ (spez. Art. 13 Abs. 1 Ziff. 3 lit. b LugÜ) anwendbar<sup>128</sup>.

Zu einer grundlegend anderen (und vom Ergebnis her problematischen) Anknüpfung käme man wohl, wenn man den zwischen dem Erklärenden und dem Empfänger des Gewinnversprechens geschlossenen Vertrag als *Schenkung* betrachten würde. Eine Schenkung lässt sich kaum als Konsumentenvertrag qualifizieren, weshalb nicht die dargelegten verbraucherrechtlichen Kollisionsnormen zum Tragen kommen würden. Anwendbar wäre diesfalls nach Art. 117 Abs. 2 und Abs. 3 lit. a IPRG das Recht am Sitz der Niederlassung (bzw. des gewöhnlichen Aufenthaltsorts) des Schenkers<sup>129</sup>. Für die Form des Schenkungsversprechens wäre primär die *lex causae* massgebend, wobei aber auch Art. 124 Abs. 2 und 3 IPRG beachtet werden müssten<sup>130</sup>.

<sup>125</sup> Die für das österreichische Recht von KLAUSER vertretene These würde zur selben Lösung führen, ist doch bei einer Haftung aus culpa in contrahendo im schweizerischen IPR ebenfalls vertragsrechtlich anzuknüpfen (dazu einlässlich Jolanta KREN KOSTKIEWICZ, Vertrauenshaftung im schweizerischen IPR, ZBJV 2001, 161 ff.).

<sup>126</sup> Vgl. zu den kollisionsrechtlichen Auswirkungen transnationaler Werbung des Anbieters generell IPRG-BRUNNER, Art. 120 N 34 ff.

<sup>127</sup> Art. 120 Abs. 2 IPRG (kritisch dazu IPRG-Kommentar-KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, Art. 120 N 32 ff.).

<sup>128</sup> Innerstaatlich ist auf solche Streitigkeiten Art. 22 GestG (Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen vom 24.4.2000, in Kraft seit 1.1.2001 [Gerichtsstandsgesetz, GestG], SR 272) anwendbar. Empfänger von Gewinnversprechen können daher an ihrem Wohnsitz klagen und sind nicht mehr gezwungen, gegen den Erklärenden an dessen Sitz vorzugehen.

<sup>129</sup> Dazu IPRG-Kommentar-KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, Art. 117 IPRG N 46 ff.; IPRG-AMSTUTZ/VOGT/WANG, Art. 117 N 25.

<sup>130</sup> IPRG-Kommentar-KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, Art. 117 IPRG N 48; IPRG-AMSTUTZ/VOGT/WANG, Art. 117 N 25.

Betrachtet man – anders als hier vertreten – den Anspruch auf Erfüllung eines Gewinnversprechens als auf *einseitigem Verpflichtungsgrund* beruhend, so müsste aufgrund der Auslobungsähnlichkeit die Anknüpfungsregel für Lotterien, Auslobung und Preisausschreiben mit Massencharakter zur Anwendung kommen. Massgebend wäre diesfalls das Recht am Ort des gewöhnlichen Aufenthalts bzw. der Niederlassung des Veranstalters, sofern es sich um ein bewilligungspflichtiges und bewilligtes Geschäft handelt; andernfalls käme das Recht am Ort der Durchführung zur Anwendung<sup>131</sup>. Falls mit dem „Ort der Durchführung“ der Ort gemeint sein sollte, an dem das „Geschäft“ wirksam wird<sup>132</sup>, so wäre diese Anknüpfung durchaus sachgerecht. Denn im Ergebnis liefe dies auf die in Deutschland vertretene überzeugende Lösung hinaus, der zufolge bei Gewinnversprechen an das Recht desjenigen Ortes anzuknüpfen ist, an dem das vom Veranstalter erzeugte Vertrauen erweckt wird<sup>133</sup>.

### III. Lauterkeitsrechtliche Aspekte von Gewinnversprechen

#### 1. Die lauterkeitsrechtliche Beurteilung von Gewinnversprechen in der Rechtsprechung

##### 1.1 Allgemeines

Ein publizierter Bundesgerichtsentscheid zu lauterkeitsrechtlichen Fragen von Gewinnversprechen existiert soweit ersichtlich nicht. Auch die unterinstanzlichen Gerichte hatten sich offenbar selten mit diesem Problem zu befassen<sup>134</sup>. Im oben einlässlich referierten Entscheid des

<sup>131</sup> IPRG-Kommentar-KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, Art. 117 IPRG N 128; ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Allg. Einleitung, N 318 f.

<sup>132</sup> So im Ansatz wohl ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Allg. Einleitung, N 319.

<sup>133</sup> LORENZ, NJW 2000, 3308.

<sup>134</sup> Seit Ende Oktober 2001 liegt nun ein Strafurteil des Obergerichts Thurgau (vom 17.4.2001) vor, in welchem der Geschäftsführer und Verwaltungsratspräsident einer Gewinnspielveranstalterin der mehrfachen Widerhandlung gegen Art. 3 lit. b und h UWG sowie gegen das Lotteriegesetz schuldig gesprochen und zu 10 Wochen Gefängnis bedingt sowie zu einer Busse von Fr. 50'000.– verurteilt wurde (noch nicht rechtskräftig, nicht publiziert).



Kantonsgerichts Zug vom 13.9.1990 (Sweepstake I)<sup>135</sup>, der die Erfüllungsklage einer Empfängerin eines Gewinnversprechens zum Gegenstand hatte, findet sich bloss ein kurzes obiter dictum zu den lauterkeitsrechtlichen Aspekten, ohne dass sich indessen die urteilende Instanz festlegen musste, da die Klägerin kein Begehren nach Art. 9 f. UWG gestellt hatte<sup>136</sup>.

## 1.2 Das Urteil des Kantonsgerichts Zug vom 17.3.1992 (Fall „Sweepstake II“)<sup>137</sup>

Nicht ganz zwei Jahre später hatte sich dann aber dasselbe Gericht einlässlich mit den wettbewerbsrechtlichen Problemen des gleichen Gewinnversprechens, welches die Beklagte nicht bloss an die Klägerin im Fall „Sweepstake I“, sondern (nach eigenen Angaben) an 665'000 Personen in der ganzen Schweiz versandt hatte<sup>138</sup>, zu befassen.

Das Kantonsgericht Zug führte dabei im Wesentlichen aus, nach herrschender Lehre zum alten UWG hätten Werbegewinnspiele grundsätzlich nicht als unlauter gegolten. An diesem Grundsatz sei auch unter dem neuen Recht festzuhalten. Gestützt auf die Generalklausel von Art. 2 UWG sei es daher grundsätzlich erlaubt, in der Werbung an den Spieltrieb des Publikums zu appellieren und durch Inaussichtstellen und Gewähren von Vorteilen zu werben. Erst wenn im Einzelfall bestimmte Unlauterkeitsmerkmale hinzutreten würden, könne dies zur Widerrechtlichkeit der Veranstaltung führen. Dabei sei zu beachten, dass der Gesamtcharakter einer Handlung für deren wettbewerbliche Beurteilung massgebend sei<sup>139</sup>. Zu den genannten Unlauterkeitsmerkmalen gehörten unter anderem die *Täuschung und Irreführung des Publikums*. Die Grundsätze der Wahrheit und Klarheit der Werbung verlangten, dass allen Teilnehmern eines Gewinnspiels die Teilnahme- und Gewinnbedingungen genau bekannt gegeben würden. Der Teilnehmer solle sich insbesondere über seine Gewinnchancen eine Vorstellung machen können. Wenn dem Publikum grosse Gewinnchancen versprochen werden, die in Wirklichkeit klein oder gar nicht vorhanden sind, sei die Veranstaltung unlauter. Jedoch könne nicht verlangt werden, dass die Teilnehmer eine zahlenmässige Vorstellung über die Höhe ihrer Gewinnchancen haben; in der diesbezüglichen Ungewissheit liege keine Irreführung. Die Irreführung über Gewinnchancen und Teilnah-

mebedingungen sei wettbewerbsrechtlich besonders bedenklich, wenn sie *geeignet sei, den Kaufentschluss des Teilnehmers zu beeinflussen*<sup>140</sup>. Entscheidend sei sodann nicht, ob tatsächlich Täuschungen vorkämen, sondern es komme (bloss) auf die *Täuschungseignung an*. Im Allgemeinen genüge es, wenn bei durchschnittlicher Aufmerksamkeit, wie sie im betreffenden Kreis üblich ist, ein nicht ganz unerheblicher Teil des Publikums irregeführt werden könne. Bei einer Mitteilung, die als Gewinnzusage über Fr. 25'000.– verstanden werden könnte, dürften dagegen an die Aufmerksamkeit der Empfänger grundsätzlich etwas höhere Anforderungen gestellt werden<sup>141</sup>. Eine Mitteilung könne (aber), selbst wenn sie bei Auslegung nach dem Vertrauensprinzip keine vertragliche Bindung begründe, dennoch geeignet sein, eine wettbewerbsrechtlich relevante Täuschung oder Irreführung des Erklärungsempfängers zu bewirken<sup>142</sup>.

In der Folge untersuchte das Kantonsgericht Zug einlässlich die Unterlagen, welche die Beklagte den (zahlreichen) Empfängern des Gewinnversprechens zukommen liess. Dabei kam es zum Schluss, dass die Beklagte unlauter i.S.v. Art. 2 UWG gehandelt habe, indem sie bei Nichtgewinnern den Eindruck erweckt habe, diese hätten den Hauptpreis gewonnen, oder indem sie ihnen zumindest grosse Gewinnchancen vorgetäuscht habe. Entscheidend war dabei der Umstand, dass bei dem von der Beklagten angewandten Sweepstake-Verfahren die gewinnberechtigten Nummern vor der Zustellung der Teilnahmeunterlagen ausgelost worden sind. Bereits vor dem Versand des ersten Mailings habe daher festgestanden, welchen acht Personen ein Hauptpreis zugeworfen worden war. Ebenso habe festgestanden, dass alle übrigen Adressaten nur einen Kugelschreiber als Trostpreis erhalten würden, sofern sie ihre Teilnahmeunterlagen einsenden würden. Dies habe es der Beklagten ermöglicht, sämtliche Empfänger der Unterlagen als „Gewinner“ anzusprechen. Die Namen der Hauptgewinner, darunter der Gewinner von Fr. 25'000.–, seien einzig der Beklagten und dem zugezogenen Notar bekannt gewesen<sup>143</sup>. Der Umstand, dass die Beklagte aufgrund der vorgängigen Auslosung bereits gewusst habe, wer die Gewinnerin des Hauptpreises von Fr. 25'000.– war, und dennoch wider besseres Wissen Hunderttausenden von Nichtgewinnern einen gewonnenen Hauptpreis bzw. zumindest grosse Gewinnchancen vorgetäuscht habe, lasse – so das Kantonsgericht Zug – ihr Vorgehen in verstärktem Mass als unlauter erscheinen<sup>144</sup>.

<sup>135</sup> Vgl. oben II.1.1.

<sup>136</sup> SMI 1992, 343 ff. (Fall „Sweepstake I“); in SJZ 1992, 254 ff. nicht abgedruckte Erwägung 3.

<sup>137</sup> SMI 1993, 346 ff. (Fall „Sweepstake II“).

<sup>138</sup> SMI 1992, 344.

<sup>139</sup> SMI 1992, 347 f. E. 3.3.

<sup>140</sup> SMI 1992, 348 E. 3.3 (Hervorhebung von mir); zum Ganzen auch KLEIN, 163 f.

<sup>141</sup> SMI 1992, 349 E. 3.4 (Hervorhebung von mir); KLEIN, 161.

<sup>142</sup> SMI 1992, 350 E. 3.4.

<sup>143</sup> SMI 1992, 352 E. 3.6.1.

<sup>144</sup> SMI 1992, 352 E. 3.6.2.

Den weiteren Einwand der Kläger hingegen, das Gewinnspiel der Beklagten sei unlauter, da die Beklagte damit auf die Teilnehmer einen *psychologischen Kaufzwang* ausgeübt und diese in ihrer Entscheidungsfähigkeit beeinträchtigt habe, verwarf das Kantonsgericht. Zwar anerkannte es, dass als unlauter im Sinne der Generalklausel des UWG auch Gewinnspiele gelten würden, bei denen der Veranstalter die Teilnehmer einem psychologischen Kaufzwang aussetze. Da aber nur eine besondere Aggressivität in ausserordentlichem Masse zur Unlauterkeit führe, stelle noch nicht jede psychologische Beeinflussung einen psychologischen Kaufzwang dar. Der auf den Käufer ausgeübte Druck müsse vielmehr so stark sein, dass dieser in eine psychologische Zwangslage gerate und sich einem Geschäftsabschluss nur noch schwer entziehen könne. Beim in Frage stehenden Gewinnspiel hätten sich die Teilnehmer aber nicht in einer Zwangslage befunden, welche die Intensität eines psychologischen Kaufzwanges erreiche<sup>145</sup>.

Ebenso verwarf schliesslich das Gericht das Vorbringen der Kläger, die Beklagte habe die Entscheidungsfreiheit der Adressaten beeinträchtigt, indem sie den Eindruck erweckt habe, die Gewinnchancen seien bei einer Bestellung grösser<sup>146</sup>.

## 2. Die lauterkeitsrechtliche Beurteilung von Gewinnversprechen in der Literatur

### 2.1 Besonders aggressive Verkaufsmethoden (Art. 3 lit. h UWG)

Gewinnversprechen im hier interessierenden Sinne können sowohl unter dem Gesichtspunkt der Generalklausel von Art. 2 UWG als auch gestützt auf die Spezialtatbestände von Art. 3 lit. b und lit. h UWG beurteilt werden. Nach der letztgenannten Bestimmung handelt insbesondere unlauter, wer den Kunden durch *besonders aggressive Verkaufsmethoden* in seiner Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt. Von diesem Sondertatbestand nicht umfasst werden die besonders aggressiven *Werbemethoden*, hat doch der Gesetzgeber diesen vom Bundesrat vorgeschlagenen Tatbestand mit der Begründung gestrichen, man wolle die mögliche Aggressivität eines Werbetextes nicht durch ein Gericht überprüfen lassen<sup>147</sup>. Das Parlament war offenbar nicht bereit, zwischen

Informationswerbung einerseits und *Suggestivwerbung* andererseits zu unterscheiden<sup>148</sup>, sondern wollte die Problemkreise Suggestiv- und Subliminalwerbung auf die Fälle psychologischen Kaufzwanges beschränken<sup>149</sup>. Gewinnversprechen dürften – jedenfalls nach einem Teil der Lehre – den Tatbestand von Art. 3 lit. h UWG nur selten erfüllen, da sie als „bloss“ besonders aggressive Werbemethoden und nicht per se auch als besonders aggressive *Verkaufsmethoden* qualifiziert werden<sup>150</sup>. Andere Autoren weisen hingegen darauf hin, dass diejenige Werbung, die an den Konsumenten persönlich adressiert ist – die sog. Direktwerbung –, unter die Spezialnorm subsumierbar sei<sup>151</sup>. Spätestens jedoch dann, wenn ein Gewinnversprechen direkt oder indirekt mit einem Kaufzwang verbunden wird bzw. der Veranstalter die Entscheidungsfreiheit eines Teilnehmers beeinträchtigt, indem er z.B. dessen Dankbarkeit ausnutzt oder an dessen Anstand appelliert, Ware zu bestellen<sup>152</sup>, kann die Anwendung der Sondernorm von Art. 3 lit. h UWG angezeigt sein<sup>153</sup>.

142; PEDRAZZINI, 152; SCHLUEP, Werbung, 85 f.; SIWR-STREULI-YOUSSEF, 100; UWG-BAUDENBACHER/GLÖCKNER, Art. 3 lit. h N 12.

148 SCHLUEP, Werbung, 86; LINDER, 142; UWG-BAUDENBACHER/GLÖCKNER, Art. 3 lit. h N 12.

149 LINDER, 142; SIWR-STREULI-YOUSSEF, 100; dazu kritisch UWG-BAUDENBACHER/GLÖCKNER, Art. 3 lit. h N 13.

150 Etwa SIWR-STREULI-YOUSSEF, 100, wonach auch eine „noch so aggressive Werbung den Konsumenten“ nicht in die nach Art. 3 lit. h UWG verpönte psychologische Kaufzwangssituation zu versetzen vermag; gegen die Anwendung der Spezialnorm auch DAVID, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, N 81 ff.; DERS., Reformauswirkungen, 102.

151 Die Form der Ansprache dient diesen Autoren als Abgrenzungskriterium zwischen aggressiver Verkaufs- und Werbemethode: Sofern die Ansprache ausreichend persönlich und konkret gestaltet ist – wie insb. bei persönlich adressierten Gewinnversprechen –, könne (bzw. müsse) Art. 3 lit. h UWG anwendbar sein; richtet sich hingegen eine unpersönliche, nicht-individuelle Ansprache an eine Mehrzahl von Personen, so komme nur Art. 2 UWG in Betracht; Alexander BRUNNER, Neues Konsumentenschutzrecht im revidierten UWG, plädoyer 5/1990, 36 ff., 42; LINDER, 142; FRIEDRICH, 97, 100 f.; PEDRAZZINI, 147; UWG-BAUDENBACHER/GLÖCKNER, Art. 3 lit. h N 25 ff., insb. 27 und 51. So auch das OGer TG, Strafurteil vom 17.4.2001 (vgl. Fn. 134), Erw. 8.2.c sowie gem. Hinweis die Vorinstanz.

152 Die Botschaft zu einem Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 18.5.1983, BBl 1983 II 1009 ff., 1068, nennt Angst-, Dankbarkeits-, Anstands- oder Peinlichkeitsgefühle, welche anstelle des frei gebildeten Willens für den Vertragsschluss massgebend werden; LINDER, 143; SIWR-STREULI-YOUSSEF, 194; UWG-BAUDENBACHER/GLÖCKNER, Art. 3 lit. h N 37 f. Vgl. auch unten Fn. 188.

153 Das OGer TG, Strafurteil vom 17.4.2001 (Fn. 134), hat den Verantwortlichen in 18 Fällen (ganz oder teilweise) schuldig gesprochen wegen Widerhandlung gegen Art. 3 lit. h UWG!

<sup>145</sup> SMI 1992, 353 ff. E. 4, 4.1 und 4.2.

<sup>146</sup> SMI 1992, 355 ff. E. 4.3 und 4.3.1.

<sup>147</sup> Amtl.Bull. NR 1985, 835 ff., Amtl.Bull. SR 1986, 421; DAVID, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, N 81; DERS., Reformauswirkungen, 102; FRIEDRICH, 94 ff.; LINDER,

## 2.2 Besonders aggressive Werbemethoden (Art. 2 UWG)

In der Literatur ist indessen soweit ersichtlich unbestritten, dass auch Fälle aggressiver Werbemethoden – allenfalls mit einer gewissen Zurückhaltung – unlauter sind, sofern sie sich unter die Generalklausel von Art. 2 UWG subsumieren lassen<sup>154</sup>. Gemäss dieser Generalklausel ist unlauter und widerrechtlich jedes täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende Verhalten oder Geschäftsgebaren, welches das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern beeinflusst.

Gewinnversprechen bzw. Gewinnspiele enthalten oft ein *aleatorisches Element*<sup>155</sup>. In der Literatur wird Werbung mit aleatorischen Reizen als *aggressiv* betrachtet, weil sie den Spieltrieb des Adressaten auszunützen versucht<sup>156</sup>. Im Einzelnen werden dabei allerdings verschiedene Unterscheidungen getroffen. So werden Werbe-Gewinnspiele als wettbewerbsrechtlich grundsätzlich unbedenklich bezeichnet, wenn sie lediglich der Erregung von Aufmerksamkeit und Interesse dienen<sup>157</sup>. Als besonders aggressiv und dementsprechend unlauter werden Gewinnversprechen bzw. -spiele jedoch qualifiziert, wenn bzw. insoweit sie auf einen raffinierten (weil indirekten) *psychologischen Kaufzwang* hinauslaufen<sup>158</sup>. Entscheidend ist dabei, ob das gewählte Vorgehen des Veranstalters *an sich* geeignet ist, zum Vertragsabschluss zu führen<sup>159</sup>. Besondere Aggressivität der Werbemethode – wenn nicht sogar der Verkaufsmethode<sup>160</sup> – und damit Unlauterkeit zumindest i.S.d. Generalklausel von Art. 2 UWG liegt vor, „...wenn die Spiellust

<sup>154</sup> SCHLUEP, Werbung, 85 ff.; PEDRAZZINI, 152 f.; DAVID, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, N 81; DERS., Reformauswirkungen, 102 (jedenfalls sinngemäss); UWG-BAUDENBACHER, Art. 2 N 46, Art. 3 lit. h N 96; SIWR-STREULI-YOUSSEF, 100, 192 ff.; FRIEDRICH, 133.

<sup>155</sup> Genau genommen trifft dies nur zu, wenn bloss eine *Gewinnchance* versprochen wird. Anders verhält es sich zumindest theoretisch dann, wenn der Empfänger einer Mitteilung diese gestützt auf das Vertrauensprinzip als bedingungslose Gewinnzusage interpretieren darf (vgl. dazu einlässlich oben II.3.1). In der Praxis lassen sich aber bedingungslose Gewinnversprechen und die Mitteilung blosser Gewinnchancen nicht immer leicht unterscheiden, weil die Veranstalter bewusst mit einer Vielzahl von Dokumenten, widersprüchlichen und zum Teil nicht leicht verständlichen Aussagen usw. Verwirrung stiften. Deshalb rechtfertigt es sich, unter lauterkeitsrechtlichen Aspekten je nach den Umständen auch Gewinnversprechen, die vertrauensrechtlich als unbedingte Gewinnzusagen interpretiert werden dürfen, noch als Werbung mit *aleatorischen Reizen* zu betrachten.

<sup>156</sup> SCHLUEP, Werbung, 87; DERS., Direct Mail, 175 (noch unter der Herrschaft des alten UWG und zurückhaltender in der Aussage); DAVID, Reformauswirkungen, 102; PEDRAZZINI, 152; SIWR-STREULI-YOUSSEF, 192.

<sup>157</sup> KLEIN, 173; FRIEDRICH, 128; BAUDENBACHER, 129 Rdn. 55.

<sup>158</sup> SCHLUEP, Direct Mail, 175 (noch zum alten UWG); DERS., Werbung, 87 f.; KLEIN, 155 ff., 173 (jedenfalls sinngemäss); FRIEDRICH, 128 f.; SIWR-MÜLLER, 64.

<sup>159</sup> PEDRAZZINI, 147; LINDER, 143.

<sup>160</sup> Dazu oben III.2.1.

so angeheizt wird, dass der Kaufentschluss nicht mehr überwiegend wegen des sachlichen Interesses an der Ware, sondern wegen der sich bietenden Spielmöglichkeit gefasst wird“<sup>161</sup>. Dies kann insbesondere bei Sweepstakes mit Schnell-einsendeprämien, Geschenken, Gewinnversprechen usw. der Fall sein<sup>162</sup>. Immerhin hat BAUDENBACHER den Standpunkt vertreten, mit diesem Begründungsansatz sei restriktiv umzugehen<sup>163</sup>.

## 2.3 Das Täuschungs- und Irreführungsverbot von Art. 3 lit. b UWG

Gewinnversprechen bzw. Gewinnspiele im hier interessierenden Sinne können in der Praxis in verschiedener Hinsicht irreführend ausgestaltet sein<sup>164</sup>. So kann der Veranstalter dem Empfänger das Gefühl vermitteln, durch die Bestellung von Ware könne er seine Gewinnchancen erhöhen<sup>165</sup>, ohne dass jedoch die Teilnahme am Gewinnspiel direkt und ausdrücklich vom Abschluss eines Kaufvertrages abhängig gemacht wird<sup>166</sup>, oder der Veranstalter erweckt mit einer Mitteilung den Eindruck, der Empfänger habe einen Preis gewonnen bzw. habe eine grosse Gewinnchance, obwohl dies nach dem Willen des Veranstalters gar nicht zutrifft<sup>167</sup>. Dies ist in der Regel bei den sogenannten Sweepstakes der Fall, bei denen (wenn überhaupt) der oder die Hauptgewinner bereits in einer *Vorabverlosung* ermittelt werden, anschliessend aber jeder Empfänger des (meist mehrere zehn- oder gar hunderttausend Personen umfassenden) Adressatenkreises vom Veranstalter wider besseres Wissen in den (unzutreffenden) Glauben versetzt wird, er sei der glückliche Gewinner<sup>168</sup>.

<sup>161</sup> BAUDENBACHER, 129 Rdn. 57; SCHLUEP, Werbung, 88; FRIEDRICH, 128; ähnlich SIWR-MÜLLER, 64.

<sup>162</sup> DAVID, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, N 81; DERS., Reformauswirkungen, 102; SCHLUEP, Werbung, 87 f.; sinngemäss BAUDENBACHER, 641 Rdn. 96; vgl. auch BGE 124 IV 74 f.

<sup>163</sup> BAUDENBACHER, 130 Rdn. 57.

<sup>164</sup> Dazu ausführlich KLEIN, 162 ff., IMHOFF-SCHIEFER, 51 ff.

<sup>165</sup> Bzw. umgekehrt durch das Nichtbestellen könnten seine Chancen vermindert werden.

<sup>166</sup> Was lotterierechtlich verboten wäre (vgl. dazu gleich anschliessend im Text unter 2.4).

<sup>167</sup> Diesfalls stellt sich die oben (II.3.) einlässlich diskutierte Frage, ob der Empfänger zumindest unter vertrauensrechtlichen Gesichtspunkten – sei es gestützt auf einen Vertrag, sei es gestützt auf einen einseitigen Verpflichtungsgrund des Veranstalters – einen Auszahlungsanspruch habe. Eine lauterkeitsrechtlich relevante Irreführung des Empfängers kann auch dann vorliegen, wenn aus der auf dem Vertrauensprinzip beruhenden Auslegung der Gewinnmitteilung auf ein unbedingtes Gewinnversprechen geschlossen werden muss. Die von den Gewinnspielveranstaltern vielfach bewusst geschaffene *verwirrliche* Sachlage kann als genügende Irreführung betrachtet werden.

<sup>168</sup> SIWR-STREULI-YOUSSEF, 192 f.; SCHWENNINGER/SENN/THALMANN, 317; ähnlich auch DAVID, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, N 79. So auch das OGer TG, Strafteil vom 17.4.2001 (Fn. 134), Erw. 8.1.b und c sowie gem. Hinweis die Vorinstanz.

Nach Art. 3 lit. b UWG handelt insbesondere unlauter, „wer über ... seine ... Leistungen ... unrichtige oder irreführende Angaben macht ...“. Damit dieser Tatbestand erfüllt ist, muss zunächst ein Gewinnversprechen des Veranstalters vorliegen, welches nicht bloss als marktschreierische oder reklamehafte Anpreisung, sondern als *Angabe* im Rechtssinn aufgefasst werden darf<sup>169</sup>. Diese Angabe muss nach der Verkehrsauffassung, d.h. aus der Optik des Adressaten<sup>170</sup>, unrichtig (täuschend) oder irreführend sein, wobei die blossе Gefährdung des Adressaten reicht<sup>171</sup>. Als Bezugspunkt der Irreführung kommen nach Art. 3 lit. b UWG primär die vom Werbenden angegebenen „Leistungen“ in Betracht<sup>172</sup>.

Rechtsprechung und Literatur haben sich bis jetzt erst spärlich und kontrovers darüber geäußert, ob eine solche Irreführung über die Gewinn- bzw. Teilnahmebedingungen oder die versprochenen Preise den Tatbestand von Art. 3 lit. b UWG erfüllen kann oder nicht.

So hat das Kantonsgericht Zug im Fall Sweepstake II festgehalten<sup>173</sup>, Art. 3 lit. b UWG könne sich zwar auf Werbung beziehen, in welcher ein Anbieter im Zusammenhang mit den von ihm vertriebenen Produkten oder erbrachten Dienstleistungen irreführende oder täuschende Angaben mache. Hingegen seien blossе Angaben über eine Werbemassnahme als solche, insbesondere Aussagen über die Bedingungen, Gewinnchancen oder Preise in einem Werbegewinnspiel von dieser Spezialnorm *nicht* erfasst. Sofern nicht die Produkte des Anbieters zu beurteilen seien, sondern nur die Art der Präsentation seines Werbegewinnspiels, finde Art. 3 lit. b UWG keine Anwendung. Diese Argumentation stützt sich auf eine in der Literatur (noch zum alten UWG) vertretene Auffassung<sup>174</sup>.

<sup>169</sup> Zu dieser Unterscheidung ausführlich UWG-BAUDENBACHER/GLÖCKNER, Art. 3 lit. b N 29 ff. m. zahlreichen Nw. Etwas überspritzt könnte man festhalten: Je krasser ein Gewinnversprechen ist, desto weniger schnell ist dessen Unlauterkeit zu bejahen.

<sup>170</sup> Für das Konsumentenleitbild massgebend ist der kritikfähige, „normalbegabte Durchschnittskäufer bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt und Aufmerksamkeit im täglichen Geschäftsverkehr“, UWG-BAUDENBACHER/GLÖCKNER, Art. 3 lit. b N 74 (mit kritischem Hw.); SIWR-STREULI-YOUSSEF, 89 f. Nach KGer Zug dürfen bei einer Mitteilung, welche als Gewinnzusage über eine namhafte Geldsumme verstanden werden könnte, an die Aufmerksamkeit des Empfängers grundsätzlich etwas höhere Anforderungen gestellt werden (SMI 1992, 349 E. 3.4.; vgl. auch KLEIN, 161).

<sup>171</sup> Die Irreführung kann durch objektiv unwahre bzw. objektiv wahre, aber unvollständige Angaben, durch Schweigen bzw. durch unklare Begriffe erfolgen; zum Ganzen eingehend UWG-BAUDENBACHER/GLÖCKNER, Art. 3 lit. b N 45 ff. m.w.Hw. und insb. N 89 (Zusammenfassung der Methodik).

<sup>172</sup> Zum Begriff der „Leistungen“ UWG-BAUDENBACHER/GLÖCKNER, Art. 3 lit. b N 112 ff. m.Hw.

<sup>173</sup> SMI 1992, 347 E. 31.

<sup>174</sup> Das KGer Zug beruft sich auf die Ausführungen von IMHOFF-SCHIEFER, 51; nach KLEIN, 161 ff., insb. 162 f., 175, sind Irreführungen über Leistungen (worunter er die

Wie aus einem neueren Entscheid des Bundesgerichts hervorgeht, muss das Kantonsgericht St. Gallen kürzlich im gegenteiligen Sinn entschieden haben. Das Bundesgerichts fasst die Entscheidgrundlagen der Vorinstanz zusammen, wonach „irreführende Angaben über die Gewinnchancen und damit über die Leistungen des Wettbewerbsveranstalters“ unlauter i.S.v. Art. 3 lit. b UWG seien<sup>175</sup>. Weil jedoch die Beschwerdeführer im vorliegenden Fall nicht geltend gemacht hatten, ihr Verhalten habe den Straftatbestand von Art. 3 lit. b UWG nicht erfüllt, hat das Bundesgericht – unter Bestätigung des Schuldspruchs gestützt auf Art. 23 i.V.m. Art. 3 lit. b UWG! – bewusst von einer Stellungnahme zu dieser Problematik abgesehen<sup>176</sup>. Nach PEDRAZZINI kann bei Sweepstakes Irreführung insbesondere bejaht werden, „wenn einer bestimmten Person Preise in Aussicht gestellt werden, von denen der Offerent weiss, dass dies nicht zutrifft“<sup>177</sup>.

Der Begriff „Leistungen“ i.S.v. Art. 3 lit. b UWG lässt sich m.E. durchaus in dem Sinne extensiv auslegen, dass darunter auch verwirrlische Gewinnversprechen bzw. Angaben über Gewinnspiele, welche den gerechtfertigten Erwartungen der Empfänger nicht entsprechen, subsumiert werden können. Sofern ein solches Werbeversprechen im Einzelfall effektiv geeignet ist, bei einer Vielzahl von Empfängern einen falschen Eindruck insbesondere über die Teilnahme- und Gewinnbedingungen sowie die Preise zu erwecken, kann es als irreführende bzw. täuschende Angabe über eine versprochene „Leistung“ des Veranstalters qualifiziert werden, womit die Anwendung der Spezialnorm von Art. 3 lit. b UWG angezeigt ist<sup>178</sup>.

## 2.4 Täuschung und Irreführung i.S.v. Art. 2 UWG

Lehnt man hingegen – aus den soeben genannten Gründen – eine Anwendung von Art. 3 lit. b UWG auf solche irreführende Gewinnversprechen ab, so kann im Einzelfall doch zumindest der Tatbestand der Generalklausel von Art. 2 UWG erfüllt sein. Verschiedene Autoren weisen denn auch darauf hin, dass der für Gewinnversprechen typische Einsatz aleatorischer Reize zur Verkaufsförderung „im Regelfall“ nach

Täuschung über die mit dem Spiel verknüpfte angebotene Ware versteht) zwar grundsätzlich möglich, „aber nicht charakteristisch für diese Werbeart“, Täuschung über die Werbemassnahmen selbst beurteilt er hingegen nach der Generalklausel; ohne Begründung SCHLUEP, Direct Mail, 176 (alle Autoren noch zum alten UWG); unklar FRIEDRICH, 133, der nur auf die Generalklausel verweist.

<sup>175</sup> BGE 124 IV 74 f.

<sup>176</sup> BGE 124 IV 77.

<sup>177</sup> PEDRAZZINI, 124.

<sup>178</sup> Das OGer TG, Strafurteil vom 17.4.2001 (Fn. 134), hat einen Verantwortlichen (ganz oder teilweise) verurteilt wegen Widerhandlung gegen Art. 3 lit. b UWG in 23 Fällen!

der Generalklausel von Art. 2 UWG zu beurteilen sei<sup>179</sup>. Folglich steht fest, dass Gewinnversprechen bzw. -spiele, welche bei vielen Empfängern eine falsche Vorstellung zu erwecken vermögen<sup>180</sup>, als irreführend bzw. täuschend und somit unlauter zumindest i.S.v. Art. 2 UWG zu betrachten sind. In diesem Sinne hat – wie bereits einlässlich besprochen<sup>181</sup> – auch das Kantonsgericht Zug im Fall Sweepstake II entschieden.

### 2.5 Der Verstoss gegen die Lotteriegesetzgebung

Macht ein Veranstalter einen Gewinn von einem Einsatz, insbesondere vom Abschluss eines Kaufvertrages bzw. eines anderen Rechtsgeschäftes, vom Einsenden von Bargeld „für Verpackung und Versendung“ des Gewinns oder vom Wählen einer Telefonnummer mit erhöhter Gebühr abhängig, so kann ein Verstoss gegen die Lotteriegesetzgebung vorliegen<sup>182</sup>. Im Regelfall wird daher ein Veranstalter eines Gewinnspiels den Gewinnanspruch *nicht ausdrücklich* von der Leistung eines Einsatzes abhängig machen, da er sonst nicht nur zivil-, sondern auch strafrechtlich verantwortlich werden könnte. Wie die Praxis zeigt, genügen die (zum Teil raffinierten) Methoden des indirekten psychologischen Kaufzwanges durchaus den Interessen der Veranstalter von Gewinnspielen. Sollte ein Veranstalter ausnahmsweise gegen die Lotteriegesetzgebung verstossen, so würde er damit allerdings nach herrschender Lehre gleichzeitig auch unlauter i.S. des UWG handeln<sup>183</sup>. Dabei sind m.E. aber auch hier immer die Umstände des Einzelfalls zu beachten<sup>184</sup>.

<sup>179</sup> UWG-BAUDENBACHER, Art. 2 N 55; PEDRAZZINI 152; KLEIN, 161 ff.; FRIEDRICH, 133; IMHOFF-SCHEIER, 51 ff.; vgl. auch SMI 1992, 345.

<sup>180</sup> Vgl. dazu oben III.2.3.

<sup>181</sup> Vgl. dazu oben III.1.2.

<sup>182</sup> Art. 1 Abs. 2 LG; vgl. dazu oben II.2.2.

<sup>183</sup> DAVID, Reformauswirkungen, 102; DERS., Schweizerisches Wettbewerbsrecht, N 320; sinngemäss auch SIWR-MÜLLER, 64; SCHLUEP, Werbung, 87 ff.; FRIEDRICH, 130; IMHOFF-SCHEIER, 54; differenzierter KLEIN, 137 ff.; SIWR-STREULI-YOUSSEF, 175 ff., 192 ff. (mit einlässlicher Begründung); BAUDENBACHER, 128 f., und UWG-BAUDENBACHER, Art. 2 N 53 f.; vgl. auch SMI 1992, 354 f. E. 4.2.

<sup>184</sup> Vgl. das Beispiel einer Ausnahme unten VI.

### 3. Exkurs: Die Beurteilung von Gewinnversprechen durch die Schweizerische Lauterkeitskommission

Die Schweizerische Lauterkeitskommission (SLK)<sup>185</sup> hatte sich in einer Vielzahl von Fällen mit den wettbewerbsrechtlichen Aspekten von Gewinnversprechen und Gewinnspielen zu befassen<sup>186</sup>. In ihren Grundsätzen über die Lauterkeit in der kommerziellen Kommunikation von April 2001 äussert sich die Lauterkeitskommission denn auch einlässlich über die lauterkeitsrechtlichen Anforderungen an Gewinnspiele oder Publikumswettbewerbe<sup>187</sup>. Ihrer Auffassung nach gelten verschiedene Konstellationen als irreführend, so unter anderen Sweepstakes, Spielanlagen, bei denen die Teilnehmer im Unklaren darüber gelassen werden, ob ein Kauf die Gewinnchance erhöhen würde, Gewinnversprechen, die schlagwortartig angepriesen und nur an optisch untergeordneter Stelle relativiert werden. Als aggressive Verkaufsmethode und damit als unlauter wertet die Lauterkeitskommission Gewinnspiele oder Wettbewerbe, wenn der Veranstalter die Entscheidungsfreiheit der Teilnehmers beeinträchtigt, indem er zum Beispiel an ihren Anstand appelliert, Ware zu bestellen, oder indem er ihre Dankbarkeit ausnutzt<sup>188</sup>.

Die Grundsätze der Lauterkeitskommission sind zwar weder für die einzelnen Wirtschaftssubjekte noch für die Gerichte verbindlich. Immerhin kommt ihnen in gewissem Sinne *Richtliniencharakter* zu: Sie können daher bei der lauterkeitsrechtlichen Beurteilung von Gewinnversprechen und Gewinnspielen von den staatlichen Gerichten zumindest im unterstützenden Sinne beigezogen werden<sup>189</sup>.

Werbetreibenden steht es faktisch frei, sich auf ein Beschwerdeverfahren gar nicht einzulassen bzw. allfällige Empfehlungen der SLK zu ignorieren. Wenn der SLK als nichtstaatliche Behörde auch keinerlei

<sup>185</sup> Die SLK mit Sitz in Zürich ist eine unabhängige Kommission einer Stiftung der Schweizer Werbewirtschaft; vgl. BRUNNER, recht 2001, 2, und DAVID, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, N 663 f. Zur Stellung und Bedeutung der SLK allgemein vgl. BRUNNER, recht 2001, 1 ff.; DAVID, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, N 663 ff.; kritisch UWG-BAUDENBACHER/GLÖCKNER, Vor Art. 12 N 8 ff.; vgl. auch <<http://www.lauterkeit.ch>>.

<sup>186</sup> Vgl. etwa die statistischen Angaben im Jahresbericht 2000 der SLK (oben Fn. 6), sowie BRUNNER, recht 2001, 8.

<sup>187</sup> Vgl. Nr. 3.9 Ziff. 2 der Grundsätze Lauterkeit in der kommerziellen Kommunikation von April 2001, abgedruckt im Anhang.

<sup>188</sup> Grundsatz Nr. 3.9 Ziff. 2 a.E. Vgl. zum Ganzen schon die SLK-Richtlinien zu Werbe-Gewinnspielen (SLK-Pressemitteilung vom April 1996), in JKR 1996, 378 f.; BRUNNER, recht 2001, 8 m.w.Hw., und oben zu Fn. 152.

<sup>189</sup> So auch das Kantonsgericht Zug im Fall Sweepstake II, SMI 1992, 353 E. 3.6.3; sinngemäss wohl auch FRIEDRICH, 129 f., und DAVID, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, N 6, 78 ff.

hoheitliche Zwangsmittel zur Durchsetzung ihrer Entscheide<sup>190</sup> zur Verfügung stehen, zeigt sich doch, dass ihre Beschlüsse in der Praxis mehrheitlich befolgt werden, da ihr ein grundsätzlich adäquates Sanktionsinstrumentarium zur Verfügung steht (sog. softlaw)<sup>191</sup>. Denn insbesondere angesehene Werbeagenturen und Herausgeber periodisch erscheinender Presseerzeugnisse halten sich an die Verfügungen der SLK. Doch gerade bei Gewinnversprechen versagen die Sanktionen oft, da es sich bei den Veranstaltern solcher Spiele i.d.R. um Versandhäuser handelt, welche Direktwerbung in Eigenregie betreiben<sup>192</sup>. Sofern ein strafbarer Verstoss gegen das UWG vorliegt und ein Entscheid der SLK – insbesondere von einem sog. Aussenseiter<sup>193</sup> – missachtet wird, erstattet die SLK ohne weitere Vorwarnung direkt Strafanzeige<sup>194</sup>.

#### 4. Rechtsfolgen

Das UWG sieht bei unlauterem Wettbewerb sowohl zivil- als auch strafrechtliche Sanktionen vor.

##### 4.1 Zivilrechtliche Folgen

Dem deliktsrechtlichen *Schadenersatzrecht*<sup>195</sup> kommt bei unlauteren Gewinnspielen – wie oben bereits erwähnt<sup>196</sup> – kaum Bedeutung zu: Denn es findet praktisch nur dann Anwendung, wenn jemand effektiv einen Schaden erlitten hat, diesen beweisen kann und Schadenersatz verlangt, was bei nichterfüllten Gewinnversprechen selten der Fall ist<sup>197</sup>. Daneben sieht das UWG zwar theoretisch die Möglichkeit von

*Unterlassungs-, Beseitigungs- und Feststellungsklagen* vor, auch wenn dem Kläger kein Schaden erwachsen ist<sup>198</sup>. Praktisch sind indessen auch solche Klagen wenig wirksam. Bei Feststellungsklagen nach Art. 9 Abs. 1 lit. c UWG kommt erschwerend hinzu, dass sich die beanstandete Verletzung weiterhin störend auswirken muss, damit ein rechtlich relevantes Feststellungsinteresse gegeben ist. Immerhin kommt den Empfängern von Gewinnversprechen im hier diskutierten Fragenbereich die verhältnismässig weitherzige Praxis der I. Zivilabteilung des Bundesgerichts zum UWG-rechtlichen Feststellungsinteresse entgegen<sup>199</sup>. Dieser Praxis hat sich nun auch die II. Zivilabteilung angeschlossen<sup>200</sup>. Eine Feststellungsklage kann sich allerdings als sinnvoll erweisen, wenn der Kläger – z.B. eine Konsumentenorganisation – mittels einer *Urteilsveröffentlichung* auf Kosten des Veranstalters das breite Publikum über den Ausgang eines Prozesses wegen Verstosses gegen das UWG informieren und vor solchen Gewinnversprechen warnen will<sup>201</sup>.

Für die Bestimmung des innerstaatlichen *Gerichtsstandes* ist bei Klagen aufgrund eines Verstosses gegen das UWG, welche als Klagen aus unerlaubter Handlung zu behandeln sind<sup>202</sup>, neuerdings Art. 25 GestG zu beachten: Der Kläger hat demnach die Wahl, ob er die Klage beim Gericht am Wohnsitz/Sitz des Geschädigten oder des Beklagten oder am Handlungs- oder am Erfüllungsort anbringen will<sup>203</sup>. Falls der zivilrechtliche Anspruch wegen unlauteren Wettbewerbs im Zusammenhang mit einer zivilrechtlichen Streitigkeit steht, für welche das entsprechende Gesetz einen bestimmten Gerichtsstand vorsieht, so darf

<sup>190</sup> Die Entscheide gehen auf Feststellung oder Unterlassung. Gegen Beschlüsse steht dem Betroffenen nur „Rekurs“ an das Plenum der SLK zu, wobei ausschliesslich die Willkürige zugelassen ist (BRUNNER, recht 2001, 6).

<sup>191</sup> Zu den Sanktionsmöglichkeiten der SLK vgl. BRUNNER, recht 2001, 6, 10; DAVID, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, N 675; UWG-BAUDENBACHER/GLÖCKNER, Vor Art. 12 N 9.

<sup>192</sup> Dazu DAVID, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, N 675.

<sup>193</sup> Der Werbetreibende rügt erfahrungsgemäss, weder sei er „Mitglied“ der Stiftung noch habe er sich sonst der Stiftung verpflichtet und der Stiftung fehle jegliche staatliche Gewalt; vgl. BRUNNER, recht 2001, 9.

<sup>194</sup> BRUNNER, recht 2001, 6, 10.

<sup>195</sup> Vgl. Art. 9 Abs. 3 UWG, der auf das OR verweist; dazu statt aller UWG-BAUDENBACHER/GLÖCKNER, Art. 9 N 177 ff. m. umfassenden Nw.

<sup>196</sup> Oben I.1. in fine.

<sup>197</sup> DAVID, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, N 651 f; BRUNNER, recht 2001, 6. Auch allfällige Klagen des Empfängers auf *Herausgabe des Gewinnes* nach den Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 9 Abs. 3 UWG) bzw. auf *Genugtuung* würden

sich bei Gewinnversprechen als stumpfe Waffen erweisen; dazu generell DAVID, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, N 653 ff.

<sup>198</sup> Art. 9 Abs. 1 lit. a, b und c UWG; dazu etwa DAVID, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, N 643 ff.; FRIEDRICH, 160 ff.; LINDER, 181 ff.; ausführlich UWG-BAUDENBACHER/GLÖCKNER, Art. 9 N 1 ff. m. zahlreichen Nw.

<sup>199</sup> BGE 123 III 354 ff.

<sup>200</sup> Vgl. BGE vom 20.7.2001 i.S. Minelli c. Jean Frey AG (5.C. 166/2000; zur Publikation vorgesehen).

<sup>201</sup> Art. 9 Abs. 2 UWG; vgl. z.B. KGer Zug im Fall Sweepstake II, SMI 1992, 358 f. E. 8.; DAVID, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, N 648; ausführlich UWG-BAUDENBACHER/GLÖCKNER, Art. 9 N 140 ff. Bezüglich Wirkung einer Urteilsveröffentlichung ist entscheidend, ob es sich beim Veranstalter z.B. um ein etabliertes Versandhaus handelt oder bloss um eine unbekannte Firma, welche nach vollendetem Gewinnspiel umgetauft werden kann und nur über eine Briefkasten-Adresse verfügt.

<sup>202</sup> BGE 117 II 204, 206; 92 II 257, 264; 87 II 113, 115; UWG-BAUDENBACHER/GLÖCKNER, Art. 12 N 29 m.w.Nw.; zur Kritik vgl. Carl BAUDENBACHER, Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung grenzüberschreitender Werbe- und Absatztätigkeit nach schweizerischem Recht, GRUR Int. 1988, 310 ff., 315 m.w.Nw.

<sup>203</sup> In Deutschland wird kritisiert, die vergleichbare Regel im deutschen UWG (§ 24) habe aufgrund der weitreichenden Möglichkeiten des „forum shopping“ zu einer „Hypertrophie des Lauterkeitsrechts“ geführt; so UWG-BAUDENBACHER/GLÖCKNER, Art. 12 N 3 m.Nw.

die UWG-Klage i.S. einer Kompetenzattraktion gemäss Art. 12 Abs. 2 UWG auch an letzterem angehoben werden<sup>204</sup>. Zudem bleibt die Zuständigkeit der Strafgerichte, welche für die Beurteilung von Verstössen gegen das UWG bzw. das LG zuständig sind, für die Beurteilung der Zivilansprüche aus UWG vorbehalten<sup>205</sup>.

#### 4.2 Strafrechtliche Folgen

Aus verschiedenen Gründen sehen Konkurrenten, Konsumenten und Konsumentenorganisationen oft von Strafanzeigen bzw. -anträgen wegen unlauteren Gewinnversprechen ab<sup>206</sup>. Hingegen kommt es vermehrt vor, dass die Schweizerische Lauterkeitskommission gegen Veranstalter von sogenannten Sweepstakes Anzeige wegen Verletzung des UWG erstattet. Die Strafbestimmungen des UWG<sup>207</sup> entfalten in diesem Bereich aber nur beschränkte Wirkung: Zunächst einmal steht fest, dass die praktisch häufigen Verstösse gegen die Generalklausel von Art. 2 UWG aufgrund des in Art. 23 UWG kodifizierten Legalitätsprinzips strafrechtlich nicht geahndet werden können<sup>208</sup>. Lauterkeitsrechtlich strafbar macht sich ein Veranstalter von Gewinnspielen somit nur dann, wenn er vorsätzlich entweder durch Irreführung der Adressaten die Spezialnorm von Art. 3 lit. b UWG verletzt<sup>209</sup> oder wegen besonders aggressiver Verkaufs- (und nicht bloss Werbe-)Methoden gegen Art. 3 lit. h UWG verstösst<sup>210</sup>.

Ein weiteres Problem ergibt sich aus dem Umstand, dass juristische Personen i.d.R. nicht straffähig sind, weshalb die Strafverfolgungsbehörden jeweils den für eine Wettbewerbshandlung konkret Verantwortlichen ermitteln und überführen müssen<sup>211</sup>. Ein gewisser Präventionseffekt

liesse sich wohl erreichen, wenn das veranstaltende Unternehmen direkt anstelle der verantwortlichen natürlichen Person zur Rechenschaft gezogen werden könnte<sup>212</sup>. Das UWG sieht dieses Vorgehen unter gewissen Umständen zwar ausdrücklich vor<sup>213</sup>, nimmt jedoch dieser Waffe sogleich wieder die Spitze, indem es Bussen von höchstens Fr. 5'000.- zulässt<sup>214</sup>, welche von den fehlbaren Unternehmen meist aus der Portokasse bezahlt werden können<sup>215</sup>.

Zudem stellt sich das praktische Problem, dass die Strafverfolgung bei Wettbewerbsverstössen nicht Sache einer spezialisierten Zentralbehörde, sondern der ordentlichen Organe der Kantone ist<sup>216</sup>. Erfahrungsgemäss haben solche Delikte für die staatlichen Behörden weder Priorität, noch verfügen diese Behörden über spezifische UWG-Kenntnisse, weshalb solche Verfahren i.d.R. sehr lange dauern und sogar dazu neigen, infolge Verjährung eingestellt zu werden<sup>217</sup>.

<sup>204</sup> BGE 125 III 95, 98; PEDRAZZINI, 241, 243 f.; UWG-BAUDENBACHER/GLÖCKNER, Art. 12 N 49 ff. Von Bedeutung ist im Zusammenhang mit Gewinnversprechen insb. Art. 22 Abs. 1 GestG, welcher dem Konsumenten bei Konsumentenverträgen (definiert in Art. 22 Abs. 2 GestG) die Wahl lässt, ob er am Wohnsitz/Sitz des Beklagten oder am eigenen Wohnsitz klagen will (vgl. dazu bereits oben Fn. 128).

<sup>205</sup> Adhäsionsklage nach Art. 28 GestG; zur eingeschränkten Bedeutung des Adhäsionsverfahrens UWG-BAUDENBACHER/GLÖCKNER, Vor Art. 12 N 12.

<sup>206</sup> Soeben haben jedoch Strafanträge von Konsumenten und Konsumentenschutzorganisationen zu einer strafrechtlichen Verurteilung eines Verantwortlichen einer Gewinnspielveranstalterin geführt [OGer TG, Strafurteil vom 17.4.2001 (Fn. 134); noch nicht rechtskräftig].

<sup>207</sup> Art. 23 ff. UWG; dazu generell UWG-BAUDENBACHER/GLÖCKNER, Vor Art. 23 ff.

<sup>208</sup> Vgl. etwa UWG-BAUDENBACHER/GLÖCKNER, Vor Art. 23 ff. N 12.

<sup>209</sup> Oben III.2.3.

<sup>210</sup> Dazu oben III.2.1. Nach SCHWENNINGER/SENN/THALMANN, 317, führt bei Sweepstakes ein Strafantrag wegen unlauteren Wettbewerbs oft nicht zum Erfolg.

<sup>211</sup> Das OGer TG, Strafurteil vom 17.4.2001 (Fn. 134), verurteilte den Geschäftsführer, der zugleich Präsident und Delegierter des Verwaltungsrats der betroffenen Unternehmung war. DAVID, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, N 683. Auch im Anwendungsbereich

des *Lotterierechts* führen im Geschäftsbetriebe einer juristischen Person oder Gesellschaft gegen Art. 38-42 LG begangene Widerhandlungen zur Strafbarkeit der handelnden Organe oder Gesellschafter (Art. 45 LG; vgl. z.B. BGE 125 IV 212).

<sup>212</sup> Vgl. nun den Entwurf zur Änderung des StGB, welcher im neuen Art. 102 eine subsidiäre strafrechtliche Unternehmenshaftung (vergleichbar mit einer Kaskadenhaftung) vorsieht: Ein Unternehmen wird mit einer Busse bis zu Fr. 5 Mio. bestraft, wenn durch den Betrieb des Unternehmens eine Straftat verübt wird und diese Tat wegen mangelhafter Organisation des Unternehmens keiner bestimmten Person zugerechnet werden kann; dazu ausführlich die Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes) vom 21.9.1998, BBl 1999 1979 ff., insb. 2136 ff..

<sup>213</sup> Art. 26 UWG i.V.m. Art. 6 und 7 Bundesgesetz vom 22.3.1974 über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR), SR 313.0.

<sup>214</sup> Die Busse ist auf diese geringe Höhe beschränkt, weil die Ausnahmenorm des VStrR nur anwendbar ist, wenn einerseits ein Bagatelldelikt eines Unternehmensdelikts vorliegt und andererseits die Ermittlung der verantwortlichen natürlichen Person unverhältnismässig aufwändig wäre.

<sup>215</sup> Daneben ergeben sich aus diesen Vorschriften des VStrR weitere Probleme: So ist insb. unklar, wie ex ante beurteilt werden kann, ob i.c. eine Busse von mehr oder weniger als Fr. 5'000.- in Betracht kommt; so UWG-BAUDENBACHER/GLÖCKNER, Art. 26 N 6.

<sup>216</sup> So explizit Art. 27 UWG; dazu generell UWG-BAUDENBACHER/GLÖCKNER, Art. 27 N 1 ff.

<sup>217</sup> So DAVID, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, N 686; vgl. auch den Hw. bei BRUNNER, recht 2001, 2 mit Fn. 11 m.Nw. zur „verfahrensrechtlichen Abstinenz“ der Konsumenten.



## 5. Internationales Privatrecht und internationales Zivilprozessrecht

### 5.1 Gerichtsstand

Falls ein internationalprivatrechtlicher Sachverhalt vorliegt, ist die örtliche Zuständigkeit für Klagen aus unlauterem Wettbewerb im IPRG bzw. LugÜ geregelt<sup>218</sup>. Ist bei Gewinnversprechen ein Auslandsbezug gegeben, so haben die Empfänger erfahrungsgemäss meist Wohnsitz in der Schweiz und die Veranstalter sind im benachbarten EU-Ausland (d.h. meist Österreich bzw. Deutschland) domiziliert oder umgekehrt. Da 18 Staaten – darunter alle EU-Staaten – das LugÜ ratifiziert haben<sup>219</sup>, ist für die Schweiz vor allem Art. 5 Ziff. 3 LugÜ von praktischer Bedeutung<sup>220</sup>. Der Geschädigte kann demnach wählen zwischen dem Gerichtsstand am (Wohn-)Sitz des beklagten Veranstalters oder am Erfolgsort<sup>221</sup>. Ist ausnahmsweise nicht das LugÜ anwendbar, so bestimmen Art. 129 Abs. 1 und 2 IPRG, dass für Klagen aus unerlaubter Handlung, d.h. auch für solche aus unlauterem Wettbewerb<sup>222</sup>, die Gerichte am (Wohn-)Sitz des Beklagten bzw. dessen gewöhnlichem Aufenthalts- oder Niederlassungsort zuständig sind; subsidiär kann auch beim Gericht am Deliktort, d.h. am Handlungs- oder am Erfolgsort geklagt werden<sup>223</sup>. Wenn der Veranstalter von Gewinnversprechen vom Ausland aus handelt und sich an Schweizer Konsumenten richtet, so ist der Ort der Auswirkung in der Schweiz als Erfolgsort zu betrachten<sup>224</sup>.

### 5.2 Anwendbares Recht

Art. 136 IPRG legt das auf internationale UWG-Sachverhalte anwendbare Recht gemäss dem sog. *Auswirkungsprinzip* fest<sup>225</sup>: Massgebend ist das Recht desjenigen Staates, auf dessen Markt die unlautere

<sup>218</sup> Näheres bei PEDRAZZINI, 239 f.; UWG-BAUDENBACHER/GLÖCKNER, Art. 12 N 1 ff.

<sup>219</sup> UWG-BAUDENBACHER/GLÖCKNER, Art. 12 N 10, sowie Art. 12 N 9 ff. zum Verhältnis des LugÜ zum EuGVÜ.

<sup>220</sup> PEDRAZZINI, 241; UWG-BAUDENBACHER/GLÖCKNER, Art. 12 N 15 ff., u.a. mit dem Hw., dass auch unlauterer Wettbewerb als unerlaubte Handlung i.S.d. LugÜ verstanden wird (N 16). Sog. Adhäsionsverfahren werden in Art. 5 Ziff. 4 LugÜ geregelt.

<sup>221</sup> UWG-BAUDENBACHER/GLÖCKNER, Art. 12 N 19 f. auch zum „Ort, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist“: Bei sog. Distanzdelikten, bei welchen Handlungs- und Erfolgsort auseinanderfallen, kann der Kläger die Zuständigkeit auswählen.

<sup>222</sup> BGE 117 II 206; UWG-BAUDENBACHER/GLÖCKNER, Vor Art. 12 N 1 und Art. 12 N 29, m.w.Nw.

<sup>223</sup> PEDRAZZINI, 240 ff.; DAVID, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, N 656; UWG-BAUDENBACHER/GLÖCKNER, Art. 12 N 29 ff.; SIWR-BÄR, 98 ff.

<sup>224</sup> D.h. der Ort, an dem der Erfolg eingetreten ist oder nach Absicht des Veranstalters hätte eintreten sollen; vgl. DAVID, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, N 657 m.Nw.

<sup>225</sup> Zum Ganzen ausführlich SIWR-BÄR, 92 f., insb. 123 ff.; PEDRAZZINI, 246 ff.

Wettbewerbshandlung ihre Wirkung entfaltet. Tritt also ein ausländischer Veranstalter auf dem schweizerischen Markt auf, indem er Konsumenten in der Schweiz mit Gewinnversprechen eindeckt, so unterwirft er sich dem Schweizer Recht.

## 6. Zusammenfassung

Gewinnversprechen bzw. Gewinnspiele können im Lauterkeitsrecht – genauso wie im Schuldrecht – nur aufgrund einer Würdigung aller Umstände des Einzelfalles beurteilt werden. Im Vordergrund des Interesses stehen dabei zum einen der Tatbestand der Irreführung und zum andern der Tatbestand der besonders aggressiven Werbemethoden. Beide Tatbestände fallen unter die Generalklausel von Art. 2 UWG, ersterer zudem gegebenenfalls auch unter die besondere Bestimmung von Art. 3 lit. b UWG. Ist ein Gewinnspiel oder -versprechen direkt oder indirekt mit einem Kaufzwang verbunden, so kann unter Umständen auch der Spezialtatbestand von Art. 3 lit. h UWG (besonders aggressive Verkaufsmethoden) erfüllt sein<sup>226</sup>.

## IV. Schluss

Vor kurzem ist mir ein an mich persönlich adressierter Zettel mit der Überschrift „Mitteilung über \$ 2.3 Millionen“ ins Haus geflattert. Fett hervorgehoben war folgender Text: „Hiermit informieren wir Sie ordnungsgemäss“, dann etwas weiter unten „dass Sie der Gewinner von \$ 2.3 Millionen sind – garantiert?“ Hätte ich daraus einen klagbaren Anspruch ableiten oder gegen den Absender mit Erfolg wegen Verletzung des UWG vorgehen können? Im konkreten Fall wäre dies wohl zu verneinen. Denn im Zwischentext wurde klar, wenn auch in kleiner Schrift, ausgeführt, dass man mich auffordert, gegen Einsendung von Fr. 10.– im australischen Lotto mitzumachen und dass ich nach der Ziehung der Gewinne sofort informiert würde, falls ich glücklicher Gewinner sei. Das Ganze erweckte zwar einen „offiziösen“ Eindruck, indem von „einzige und letzte Benachrichtigung“, „registriert und anerkannt vom Ausschuss“, „Herzlichen Glückwunsch“ usw. die Rede war.

<sup>226</sup> Und ein Verstoß gegen Art. 1 bzw. 4 LG vorliegen.



Aber nach Treu und Glauben konnte ich daraus unmöglich ein unbedingtes Gewinnversprechen ableiten, und auch von einer Irreführung im wettbewerbsrechtlich relevanten Sinne konnte kaum die Rede sein. Allenfalls mag diese Mitteilung gegen die schweizerische Lotteriegesetzgebung verstossen. Ob man darin bereits eine Wettbewerbsverletzung erblicken kann, wage ich im konkreten Fall aber zu bezweifeln.

Andere Gewinnspiele oder Gewinnversprechen mögen grössere Suggestivwirkung ausüben und – vor allem, wenn es um den Verkauf von Waren geht – werbewirksamer sein. Gleichzeitig mögen andere Gewinnspiele oder -versprechen von den Veranstaltern bewusst verwirrlischer inszeniert werden, indem auf der einen Seite dem Empfänger der Eindruck vermittelt wird, er sei Gewinner eines Hauptpreises, und auf der andern Seite durch eine verwirrlische Vielzahl von Ausführungen, klein gedruckten Hinweisen usw. alles wieder relativiert wird. Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass das geltende rechtliche Instrumentarium ausreicht, um solchen Machenschaften schuldrechtlich und lauterkeitsrechtlich *grundsätzlich* zu begegnen<sup>227</sup>. Die Gerichte müssten sich seiner nur richtig bedienen. Materielle Schutzlücken (auch im Verhältnis zu umliegenden Ländern) bestehen daher an sich nicht. Gezeigt hat sich aber auch, dass hier (wie überall) *der Teufel im Detail liegt*! Nur aufgrund einer Würdigung aller Umstände kann beurteilt werden, ob dem Empfänger eines Gewinnversprechens ein schuldrechtlicher Anspruch auf Ausrichtung des Gewinns zusteht und/oder ob sich der Veranstalter unlauter verhalten hat. Dementsprechend schwierig ist es für Betroffene, die Prozesschancen abzuschätzen. Dies dürfte der Hauptgrund dafür sein, dass sich die schweizerischen Gerichte bisher nur in den seltensten Fällen mit solchen Fragen zu befassen hatten. Entsprechende Prozesse sind für den Kläger schlicht zu riskant!

Eine Intervention des Gesetzgebers, wie sie etwa die Motion SOMMARUGA anstrebt<sup>228</sup>, würde daran wenig ändern. Wohl kann der Gesetzgeber, wie dies etwa in Österreich und Deutschland geschehen ist, dogmatische Unsicherheiten im schuldrechtlichen Bereich (Gewinnversprechen als Offerte zum Abschluss eines gewöhnlichen Vertrages, als Schenkungsversprechen oder gar als bloss einseitiger Verpflichtungsgrund)<sup>229</sup> mit einem Federstrich beseitigen, indem er dem Empfänger eines Gewinnversprechens von Gesetzes wegen einen klagbaren Anspruch auf Erfüllung einräumt. Indessen muss auch dann stets beurteilt werden, ob der Erklärende mit seiner Zusendung wirklich den

<sup>227</sup> Fraglich daher eventuell die Urteile des KGer Zug und des OGer Thurgau: Die Entscheidung hängt jedoch von der genauen Beurteilung der Umstände im Einzelfall ab, wozu man unbedingt die konkreten Dokumente kennen müsste.

<sup>228</sup> Motion von Nationalrätin SOMMARUGA und Antwort des Bundesrates, vgl. oben Fn. 30.

<sup>229</sup> Vgl. dazu einlässlich oben I.2.1 und 2.2.

Eindruck erweckt hat, dass der Verbraucher einen bestimmten Preis gewonnen habe. Und dies kann (zwangsläufig) nur von Fall zu Fall entschieden werden. Mit solchen Gesetzesbestimmungen ist daher nicht viel gewonnen, da die Beurteilung der Prozesschancen für potenzielle Kläger nach wie vor schwierig bleibt.

Gegen Gewinnversprechen im hier interessierenden Sinne gibt es somit letztlich nur ein sinnvolles Gegenmittel: Nichts bestellen – nichts kaufen – weg damit ins Altpapier! Dieser Rat ist zwar unjuristisch, aber wirksam! Denn die Werbewirkung des Altpapiers ist ja bekanntlich ausserordentlich gering.

## V. Nachtrag

Die seit Ende Oktober vorliegende Begründung des Urteils des Obergerichts des Kt. Thurgau vom 17.4.2001<sup>230</sup> macht deutlich, dass die strafrechtliche Verurteilung von Verantwortlichen für dubiose Gewinnversprechen gestützt auf UWG und Lotteriegesetz möglich ist und sogar zu empfindlichen Strafen für die betroffenen verantwortlichen natürlichen Personen führen kann. Dieses Strafurteil darf durchaus als Warnschuss vor den Bug aller Veranstalter von dubiosen Gewinnspielen aufgefasst werden!

Auf der andren Seite sollte man sich dennoch Gedanken darüber machen, ob es aus rechtspolitischer Sicht wirklich sinnvoll ist, erhebliche Ressourcen der Strafverfolgungsbehörden für die Klärung solcher unlauterer Machenschaften einzusetzen. Die Durchsicht des über 60 Seiten umfassenden Thurgauer Urteils (welches auch mehrere, jeweils um die 100 Seiten umfassende Eingaben des Angeklagten erwähnt) lässt erahnen, welch immensen Aufwand die Untersuchungsbehörden bei der Abklärung der über 50 einzelnen angezeigten Sachverhalte leisten mussten, damit es schliesslich zu einem Strafurteil (mit über 60 Schuldprüchen) kommen konnte. Ein weiteres Problem kann sich aus dem Umstand ergeben, dass – infolge des heute praktisch noch inexistenten Unternehmensstrafrechts – i.d.R. nur die verantwortliche natürliche Person verurteilt wird. Das im vorliegenden Fall international tätige gewinnspielveranstaltende Unternehmen könnte z.B. den (aus dem Ausland stammenden) zu einer bedingten Gefängnisstrafe verurteilten Geschäftsführer aus der Schweiz abziehen und durch eine noch unbe-

<sup>230</sup> Vgl. oben Fn. 134.

lastete Person ersetzen, welche wohl bei einer erneuten Verurteilung wiederum als „Ersttäter“ in den Genuss einer bloss bedingten Strafe kommen würde. Die „Wiederholungstaten“ der Unternehmung liessen sich auf diese Weise nicht adäquat erfassen; die Abschreckung durch die Strafe hätte somit nur eine begrenzte Wirkung.

Immer vorausgesetzt, dass man solche Gewinnspiele und -versprechen rechtspolitisch effektiv als störend qualifiziert, könnte sich aus verschiedenen Gründen das zivilrechtliche Instrumentarium zu deren Bekämpfung doch als effizienter erweisen als der strafrechtliche Ansatz. Sofern die Zivilgerichte nämlich in Zukunft bereit wären, die Schwelle für den normativ festzustellenden Verpflichtungswillen der Unternehmung wesentlich tiefer anzusetzen als bis anhin, würde das bald die erwünschten Folgen zeigen: Da im Strafrecht eine einzige Gesamtstrafe für alle erfolgten einzelnen Schuldsprüche ausgesprochen wird (im konkreten Thurgauer Fall waren es über 60!), wurde der Verantwortliche infolge „Mengenrabatts“ zu einer Gesamtstrafe von „nur“ 10 Wochen Gefängnis bedingt und zu einer Busse von Fr. 50'000.– verurteilt. Demgegenüber zieht im Zivilrecht jede einzelne Verurteilung grundsätzlich unabhängige Rechtsfolgen nach sich: Im Ergebnis hat der Beklagte die Summe aller einzelnen Leistungen zu zahlen, zu denen er in den Zivilurteilen verurteilt wird; anstatt „Mengenrabatt“ gibt es also im Zivilrecht eine Addition. Die relativ hohe Wahrscheinlichkeit, zur x-fachen Ausrichtung des Hauptgewinns an eine u.U. grosse Zahl von klagenden „Gewinnern“ verurteilt zu werden (woran es heute – leider? – aber noch fehlt<sup>231</sup>), dürfte somit wohl eine abschreckende Wirkung auf alle dubiosen Gewinnspiel-Veranstalter zeigen.

Doch auch diesfalls müssten sich die Konsumenten und Gerichte immer wieder auf die teils fantasievollen neuen Strategien der Veranstalter einstellen: So hat z.B. die vom Landgericht Wuppertal<sup>232</sup> am 19.2.2001 verurteilte Unternehmung infolge ihrer wegen § 661a BGB rechtlich aussichtslosen Situation einfach auf der Ebene des Sachverhalts unverfroren, aber erfolglos bestritten, überhaupt Urheberin der aus dem Ausland verschickten Gewinnversprechen zu sein.

<sup>231</sup> Vgl. insb. das Zivilurteil des Obergerichts Thurgau vom 20.3.2001; dazu oben 2.3.

<sup>232</sup> VuR 2001, 387 f., vgl. oben Fn. 17.

## Anhang

### „Grundsätze Lauterkeit in der kommerziellen Kommunikation“

herausgegeben von der Schweizerischen Lauterkeitskommission (SLK), Fassung vom April 2001:

#### „Grundsatz Nr. 3.9: Gewinnspiele oder Publikumswettbewerbe

##### 1. Anforderungen gemäss Lotterierecht

Gewinnspiele und Publikumswettbewerbe sind unzulässig, sofern sie folgende vier Merkmale kumulativ aufweisen:

- Abschluss eines Rechtsgeschäftes (Zwang zum Vertragsabschluss, also zur Vereinbarung einer vertraglichen Leistung, was auch bei einem Kauf auf Probe oder Besicht zutrifft) oder Leistung eines vermögensrechtlichen Einsatzes (geldwerte Leistung des Teilnehmers auch in Form von Umtriebsentschädigungen, Spesen-, Versand- und andere Anteile, zusätzlich zu den effektiven Porto- und Übermittlungskosten) als Teilnahmevoraussetzung,
- Gewährung eines vermögenswerten Vorteils als Gewinn,
- Ermittlung der Gewinner oder der Höhe der Gewinne durch überwiegenden Zufall (Verlosung), so dass die Geschicklichkeit des Teilnehmers nicht mehr wesentlich erscheint,
- Planmässigkeit des Spiels oder Wettbewerbs, indem der Veranstalter sein Spielrisiko ausschliesst.

##### 2. Anforderungen gemäss Lauterkeitsrecht

Unlauter handelt insbesondere, wer den Teilnehmer an einem Spiel oder Wettbewerb irreführt, so durch

- *Spielanlagen*, die den Teilnehmer im unklaren darüber lassen, ob ein Kauf für die Teilnahme nötig ist, oder glauben lassen, ein Kauf würde die Gewinnchancen erhöhen,
- *Vorabverlosungen* (Sweepstake), bei denen namentlich aufgeführten Personen ausgesetzte Gewinne in Aussicht gestellt werden, sofern der Veranstalter weiss oder wissen könnte, dass den genannten Personen die ausgesetzten Gewinne nicht zugeteilt worden sind, wobei die Gewinnzuteilung durch technische Vorrichtungen oder beauftragte Dritte dem Veranstalter zuzurechnen ist,
- *Preise*, die nicht in der Abstufung ihres Wertes aufgelistet werden, teilweise Wertangaben enthalten, teilweise nicht oder die bei einem Verkaufswert unter Fr. 100.– als wertvoll bezeichnet werden,
- *Gewinnversprechen*, die schlagwortartig angepriesen und nur an optisch untergeordneter Stelle relativiert werden, anstatt durch Hervorheben des Textes in ähnlich prägnanter Form an anderer Stelle unmissverständlich klarmachen, unter welchen Voraussetzungen der Teilnehmer welchen Preis in welcher Veranstaltung erhält,
- *Teilnahmebedingungen*, die verlangen, dass die Teilnahmeerklärung auf einem Formular für eine verbindliche oder probeweise Bestellung eingereicht wird, sofern auf dem gleichen Formular nicht unmissverständlich die wahlweise oder chancengleiche Teilnahme auch ohne verbindliche oder probeweise Bestellung erwähnt wird,
- *Teilnahmeerklärungen*, bei denen die Teilnahmeerklärung auf unterschiedlichen Formularen, nur mit der Bestellkarte ohne spezielle Rubrik für die Teilnahme ohne Bestellung, mittels verschiedenartigen Umschlägen oder Frankaturen zu erfolgen hat.

Als Verkaufspromotion stellt ein Gewinnspiel oder Wettbewerb eine *aggressive Verkaufsmethode* dar und ist unlauter, sofern der Veranstalter die Entscheidungsfreiheit des Teilnehmers beeinträchtigt, insbesondere durch

- Ausnutzung der Dankbarkeit des Teilnehmers, indem dem Teilnehmer bereits bei früheren Gewinnspielen oder Auslosungen ein Gewinn angeboten oder ausgerichtet worden ist,
- Appell an den Anstand, indem dem Teilnehmer trotz Wegbedingung einer Bestellung nahegelegt wird, zu bestellen.“

## Résumé

Depuis bien longtemps, les organisateurs de jeux-concours publicitaires, surtout des maisons de vente par correspondance, en adressant des promesses de prix mirobolants aux consommateurs par lettre personnalisée („Vous avez déjà gagné 120'000 francs!“), réussissent à attirer l'attention de ces derniers sur leurs prospectus et catalogues joints à l'envoi et à les amener à passer des commandes. Le tirage au sort du numéro gagnant étant effectué en général avant même le concours (prétirage, „sweepstake“), c'est seulement après coup que les „heureux gagnants“ constatent qu'ils n'ont gagné qu'un prix de consolation d'une valeur dérisoire.

Différents moyens peuvent être envisagés pour lutter contre de telles promesses de gains fantaisistes: Dans la mesure où elles violent les normes de la loi fédérale sur les loteries et les paris professionnels (LPP) ou de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD), elles tombent sous le coup du droit pénal.

Sur le plan du droit civil, et contrairement à la situation juridique prévalant en Allemagne et en Autriche, où le législateur a édicté des normes spécifiques de droit contractuel pour réglementer les jeux-concours, la jurisprudence et la doctrine suisses préconisent l'application de différentes dispositions de droit délictuel et contractuel: jeu et pari (art. 513 CO), loteries et tirages au sort ou opérations analogues (art. 515 CO, 1 al. 1 LLP, 43 ch. 2 OLLP), promesse publique (art. 8 CO), donation (art. 239 CO), reconnaissance abstraite de dette (art. 17 CO). L'auteur, après avoir analysé toutes ces solutions et constaté leur caractère insatisfaisant, propose de qualifier la promesse de gain comme offre de conclure un contrat innommé. Le destinataire, en l'acceptant, devient titulaire d'une créance contractuelle en exécution. Toutefois, il convient d'examiner dans chaque cas d'espèce au vu des documents publicitaires et règlements de participation souvent peu clairs, si le destinataire, selon le principe de la confiance, était en droit de comprendre que l'organisateur voulait s'obliger.

En droit de la concurrence déloyale, les jeux-concours, selon les circonstances concrètes, peuvent constituer des méthodes particulièrement agressives de publicité, voire de vente (art. 2 resp. 3 lit. h LCD) ou enfreindre l'interdiction de pratiques commerciales trompeuses et qui induisent le consommateur en erreur (art. 2 et 3 lit. b LCD). De plus, ils violent, le cas échéant, les règles de la législation sur les loteries.

Ces instruments légaux suffisent, selon l'auteur, pour lutter efficacement sur le plan du droit des obligations et de la concurrence

déloyale contre les jeux-concours douteux, à condition d'être appliqués intelligemment.

## Abstract

“You have already won Frs. 120'000!” – the use of sweepstakes by mail-order retailers has become a common practice to lure consumers to have a glance at their catalogues and induce them in ordering goods. However, in most cases, the first prize is already allotted before the mailing (*pré-tirage*) and the “lucky winners” may only claim to receive a small prize.

There are several means to counter such dubious promises of prizes:

Provided they violate the criminal provisions of the Federal Act on Lotteries or the Federal Act on Unfair Competition, they entail *criminal prosecution*.

On a *civil law* basis, they are addressed through actions on contract or torts. However, unlike Germany or Austria which have specific civil law provisions on sweepstakes, Swiss case-law and legal scholarship use a wide array of tort and contractual doctrines to address the issue: All these doctrines – gambling (Art. 513 of the Swiss Code of Obligations, “CO”), lotteries and similar operations (Art. 515 CO, Art. 1 para. 1 of the Federal Act on Lotteries and Art. 43 item 2 of the Ordinance on the Federal Act on Lotteries), public promises (Art. 8 CO), gifts (Art. 239 CO), abstract acknowledgement of a debt (Art. 17 CO) – apply to a certain extent, however none of them is entirely satisfactory.

In this article, the author takes a view that such promises are offers to enter into a contract (which is not expressly provided for by the Code of obligations); thus, upon accepting such an offer, the receiver is entitled to a contractual claim to enforce the promise. However, the nature and the scope of the right of the receiver must be determined separately in each case in view of the sweepstake's advertisement and regulations. As such documentation will in most cases not be straightforward, they will be construed in reliance on the contract law principle of trust (*Vertrauensprinzip, principe de la confiance*).

Furthermore, from an *unfair competition law* point of view, sweepstakes may be, in certain instances, characterised as excessively aggressive methods of advertisement and/or sale (Art. 2 and 3 let. h of the Unfair Competition Act) as well as breaches of the prohibition of the deceptive practices (Art. 2 and 3 let. b of the Unfair Competition

Act). Furthermore, they may violate the regulatory provision on lotteries.

According to the author, provided these legal means are efficiently implemented, the actual legal framework is appropriate to counter dubious promises of prizes on a civil law and an unfair competition law basis.

## Literaturverzeichnis

(Aufgenommen sind nur mehrfach zitierte Werke.)

- AMSTUTZ Marc/VOGT Nedim Peter/WANG Markus, Kommentierung von Art. 117 IPRG, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Anton K. Schnyder (Hrsg.), Internationales Privatrecht, Basel 1996 (zit. IPRG-AMSTUTZ/VOGT/WANG)
- BÄR, Rolf, Das Internationale Privatrecht (Kollisionsrecht) des Immaterialgüterrechts und des Wettbewerbsrechts, in: Roland von Büren/Lucas David (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, SIWR I/1, Basel 1995, 87 ff. (zit. SIWR-BÄR)
- BAUDENBACHER Carl, Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel etc. 2001 (zit. UWG-BAUDENBACHER bzw. UWG-BAUDENBACHER/GLÖCKNER)
- BAUDENBACHER Carl, Schwerpunkte der schweizerischen UWG-Reform, in: Das UWG auf neuer Grundlage, Bern/Stuttgart 1989, 15 ff.
- BAUER Thomas, Kommentierung von Art. 513 OR, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), (Basler) Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529, 2. Aufl., Basel und Frankfurt a.M. 1996 (zit. OR-BAUER)
- BRUNNER Alexander, Zur Praxis der Schweizerischen Lauterkeitskommission (SLK), recht 2001, 1 ff. (zit. BRUNNER, recht 2001)
- BRUNNER Alexander, Kommentierung von Art. 120 IPRG, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Anton K. Schnyder (Hrsg.), Internationales Privatrecht, Basel 1996 (zit. IPRG-BRUNNER)
- BUCHER Eugen, Kommentierung von Art. 8 OR, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), (Basler) Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529, 2. Aufl., Basel und Frankfurt a.M. 1996 (zit. OR-BUCHER)

- BUCHER Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988 (zit. BUCHER, OR AT)
- BUCHER Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich 1988 (zit. BUCHER, OR BT)
- CAVIN Pierre, Kauf, Tausch und Schenkung, in: Schweizerisches Privatrecht (SPR) VII/1, Basel 1977
- DAVID Lucas, Reformauswirkungen des neuen UWG aus der Sicht der Praxis, in: Carl Baudenbacher (Hrsg.), Das UWG auf neuer Grundlage, Bern/Stuttgart 1989, 99 ff. (zit. DAVID, Reformauswirkungen)
- DAVID Lucas, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., Bern 1997 (zit. DAVID, Schweizerisches Wettbewerbsrecht)
- ENGEL Pierre, Contrats de droit suisse. Traité des contrats de la partie spéciale du Code des obligations, de la vente au contrat de société simple, articles 183 à 551 CO, ainsi que quelques contrats innomés, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2000
- FRIEDRICH Peter, Aggressive Werbemethoden in der Schweiz und deren lauterkeitsrechtliche Beurteilung, Diss. Zürich 1993
- GAUCH Peter/SCHLUEP Walter R./SCHMID Jörg/REY Heinz, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Zürich 1998 (zit. GAUCH/SCHLUEP/BEARBEITER)
- GIOVANOLI Silvio, Kommentierung von Art. 513 OR, in: (Berner) Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI/2/7 (Art. 492-515 OR), Bern 1978 (zit. BK-GIOVANOLI)
- GUHL Theo/KOLLER Alfred/SCHNYDER Anton K./DRUEY Jean Nicolas, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl. Zürich 2000 (zit. GUHL/BEARBEITER)
- HUGUENIN JACOBS Claire, Kommentierung von Art. 19/20 OR, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), (Basler) Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529, 2. Aufl., Basel und Frankfurt a.M. 1996 (zit. OR-HUGUENIN JACOBS)
- IMHOFF-SCHIEER Anne-Catherine, La validité des jeux-concours publics envoyés par correspondance, ZSR 104 (1985) I, 25 ff.
- KELLER Max/KREN KOSTKIEWICZ Jolanta, Kommentierung von Art. 117 und 120 IPRG, in: Anton Heini et al. (Hrsg.), IPRG-Kommentar, Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 1. Januar 1989, Zürich 1993 (zit. IPRG-Kommentar-KELLER/KREN KOSTKIEWICZ)
- KLAUSER Alexander, Der Anspruch nach § 5j KSchG in dogmatischer und kollisionsrechtlicher Hinsicht, ecolex 1999, 752 ff. (zit. KLAUSER, ecolex 1999)
- KLAUSER Alexander, Durchsetzbarkeit von Gewinnzusagen, ecolex 2000, 188 f. (zit. KLAUSER, ecolex 2000)

KLEIN Christian, Die Ausnützung des Spieltriebes durch Veranstaltungen der Wirtschaftswerbung und ihre Zulässigkeit nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1970

KRAMER Ernst A., Allgemeine Einleitung, in (Berner) Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI/1/1 (Art. 1-18 OR), Bern 1986 (zit. BK-KRAMER)

LINDER, Daniel, Das UWG als Ansatz des Konsumentenschutzes – Instrumentalisierung des Lauterkeitsrechts im Hinblick auf den Schutz von Konsumenteninteressen, Diss. Zürich 1994

LORENZ Stephan, Gewinnmitteilungen aus dem Ausland: Kollisionsrechtliche und internationalzivilprozessuale Aspekte von § 661a BGB, NJW 2000, 3305 ff.

LORENZ Stephan, Im BGB viel Neues: Die Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie, JuS 2000, 833 ff.

MÜLLER Jürg, Einleitung und Generalklausel (Art. 1-2 UWG), in: Roland von Büren/Lucas David (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, SIWR V/1, 2. Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 1998, 1 ff. (zit. SIWR-MÜLLER)

OSER Hugo/SCHÖNENBERGER Wilhelm, Kommentierung von Art. 243 OR, in: (Zürcher) Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V/2 (Art. 184-418 OR), 2. Aufl., Zürich 1936 (zit. ZK-OSER/SCHÖNENBERGER)

PEDRAZZINI Mario M., Unlauterer Wettbewerb – UWG, Bern 1992

SCHLUEP Walter R., Ausgewählte Rechtsfragen des Direct Mail, in: Zum Wirtschaftsrecht, Bern 1978, 167 ff. (zit. SCHLUEP, Direct Mail)

SCHLUEP Walter R., Die Werbung im revidierten Lauterkeitsrecht, in: Carl Baudenbacher (Hrsg.), Das UWG auf neuer Grundlage, Bern/Stuttgart 1989, 71 ff. (zit. SCHLUEP, Werbung)

SCHMIDLIN Bruno, Kommentierung von Art. 17 OR, in: (Berner) Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI/1/1 (Art. 1-18 OR), Bern 1986 (zit. BK-SCHMIDLIN)

SCHÖNENBERGER Wilhelm/JÄGGI Peter, Allgemeine Einleitung und Kommentierung von Art. 17 OR, in: (Zürcher) Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V/1a (Allgemeine Einleitung, Vorbemerkungen vor Art. 1, Kommentar zu den Art. 1-17 OR), 3. Aufl., Zürich 1973 (zit. ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI)

SCHÖNENBERGER Wilhelm: Kommentierung von Art. 513 OR, in: (Zürcher) Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V/3 (Art. 419-529 OR), 2. Aufl., Zürich 1945 (zit. ZK-SCHÖNENBERGER)

SCHWENNINGER Marc/SENN Manuel/THALMANN André, Werberecht, kommentierte Textausgabe (L. David [Hrsg.]), Zürich 1999

SCHWENZER Ingeborg, Kommentierung von Art. 17 OR, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand, (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529, 2. Aufl., Basel und Frankfurt a.M. 1996 (zit. OR-SCHWENZER)

SCHWENZER Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. Bern 2000 (zit. SCHWENZER, OR AT)

SPRAU Hartwig, Kommentierung von § 661a BGB, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 60. Aufl., München 2001 (zit. PALANDT-SPRAU)

STREULI-YOUSSEF Magda, Unlautere Werbe- und Verkaufsmethoden (Art. 3 UWG), in: Roland von Büren/Lucas David (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, SIWR V/1, 2. Aufl., Basel/Frankfurt a.M., 1998, 79 ff. (zit. SIWR-STREULI-YOUSSEF)

TERCIER Pierre, Les contrats spéciaux, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 1995

VOGT Nedim Peter, Kommentierung von Art. 239 OR, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), (Basler) Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529, 2. Aufl., Basel und Frankfurt a.M. 1996 (zit. OR-VOGT)

VON TUHR Andreas, Bemerkungen zur Schenkungslehre des schweizerischen Obligationenrechts, SJZ 1922, 201 ff.

VON TUHR Andreas/PETER Hans, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, 3. Aufl. Zürich 1974