
„Gewinnversprechen“ und das Bundesgericht – eine Gewinn versprechende Rechtsprechung?

THOMAS KOLLER*

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Ausgangslage
 - 1. Der faktische Hintergrund von Gewinnversprechen
 - 2. Der Musterprozess
 - 3. Das überraschende Bundesgerichtsurteil
- III. Bemerkungen zu diesem Bundesgerichtsurteil
 - 1. Allgemeines
 - 2. Das Zivilrecht und der Zivilprozess als Transmissionsriemen zur Wahrung öffentlicher Interessen
 - 3. Die schuldrechtlichen Aspekte von Gewinnversprechen
 - a) Vorbemerkungen
 - b) Das Gewinnversprechen als Offerte zum Abschluss eines Vertrages
 - c) Der Aspekt von Spiel und Wette sowie der Lotterie
 - d) Der Aspekt der Schenkung
- IV. Schluss

I. Einleitung

Der Jubilar, dem diese Festschrift gewidmet ist, hat die Rechtsprechung der I. Zivilabteilung des Bundesgerichts jahrelang in mannigfacher Hinsicht geprägt. Zwar fällt das Bundesgericht seine Entscheide als Spruchkörper, ohne dass für Aussenstehende direkt erkennbar wäre, welcher Richter oder welche Richterin was zu einem Urteil beigetragen hat. Anders verhält es sich bloss, wenn – heute leider schon beinahe eine Seltenheit – eine öffentliche Verhandlung durchgeführt wird und Zuhörer erleben dürfen, wie die einzelnen Gerichtsmitglieder mit ihren Voten auf die Entscheidungsfindung einwirken. Indessen lässt sich auch „indirekt“ wenigstens annäherungsweise eruieren, wie ein Bundesrichter vom Format eines HANS PETER WALTER ein Urteil beeinflusst hat: Der Sprachduktus des Jubilars – nunmehr seit 1. März 2004 auch geschätzter Kollege an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern – ist, wie man seinen zahlreichen Publikationen entnehmen kann, unverkennbar. Wer, wenn nicht er, könnte als Jurist in einer Publikation

* Ich danke meinem Assistenten Herrn lic.iur. Emanuel Georg Tschannen für die konstruktiv-kritische Mithilfe bei der Ausarbeitung dieses Beitrages. Das Manuskript wurde am 16.6.2004 abgeschlossen.

über das „Gefüge“, die „Splitter“ und die „Bindemittel“ des Privatrechts so unnachahmliche Sätze schreiben wie: „Die makrokosmische Auseinandersetzung weicht in Rechtspolitik und Rechtsdogmatik dem diversifizierten mikrokosmischen Scharmützel ...“¹ Daher lässt sich in vielen Fällen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit feststellen, dass HANS PETER WALTER zumindest bei der Urteilsredaktion, wenn nicht gar bei der Urteilsfindung, ein gewichtiges Wort mitgesprochen hat. Bildhafte Wendungen von sprachlicher Schönheit² wie „Dabei liegt der Wertungsgrat zwischen vertretbarem und unvertretbarem Vorgehen im Spannungsfeld zwischen der gefahren geneigten Tätigkeit des Anwalts und seiner obrigkeitlich bekräftigten Fachkunde“³ in Bundesgerichtsurteilen verraten deutlich seine Handschrift⁴.

Der Jubilar hat die Urteile des Bundesgerichts während Jahren aber nicht bloss sprachlich, sondern auch inhaltlich ganz wesentlich mitgeprägt. In seine Amtszeit als Präsident der I. Zivilabteilung fiel z.B. der Aufsehen erregende Entscheid im „Fussballclub-Lohn-Fall“⁵, in dem das Bundesgericht dem Tatbestand der Übervorteilung gemäss Art. 21 OR unter Berufung auf das „soziale Privatrecht“⁶, gestützt auf die wegweisende Begründung „Das Vertragsrecht wird zunehmend ‚materialisiert‘, die formale Vertragsfreiheit durch materielle Vertragsgerechtigkeit verdrängt ...“⁷, eine ganz neue Dimension verlieh. Dieser *Gedanke der materialen Gerechtigkeit*, die über formales Denken zwar nicht geradezu triumphiert, wohl aber bei der Entscheidungsfindung in hohem Masse mitzubeherrschenden ist, hat – unter Mitwirkung des Jubilars – in einem weiteren bemerkenswerten Bundesgerichtsurteil seinen Niederschlag gefunden: Im Streit stand in diesem Fall eine zivilrechtliche Forde-

¹ HANS PETER WALTER, Splitter des Privatrecht, recht 1997, 1 ff., spez. 3 (mit „Gefüge“, „Splitter“ und „Bindemittel“ gliedert Walter seinen Beitrag).

² So das Urteil von WOLFGANG WIEGAND, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2001 und 2002, Obligationenrecht, ZBJV 2003, 802 ff., spez. 846, zum nachfolgenden Zitat.

³ BGE 127 III 357 ff., 359/360 E. 1c („Berner Anwaltschafts-Fall“).

⁴ Vgl. dazu als Gegenprobe nur etwa folgende Wendung: „Diese eigenverantwortliche Rechtsfindung aber folgt unverändert dem schmalen Grat der Wertungsjurisprudenz, auf welchem jeder Fehltritt unweigerlich einen Sturz in die wertungsfreie Begriffsjurisprudenz auf der einen oder in die ungebundene Freirechtsjurisprudenz auf der andern Seite einleitet.“ (HANS PETER WALTER, Der Methodenpluralismus des Bundesgerichts bei der Gesetzesauslegung, recht 1999, 157 ff., spez. 159.).

Ähnlich, aber verhalten-dynamischer ist auch folgende schöne Umschreibung: „Die Vertrauenshaftung fristet ihr unsicheres Dasein im zitternden Wogen (sic!) zwischen Vertrag und Delikt“ (HANS PETER WALTER, Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages, ZBJV 1996, 273 ff., spez. 277).

⁵ BGE 123 III 292 ff.

⁶ BGE 123 III 297/298 E. 2e aa.

⁷ BGE 123 III 298; eher kritisch dazu WOLFGANG WIEGAND, ZBJV 1998, 683 ff., spez. 687; positiv dagegen PETER GAUCH, recht 1998, 55 ff., und ERNST A. KRAMER, AJP 1997, 1556 ff.

rung, die aus einem dubiosen „Gewinnversprechen“ eines Versandhauses abgeleitet wurde. Diesem Entscheid, der auch *in rechtsmethodisch-grundsätzlicher Hinsicht* von Interesse ist und zudem zu einigen *vertragsrechtlichen Gedanken* anregt, möchte ich mich im Folgenden zuwenden.

II. Ausgangslage

1. Der faktische Hintergrund von Gewinnversprechen

Wer kennt sie nicht, die grosssprecherischen Ankündigungen? „Sie haben gewonnen! Diamant-Ring gefasst in 18 Karat Gold!“, „120'000 in bar! Herzlichen Glückwunsch zu Ihrem Haupttreffer!“⁸. Solche und ähnliche „Gewinnversprechen“ überschwemmen seit Jahren die Briefkästen von Privathaushalten in der Schweiz und zahlreichen anderen europäischen Ländern. Die Form dieser Versprechen ist höchst unterschiedlich: Viel Papier mit zum Teil verwirlichen Werbeaussagen und -anpreisungen einerseits, pseudo-seriöses Auftreten mit Hinweisen auf Notare oder Rechtsanwälte mit Doktor- und Phantasietiteln, welche Gewinne verwalten und auszahlen würden, andererseits. Dem menschlichen Erfindungsgeist sind bei der Ausgestaltung derartiger „Gewinnversprechen“ keine Grenzen gesetzt. Die materielle Botschaft ist indessen bei den meisten Gewinnversprechen dieselbe: Beim Empfänger soll der Eindruck erweckt werden, er habe einen grossen Preis gewonnen. Und dies, obwohl er nie an einem Preisausschreiben teilgenommen hat! Der Empfänger müsse – so lautet in der Regel 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, unter einer (selbstverständlich gebührenpflichtigen) Telefonnummer irgendwelche weiteren Instruktionen abhören oder eine kleine Warenbestellung aufgeben. In Wirklichkeit aber will das Unternehmen dem Empfänger im Allgemeinen keinen fixen Gewinn (jedenfalls keinen Hauptgewinn) zusagen, sondern – wenn überhaupt – lediglich eine *Gewinnchance* einräumen. Für den Empfänger des Gewinnversprechens ist dies indessen i.d.R. nicht oder nicht leicht ersichtlich, weil die Werbeunterlagen kompliziert ausgestaltet sind⁹. Der Findigkeit von

⁸ Beispiele von der Europäischen Verbraucher Beratung: http://www.europakonsument.at/Europakonsument/ek_detail.asp?lang=DE&category=&id=10057 (besucht am 18.3.2004).

Vgl. zum Folgenden auch einlässlich THOMAS KOLLER, Gewinnversprechen – schuld- und lauterkeitsrechtliche Aspekte, in: Jahrbuch des Schweizerischen Konsumentenrechts 2001, hrsg. von Alexander Brunner/Manfred Rehbinder/Bernd Stauder, Bern 2002, 85 ff., spez. 88.

⁹ Vgl. dazu als Beispiel den Fall, der dem Urteil des Obergerichts Frankfurt am Main vom 19.2.2002, 8 U 228/01, zu Grunde lag. In der von einem Schweizer (sic!) Unternehmer

Versandhäusern sind dabei keine Grenzen gesetzt; Gewinnzusagen werden – wie es ALEXANDER KLAUSER sehr schön ausgedrückt hat – immer „gefinkelter“ formuliert¹⁰.

Gewinnversprechen dieser Art haben die Rechtsprechung in der Schweiz und in vielen andern Ländern im Verlauf der letzten Jahre in verschiedener Hinsicht beschäftigt. Im Vordergrund des Interesses standen dabei v.a. *lauterkeitsrechtliche Probleme*¹¹. Darüber hinaus hat sich aber auch die *schuldrechtliche Frage gestellt, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen der Empfänger eines solchen Gewinnversprechens einen klagbaren Anspruch auf Auszahlung des „Gewinns“ hat*. Die Praxisrelevanz dieser Frage liegt auf der Hand: Gewinnversprechen werden i.d.R. zu Hunderttausenden an Haushalte in der ganzen Schweiz, ja oft auch europaweit versandt. Würde die Klagbarkeit bejaht, so hätte dies eine nicht zu unterschätzende *Abschreckungswirkung*¹², da sich nur noch Veranstalter den massenhaften Versand von Gewinnversprechen leisten könnten, die sich – z.B. dank ungenauer bzw. unkorrekter Adress- und Firmenangaben oder dank der Domizilierung in einem „sicheren (ausländischen) Hafen“¹³ – der Vollstreckung allfälliger Urteile zu entziehen wüssten. Dieser Abschreckungseffekt wäre im Kampf gegen dubiose Gewinnversprechen weitaus effizienter als die Drohung, welche z.B. von den schwerfälligen Strafverfahren nach UWG ausgeht¹⁴.

versandten Gewinnbestätigung stand folgendes: „Im Rahmen einer Vorabziehung wurde für die Gewinnsumme in Höhe von 30'000.— DM die Nummer ... gezogen und eindeutig als Gewinnnummer festgelegt ... Damit ist Frau G. eindeutig als Gewinner (im Original unterstrichen!) ermittelt.“ Am linken Rand der Gewinnbestätigung wurde ganz klein gedruckt darauf hingewiesen, dass Gewinnnummern auch mehrfach vergeben und bei mehreren Gewinnanforderungen der Betrag unter den Einsendern aufteilt werden könne; Gewinne unter 5.00 DM würden nicht ausbezahlt. Als Frau G. den Betrag von 30'000.— DM forderte, wurde ihr (natürlich) mitgeteilt, der auf sie entfallende Anteil liege unter 5.00 DM.

Ähnlich gelagert war der Fall, der dem Urteil des Landgerichts München I vom 23.12.2003, 6 O 22041/02, zugrunde lag und in den eine spanische Versandfirma involviert war (Gewinnsumme: 1 Million Euro!).

Siehe auch den Fall, den der österreichische OGH am 19.12.2001, 7 Ob 290/01z („Rudolf Gabriel“), entschieden hat (erwähnt bei ALEXANDER KLAUSER, *Irreführende Gewinnzusagen national und international*, *ecolex* 2002, 80 ff., spez. 80/81).

¹⁰ ALEXANDER KLAUSER, *Gewinnzusagen sind einzuhalten!*, *ecolex* 2002, 574 f., spez. 575.

¹¹ Dazu ausführlich TH. KOLLER, *Gewinnversprechen* [Fn. 8], 117 ff., m.Nw.

¹² Ähnlich auch DAVID RÜETSCHI, *Erfüllungsanspruch aus versprochenem Hauptgewinn über Fr. 50'000.—*, *AJP* 2002, 845 ff., spez. 849.

Zur *generalpräventiven Zielrichtung* des § 661a BGB (vgl. zu dieser Bestimmung unten Fn. 18) REINER SCHULZE et al., § 661a BGB Rz. 1, in: *Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar*, hrsg. von Reiner Schulze, 3. Aufl. Baden-Baden 2003.

¹³ Zu den international-privatrechtlichen und international-zivilprozessrechtlichen Aspekten von Gewinnversprechen TH. KOLLER, *Gewinnversprechen* [Fn. 8], 115 ff., m.Nw., sowie unten IV. bei Fn. 82.

¹⁴ A.M. RÜETSCHI [Fn. 12], der in diesem Zusammenhang – für mich allerdings nicht überzeugend – die Strafbestimmungen des UWG als scharfe Waffe bezeichnet.

Bei den folgenden Ausführungen muss man sich eines vor Augen halten: Gewinnspielveranstalter der skizzierten Art sind keine Philanthropen, die etwas verschenken wollen. *Gewinnversprechen haben einen kommerziellen Hintergrund*. Wenn auch nur ein Bruchteil der Empfängerinnen und Empfänger Waren bestellt, „Bearbeitungsgebühren“ überweist, teure Service-Telefonnummern anruft usw., dann können die entsprechenden Unternehmen (sofern sie nicht zur Auszahlung der versprochenen Gewinne verpflichtet werden) erhebliche Erträge verbuchen. Zudem erzielen die Gewinnspielveranstalter aus der Weitergabe von Teilnehmeradressen vielfach einen beträchtlichen Gewinn, besteht doch offenbar zwischen einzelnen Versandhandelsfirmen ein zum Teil reger Adresshandel¹⁵. Die Versender von Gewinnversprechen verschaffen sich, wie das Oberlandesgericht Frankfurt am Main zutreffend festgehalten hat, als Unternehmer „im Kampf um Kunden gegenüber jedem Mitbewerber eine bessere Position“^{16,17}. Den Gewinnspielveranstaltern ist es also bei ihren Gewinnversprechen durchaus (subjektiv) ernst, allerdings weniger mit der Auszahlung der versprochenen Gewinne als mit dem Erwirtschaften eigener Gewinne.

Als Beleg für meine Aussage sei auf das Strafurteil des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 17.4.2001 verwiesen, in dem der Geschäftsführer und Verwaltungsratspräsident der Garantie Versand AG, Jürgen Volker Ern, 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 (Namen gemäss K-Tipp Nr. 8 vom 17.4.2002, 3, „Der Verlierer hat gesiegt“). Der Kassationshof des Bundesgerichts hat eine gegen dieses Urteil erhobene eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde abgewiesen (BGE 6S.677/2001 vom 16.3.2002). Die Durchsicht des über 60 Schreibmaschinenseiten umfassenden kantonalen Entscheids, in dem mehrere, jeweils um die 100 Seiten umfassende Eingaben des Angeklagten erwähnt werden, und des umfangreichen Urteils des Kassationshofes 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 Schuldsprüchen kommen konnte. *In solchen Prozessen manifestiert sich eine unsinnige personelle Ressourcenverschwendung*. Wie viel einfacher hätte gegen diesen Gewinnspielveranstalter vorgegangen werden können, wenn man – wie von einem Versprechensempfänger eingeklagt – die G. AG zur Auszahlung des Hauptgewinns verurteilt hätte (so das Bezirksgericht Kreuzlingen mit Urteil vom 23.10.2000, SJZ 2000, 592 ff.; anders aber dann das Obergericht des Kantons Thurgau mit Urteil vom 20.3.2001; zu beiden Urteilen ausführlich TH. KOLLER, *Gewinnversprechen* [Fn. 8], 97 ff.; zum Urteil des Bundesgerichts als dritter Instanz sogleich im Text).

¹⁵ Europäische Verbraucher Beratung, http://www.europakonsument.at/Europakonsument/ek_detail.asp?lang=DE&category=&id=10057 (besucht am 18.3.2004).

¹⁶ Urteil des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 19.2.2002 [Fn. 9], 8 U 228/01, 5.

¹⁷ Gemäss Urteil des Bezirksgerichts Unterrheintal vom 9.5.2003, SJZ 2004, 292 ff, spez. 293, bezweckte die dem konkreten Fall zugrunde liegende Gewinnmitteilung die „Förderung des Eingangs von Bestellungen“.

2. Der Musterprozess

Anders als z.B. Deutschland oder Österreich¹⁸ kennt die Schweiz keine ausdrückliche gesetzliche Regelung über die Klagbarkeit von Gewinnversprechen. Daher muss die Beantwortung der Frage, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen der Empfänger eines Gewinnversprechens einen klagbaren Anspruch auf Ausrichtung des Gewinnes hat, nach allgemeinen schuldrechtlichen Prinzipien erfolgen. Dabei bewegte man sich früher indessen – wie sogleich zu zeigen sein wird – auf dogmatisch unsicherem Boden. Urteile zu diesem Problembereich existierten in der Schweiz bis vor wenigen Jahren kaum¹⁹. Klärung konnte man sich daher nur von einem *Musterprozess* erhoffen.

Einen solchen Musterprozess hat Hansjakob Lehmann – leider ohne Beizug eines Anwalts – gegen die Garantie Versand AG mit Sitz in Kreuzlingen angestrengt²⁰. L. erhielt anfangs September 1998 von der G. AG verschiedene Unterlagen zugestellt; danach konnte er unter anderem Fr. 50'000.– gewinnen. Die Teilnahme am Gewinnspiel wurde von einer „unverbindlichen Testanforderung“ abhängig gemacht, welche zusammen mit der Rücksendung des Zertifikats zur Gewinnanforderung an die G. AG zu erfolgen hatte. L. ging davon aus, er habe mit der ihm persönlich zugeteilten Los-Nummer 542873 bereits unwiderruflich den Barbetrag von Fr. 50'000.– gewonnen und bestellte eine bordeauxfarbene Organizer-Tasche sowie eine schwarze Damenhandtasche. Nach Erhalt der Ware bezahlte er die Rechnung von Fr. 51.35 und forderte den Preis von Fr. 50'000.–. Die G. AG teilte ihm darauf mit, er habe garantiert einen Bargeldgewinn im Wert von Fr. 50'000.– bis Fr. 3.– (sic!) oder einen der vielen Trostpreise gewonnen, da sein Name auf der offiziellen Liste der Gewinner für die Fr. 100'000.– Barauszahlungs-Verlosung stehe. Er habe zu beachten, dass lediglich die *Möglichkeit* bestehe, einen der Bargeldbeträge zu gewinnen²¹. L. beharrte auf der Auszahlung des Gewinns, leitete gegen die G. AG Betreibung und anschliessend Klage ein. Das Bezirksgericht Kreuzlingen als erste Instanz schützte die Klage, das Obergericht des Kantons

¹⁸ § 661a BGB (in Kraft seit 29.6.2000); § 5j des österreichischen Konsumentenschutzgesetzes (KSchG; in Kraft seit 1.10.1999).

Zum deutschen Recht vgl. etwa SCHULZE [Fn. 12], § 661a BGB Rz. 1 ff., und PALANDT/SPRAU, 63. Aufl. München 2004, § 661a BGB Rz. 1 ff.

Zum österreichischen Recht vgl. z.B. ALEXANDER KLAUSER, Der Anspruch nach § 5j KSchG in dogmatischer und kollisionsrechtlicher Hinsicht, *ecolex* 1999, 752 ff.; DERS., Durchsetzbarkeit von Gewinnzusagen, *ecolex* 2000, 188 f.; DERS., Irreführende Gewinnzusagen [Fn. 9], 80 ff.; DERS., Gewinnzusagen sind einzuhalten! [Fn. 10], 574 f., ALEXANDER MATT, Noch einmal § 5j KSchG, *ecolex*, 2000, 494 f.;

¹⁹ Vgl. als Ausnahme das Urteil des Kantonsgerichts Zug vom 13.9.1990 (Fall „Sweepstake 1“), SJZ 1992, 254 ff. (dazu ausführlich TH. KOLLER, Gewinnversprechen [Fn. 8], 95 ff.).

²⁰ Namen aus K-Tipp Nr. 8 vom 17.4.2002 [Fn. 14], 3, „Der Verlierer hat gesiegt“.

²¹ Sachverhaltsdarstellung nach BGE 4C.261/2001 vom 19.12.2001 (Hervorhebung hinzugefügt, vgl. dazu auch Fn. 23).

Thurgau dagegen wies die Klage in zweiter Instanz ab²². Die I. Zivilabteilung des Bundesgerichts – unter dem Präsidium des Jubilars in einer Fünfer-Besetzung urteilend (sic!) – trat auf die Berufung des anwaltlich nicht vertretenen Klägers nicht ein²³. Auf den ersten Blick scheint der Musterprozess gescheitert, da *ein höchstrichterliches Sachurteil nicht ergangen ist*. Bei genauerem Hinsehen ergibt sich indessen ein anderes – sehr überraschendes – Bild.

3. Das überraschende Bundesgerichtsurteil

Seinen Nichteintretensentscheid stützte das Bundesgericht auf den Umstand, dass die Berufungsschrift keine genügende Begründung der gestellten Anträge im Sinne von Art. 55 Abs. 1 lit. c OG enthalte. Es fehle – so das Bundesgericht – jegliche Begründung dafür, weshalb der Kläger der Ansicht sei, es ergebe sich aus dem von der Beklagten (d.h. der G. AG) abgegebenen Gewinnversprechen ein für ihn klagbarer Anspruch. Inwiefern die von der Vorinstanz vertretene Rechtsauffassung mit dem massgebenden Bundesrecht nicht vereinbar sein solle, sei der Berufung nicht zu entnehmen.

Formell hätte es mit diesen Ausführungen sein Bewenden haben können. Dem Berufungskläger L. hätten die Gerichtskosten auferlegt und der anwaltlich vertretenen Gegenpartei hätte eine Parteientschädigung zugesprochen werden können²⁴. Das Bundesgericht wählte indessen einen anderen Weg. Gemäss Art. 156 Abs. 3 und Art. 159 Abs. 3 OG können die Gerichts- und Parteikosten verhältnismässig verteilt werden, *wenn sich die unterliegende Partei in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst sehen durfte*. Die Kosten können gemäss Rechtsprechung der obsiegenden Partei auferlegt werden, wenn die unterliegende Partei durch ein rechtswidriges Verhalten der obsiegenden Partei zur Prozessführung veranlasst wurde oder wenn aussergewöhnliche Umstände vorliegen, die es rechtfertigen, die obsiegende Partei aus Billigkeitsgründen zur (ganzen oder teilweisen) Übernahme der Kosten der unterliegenden Partei zu verpflichten²⁵. Gestützt auf diese Bestimmung des OG und die damit einhergehende Rechtsprechung untersuchte das Bundesgericht, ob in casu eine vom Verfahrensausgang abweichende Verteilung der Kosten gerechtfertigt sei.

²² Vgl. dazu die Nachweise in Fn. 14 in fine.

²³ BGE 4C.261/2001 vom 19.12.2001 (das Urteil ist in der Datenbank des Bundesgerichts „Urteile ab 2000“ leider nicht abrufbar, wird aber zusammenfassend wiedergegeben bei RÜETSCHI [Fn. 12], 845 ff.).

²⁴ Art. 156 Abs. 1 und Art. 159 Abs. 2 OG.

²⁵ BGE 126 II 145, 168 ff. E. 5b; 112 V 81, 86 E. 4.

Ausgangspunkt der nun folgenden höchstrichterlichen Überlegungen war der Umstand, dass der Kläger mit dem Prozess *nicht allein eine Forderung gegen die Beklagte habe durchsetzen, sondern auch deren vom ihm als unlauter qualifizierten Geschäftsgebaren habe begegnen wollen*²⁶. Treu und Glauben im Geschäftsverkehr würden seit je als zentrales öffentliches Interesse gelten; *das vom Kläger mitverfolgte öffentliche Interesse rechtfertige somit eine vom Verfahrensausgang abweichende Verteilung der Kosten, sofern er sich in guten Treuen zur Prozessführung habe veranlasst sehen dürfen*²⁷. Anschliessend unterzog das Bundesgericht den Fall einer summarischen materiellen Prüfung – worauf im Einzelnen noch zurückzukommen sein wird²⁸ – und kam zu folgendem Schluss: Da der Kläger nach Treu und Glauben habe schliessen dürfen, die Losziehung sei bereits erfolgt und er habe den ersten Preis erzielt, der ihm zustehe, sofern er – wie in casu geschehen – Ware im Mindestwert von Fr. 20.— bestelle, *wäre die Berufung bei Erfüllung der formellen Voraussetzungen mit grosser Wahrscheinlichkeit (sic!) gutzuheissen gewesen*²⁹. Aus diesen Gründen rechtfertige es sich, die Gerichtskosten den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und keine Parteientschädigung zu sprechen³⁰.

III. Bemerkungen zu diesem Bundesgerichtsurteil

1. Allgemeines

Auf den ersten Blick sind diese Erwägungen des Bundesgerichts verblüffend. Dem Beschwerdeführer, der ohne Anwalt eine laienhafte Berufungsschrift eingereicht hatte, wurde gleichsam eine lange Nase gedreht, sagte ihm doch das Bundesgericht im Wesentlichen, dass es *sehr wohl erkannt habe*, inwiefern das Obergericht des Kantons Thurgau (mit grosser Wahrscheinlichkeit) das Bundesprivatrecht verletzt habe, dass es *dies aber nicht sehen dürfe*, weil er die Bundesrechtsverletzung in seiner Rechtsschrift nicht hinreichend dargelegt habe. Für den Beschwerdeführer mag es immerhin ein gewisser Trost gewesen sein, dass ihn das bundesgerichtliche Verfahren nur Fr. 1'000.– (d.h. die Hälfte der Gerichtsgebühr) gekostet hat und dass die Gewinnspielveranstalterin ihre eigenen (wohl nicht gerade geringen) An-

²⁶ Nicht berücksichtigt wurde vom Bundesgericht der Umstand, dass das Geschäftsgebaren der Beklagten effektiv unlauter war (vgl. das in Fn. 14 erwähnte Strafurteil des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 17.4.2001 sowie das Urteil des Kassationshofes BGE 6S.677/2001 vom 16.3.2002).

²⁷ BGE 4C.261/2001 vom 19.12.2001, E. 2 (Ingress).

²⁸ Vgl. dazu unten III.3.

²⁹ BGE 4C.261/2001 vom 19.12.2001, E. 2b in fine.

³⁰ A.a.O., E. 2c.

waltskosten selber zu tragen hatte. Die Kosten der beiden kantonalen Verfahren aber blieben vollumfänglich an ihm hängen und der Musterprozess war in der Hauptsache erfolglos geführt worden. Auch *rechtsmethodisch* ist das Vorgehen des Bundesgerichts nicht unproblematisch. In einem Nichteintretensentscheid sollte ein Gericht an sich keine Eventualerwägungen über den (hypothetischen) materiellen Verfahrensausgang anstellen; jedenfalls dann nicht, wenn es dabei die Auffassung vertritt, dass bei einer materiellen Beurteilung der Sache das Rechtsmittel (mit grosser Wahrscheinlichkeit) erfolgreich gewesen wäre. Die Tatsache, dass die Eventualerwägungen für den Verfahrensausgang (d.h. das Nichteintreten) nicht relevant waren und *daher nach den Regeln der richterlichen Urteilsbegründungskunst eigentlich hätten unterbleiben sollen*, wird in casu nur ungenügend verdeckt durch den Umstand, dass sie die Basis für den Kostenentscheid bildeten. Letztlich merkt man dem Urteil an, dass es dem Bundesgericht nicht nur darum ging, die Folgen der prozessualen Unbeholfenheit des Berufungsklägers zu mildern, sondern dass mit den Erwägungen offenbar *eine gewisse Signalwirkung* gegenüber Gewinnspielveranstaltern erzielt werden sollte³¹.

Damit sind wir bei einem andern, letztlich viel wesentlicheren Punkt angelangt, der zeigt, dass die bundesgerichtlichen Eventualerwägungen *unter grundsätzlichen Aspekten* eben doch ihr Gutes haben.

2. Das Zivilrecht und der Zivilprozess als Transmissionsriemen zur Wahrung öffentlicher Interessen

Zivilrecht und Zivilverfahren dienen nach weit verbreiteter Auffassung im kontinentaleuropäischen Raum der Durchsetzung privater Interessen. Öffentliche Interessen werden – von ganz seltenen Ausnahmen abgesehen³² – im materiellen Privatrecht und im Zivilprozess seit längerer Zeit i.d.R. ausgeblendet³³. BERNHARD GROSSFELD hat die hinter dieser Haltung stehende Tendenz treffend als „Entpolitisierung“ bzw. „Privatisierung“ *des Zivilrechts* bezeichnet³⁴. Ursprünglich habe – so GROSSFELD – das Privatrecht nicht nur der Regelung von Rechtsverhältnissen zwischen isoliert gedachten Individuen gedient; vielmehr habe es sich als Teil einer öffentlichen Gesamtordnung dargestellt. Das Zivilrecht sei Träger öffentlicher Funktionen und Teil des

³¹ Gl.M. RÜETSCHI [Fn. 12], 849, der ausführt, dem Urteil könne wohl „eine gewisse generalpräventive Wirkung nicht abgesprochen werden“. Immerhin fragt man sich, warum dieses Urteil dann nicht in die öffentlich zugängliche bundesgerichtliche Datenbank „Urteile ab 2000“ aufgenommen wurde (in ähnlichem Sinne RÜETSCHI [Fn. 12], 847).

³² Vgl. dazu als Beispiel etwa BGE 113 II 472 ff. (Ehenichtigkeitsprozess nach Art. 120 Ziff. 4 ZGB i.d.F. vom 29.9.1952).

³³ Vgl. dazu neuerdings etwa BGE 129 III 320 ff., 330/331 E. 7.2.

³⁴ BERNHARD GROSSFELD, Zivilrecht als Gestaltungsaufgabe, Karlsruhe 1977, 14.

ordre public gewesen; es habe sich also nicht in Privatautonomie und Privateigentum erschöpft, sondern darüber hinaus gehende politische Aufgaben im Rahmen einer an den Idealen von Freiheit und Gleichheit orientierten liberalen Wirtschaftsverfassung erfüllt. Gegen Ende des 19. Jahrhunderts und zu Beginn des 20. Jahrhunderts sei diese Blüte erschöpft gewesen. *Das Zivilrecht habe sich verengt, sich auf die Beziehungen zwischen isoliert gedachten Individuen konzentriert* und sei nicht länger als Gestalter einer politischen Ordnung empfunden worden. Die hier zutage tretende Individualisierung habe zugleich zu einer Übersteigerung der Privatautonomie geführt³⁵.

Im Anschluss an seine (treffende) Analyse hat GROSSFELD seinerzeit das Postulat aufgestellt, das Zivilrecht habe in seinen Institutionen eine über das Individuum hinausgreifende Ordnungsfunktion für das Gemeinwohl. *Es gehe im Zivilrecht nicht nur um private Interessen, (sondern) dieses Rechtsgebiet sei auch Träger öffentlicher Interessen und habe (wieder) bei der Durchsetzung des Gemeinwohls mitzuwirken*³⁶. In seinem Entscheid vom 19.12.2001 kommt das Bundesgericht – allerdings ohne Bezugnahme auf GROSSFELD – diesem Anliegen in eindrücklicher Weise nach, indem es den (in der Sache unterliegenden) Berufungskläger wenigstens bei der Verlegung der Gerichts- und Parteikosten für sein Bestreben prämiert, mit dem angestregten Musterprozess auch ein zentrales öffentliches Interesse wahrzunehmen. Bundesgerichtsurteile, in denen die öffentliche Funktion des Privatrechts bei der Entscheidungsfindung mitberücksichtigt wird, sind eher selten³⁷. Daher kommt dem hier diskutierten Entscheid in dieser Hinsicht *eine schon beinahe grundsätzliche Bedeutung* zu.

Die sich hier ausdrückende Tendenz des Bundesgerichts, die Wahrung öffentlicher Interessen im Privatrecht und im Zivilverfahren zu fördern, ist in der Literatur nicht ohne Kritik geblieben. RÜETSCHI hat dazu ausgeführt, eine Rechtfertigung des Erfüllungsanspruchs des Versprechensempfängers liesse

³⁵ GROSSFELD [Fn. 34], 12 ff. (Hervorhebung von mir). Vgl. dazu auch THOMAS KOLLER, Privatrecht und Steuerrecht, Eine Grundlagenstudie zur Interdependenz zweier Rechtsgebiete, Bern 1993, 125 ff., sowie DERS., „Zivilrecht als Gestaltungsaufgabe“? – Zur Ordnungsfunktion des Privatrechts, dargestellt anhand eines Beispiels aus dem Arbeitsrecht, AJP 1997, 94 ff., spez. 96/97.

³⁶ GROSSFELD [Fn. 34], 82. In Deutschland gibt es neben GROSSFELD weitere namhafte Wissenschaftler, die als Befürworter einer aktiv-gestalterischen Haltung des Zivilrechts betrachtet werden können, so v.a. etwa W. RAINER WALZ und – wenn wohl auch etwas weniger deutlich – LUDWIG RAISER (vgl. dazu ausführlich TH. KOLLER, Privatrecht und Steuerrecht [Fn. 35], 125 ff., m.w.Hw.).

³⁷ Vgl. als Ausnahme etwa BGE 122 III 110 ff. und dazu TH. KOLLER, Zur Ordnungsfunktion des Privatrechts [Fn. 35], 94 ff.

sich allein in der *Bestrafung* des Gewinnspielveranstalters finden³⁸. Derartige Strafzahlungen, die dem Kläger zukommen (so genannte punitive damages), seien unserem Rechtssystem bis heute aber unbekannt³⁹. Die wettbewerbsrechtliche (und gleichzeitig strafrechtliche) Seite des Sachverhalts sei strikt von der schuldrechtlichen zu trennen. Während Prävention und Sühnefunktion über das Strafrecht angegangen werden sollten, bestehe im Rahmen des zivilrechtlich angestrebten Interessenausgleichs zwischen den beteiligten Parteien kein Anlass, dem Adressaten über den Ersatz seiner vergeblichen Aufwendungen hinaus einen erheblichen Geldbetrag zukommen zu lassen, den er sich in keiner Weise verdient habe⁴⁰.

Auf die Behauptung, der Versprechensempfänger habe die Auszahlung des Gewinns zivilrechtlich nicht „verdient“, wird noch zurückzukommen sein⁴¹. Von Interesse ist hier *die Betonung des isolationistischen Ansatzes*, der das Privatrecht vollkommen losgelöst von den andern Rechtsgebieten betrachtet, und vor allem *die kategorische Ablehnung von strafrechtlich bzw. generalpräventiv orientierten Argumenten im Privatrecht*, mit der sich RÜETSCHI allerdings in bester Gesellschaft befindet⁴². Dieser ausgeprägt isolationistische Ansatz aber ist problematisch: Er lässt ausser Acht, dass das Privatrecht in eine Gesamtrechtsordnung eingebunden ist und dass es grundlegende Wertungen anderer Rechtsgebiete nicht ignorieren darf⁴³, ja dass es die Anliegen anderer Teilrechtsordnungen *im Interesse der Wertungskongruenz* soweit als möglich fördern sollte.

Auf den vorliegenden Fall übertragen und bildlich gesprochen heisst dies: Warum soll das Schuldrecht nicht am gleichen Strick ziehen wie das UWG bei der Bekämpfung unlauterer Machenschaften?⁴⁴ Warum soll das Schuldrecht sich in vornehmer Zurückhaltung üben und die Sanktionierung von für

³⁸ Interessant in diesem Zusammenhang ist das Urteil des deutschen Bundesgerichtshofs vom 16.10.2003, III ZR 106/03. Der BGH setzt sich in diesem Entscheid einlässlich mit dem Einwand des Beklagten auseinander, § 661a BGB, welcher dem Versprechensempfänger einen klagbaren Anspruch auf Ausrichtung des Gewinns einräumt (siehe vom Fn. 18), verstosse gegen das grundgesetzlich geschützte Verbot der Doppelbestrafung und gegen das Schuldprinzip. Gemäss BGH handelt § 661a BGB von Ansprüchen unter Privaten und hat keine Pönalfunktion.

³⁹ Ebenso jetzt BGE 129 III 320 ff., 330/331 E. 7.2.

⁴⁰ RÜETSCHI [Fn. 12], 849.

⁴¹ Vgl. unten III.3.

⁴² Vgl. dazu nur etwa HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 3. Aufl. Zürich 2000, § 1 Rz. 69 („Für den Strafgedanken ist im Privatrecht kein Platz.“), und HEINZ REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 3. Aufl. Zürich 2003, Rz. 17 („Das Verhängen von Sanktionen ist Aufgabe des Strafrechts.“).

Differenzierter zur Sanktionsfunktion des Haftpflichtrechts ALEXANDRA RUMO-JUNGO, Haftpflicht und Sozialversicherung, Freiburg i.Üe. 1998, Rz. 225 ff., spez. Rz. 234.

⁴³ Vgl. zur Problematik der gegenseitigen Werteabstimmung unter den verschiedenen Teilrechtsgebieten einlässlich TH. KOLLER, Privatrecht und Steuerrecht [Fn. 35], passim.

⁴⁴ So besteht z.B. die Zielsetzung von § 661a BGB darin, unlautere Gewinnspiele wirksam zu unterbinden (Urteil des BGH vom 16.10.2002, III ZR 106/03, 10).

eine Vielzahl von Personen ausserordentlich lästigen Verhaltensweisen einzelner Wirtschaftssubjekte ausschliesslich den Strafverfolgungsorganen überlassen, deren knappe Ressourcen wohl besser anderweitig eingesetzt werden sollten?⁴⁵ Warum soll der Unternehmer nicht beim Wort genommen werden, um den Missbrauch abzustellen?⁴⁶ Das positive Privatrecht verhält sich im Übrigen bei weitem nicht so ablehnend gegenüber der (Mit-)Verfolgung öffentlicher Interessen *auch unter Zuhilfenahme von Pönalsanktionen*, wie immer wieder behauptet wird⁴⁷. Und in Zukunft dürfte sich dieser Trend – vor allem im Hinblick auf das Recht der Europäischen Union – noch verstärken⁴⁸. Dass das Bundesgericht mit dem hier diskutierten Entscheid ein Zeichen in dieselbe Richtung gesetzt und klar zum Ausdruck gebracht hat, *dass das Schuldrecht das UWG und das Strafrecht bei der Verfolgung bestimmter Ziele – hier der Gewährleistung von lauterem Geschäftsgebaren – unterstützen kann*, ist daher durchaus positiv zu würdigen. Die Zukunft wird weisen müssen, ob das Bundesgericht bereit ist, auch in andern Fällen der Wahrnehmung öffentlicher Interessen im materiellen Privatrecht und im Zivilverfahrensrecht Platz einzuräumen⁴⁹.

3. Die schuldrechtlichen Aspekte von Gewinnversprechen

a) Vorbemerkungen

Im Weiteren sind schliesslich auch die schuldrechtlichen Aspekte von Interesse, die das Bundesgericht in seine Eventualerwägungen einfliessen liess und die es zum Schluss kommen liessen, dass die Berufung bei Erfüllung der

⁴⁵ Vgl. dazu schon oben Fn. 14 sowie TH. KOLLER, Gewinnversprechen [Fn. 8], 135/136.

⁴⁶ So die anschauliche Umschreibung des hinter § 661a BGB stehenden Zwecks im Urteil des BGH vom 16.10.2003, III ZR 106/03, 8.

⁴⁷ Als Beispiele für Pönalsanktionen im geltenden schweizerischen Privatrecht seien die *Rechtsverletzungsbussen im Arbeitsrecht* (Art. 336a OR; Art. 337c Abs. 3 OR; Art. 5 Abs. 2 und 4 GIG) sowie die *besonderen Sanktionsfolgen im Konsumkreditgesetz* (Art. 15 KKG; Art. 32 KKG) genannt. Vgl. dazu etwa THOMAS KOLLER, Ordentliche, fristlose und missbräuchliche Kündigung des Arbeitsvertrages, AJP 1995, 1251 ff., spez. 1260 ff. und 1267 f.; MARLIS KOLLER-TUMLER, Konsumkreditverträge nach revidiertem KKG – eine Einführung, in: Jahrbuch des Schweizerischen Konsumentenrechts 2002, hrsg. von Alexander Brunner/Manfred Rehbindler/Bernd Stauder, Bern 2003, 3 ff., spez. 35 ff.; kritisch zu den Sanktionen des KKG demgegenüber HELMUT KOZIOL, Bankrecht und Verbraucherschutz, in: Banken und Bankrecht im Wandel, BBT Band 10, Bern 2004, 129 ff., spez. 135 ff.

⁴⁸ Vgl. dazu nur etwa den Hinweis von STEPHAN LORENZ, Gewinnmitteilungen aus dem Ausland: Kollisionsrechtliche und international-zivilprozessuale Aspekte von § 661a BGB, NJW 2000, 3305 ff., spez. 3306, die *Fernabsatzrichtlinie 97/7/EG vom 4.6.1997 (ABL Nr. L 144) weise die Tendenz auf, wettbewerbsrechtliche Verstösse allgemein-zivilrechtlich zu sanktionieren*.

⁴⁹ Tendenziell anders wohl BGE 129 III 320 ff., 330/331 E. 7.2.

formellen Voraussetzungen mit grosser Wahrscheinlichkeit gutzuheissen gewesen wäre.

Die schuldrechtliche Beurteilung von Gewinnversprechen ist nicht ganz leicht. Dies hängt zum einen schon damit zusammen, dass es *das* Gewinnversprechen als solches gar nicht gibt. Jede Gewinnzusage muss – wie sich von selbst versteht – aufgrund einer Würdigung sämtlicher Umstände individuell beurteilt werden. Allgemeine Aussagen lassen sich daher nur in beschränktem Masse machen. Zum andern resultiert die Unsicherheit in der dogmatischen Erfassung von Gewinnversprechen aus dem Umstand, dass in die Diskussion in Literatur und Judikatur Aspekte wie *Spiel und Wette, Lotterie bzw. lotteriefähnliches Preisausschreiben und Wettbewerb* sowie *Schenkung* hinein geflossen sind, die alle tendenziell einem klagbaren Erfüllungsanspruch entgegenstehen scheinen. Die unterinstanzlichen Gerichte haben denn auch bei der Beurteilung der Frage, ob dem Kläger ein Anspruch auf Ausrichtung des Gewinns zusteht, diese verschiedenen Aspekte – in unterschiedlicher Weise – in ihre Erwägungen einfliessen lassen⁵⁰.

b) Das Gewinnversprechen als Offerte zum Abschluss eines Vertrages

Ich selbst bin der Auffassung, dass ein Gewinnversprechen als gewöhnliches Angebot (unter Abwesenden) zum *Abschluss eines (gesetzlich nicht geregelten) Vertrages* qualifiziert werden kann, welcher mit der als Akzept zu betrachtenden Einforderung des Gewinns durch den Versprechensempfänger zustande kommt⁵¹. Voraussetzung dafür ist allerdings, dass *der Empfänger aus dem ihm zugegangenen Gewinnversprechen nach dem Vertrauensprinzip auf einen Verpflichtungswillen des Absenders schliessen darf*. Ob dies zutrifft, kann nur im Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände (Ausgestaltung des Werbetextes; verwendete Formulierungen etc.) entschieden werden. Auszugehen ist dabei im Allgemeinen nicht von einem kritischen bzw. misstrauischen Empfänger; massgebend darf nur sein, wie *ein durchschnittlich informierter, aufmerksamer und verständiger Verbraucher die Werbeunterlagen verstehen muss*⁵². Der in der AGB-Rechtsprechung

⁵⁰ Vgl. dazu ausführlich TH. KOLLER, Gewinnversprechen [Fn. 8], 95 ff., sowie SJZ 1992, 254 ff. (Urteil des Kantonsgerichts Zug vom 13.9.1990, Fall „Sweepstake 1“) und SJZ 2000, 592 ff. (Urteil des Bezirksgerichts Kreuzlingen vom 23.10.2000 [erste Instanz im hier diskutierten Fall]).

⁵¹ Dazu auch einlässlich TH. KOLLER, Gewinnversprechen [Fn. 8], 110 ff.

⁵² BGE 4C.261/2001 vom 19.12.2001, E. 2a; für das deutsche Recht (§ 661a BGB) Urteil des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 19.2.2002 [Fn. 9], 8 U 228/01, 6, für das österreichische Recht (§ 5j KSchG) Urteil des OGH vom 19.12.2001, 7 Ob 290/01z (erwähnt bei KLAUSER, Irreführende Gewinnzusagen [Fn. 9], 80/81). Vertrauenstheoretisch wäre an sich zwar der Eindruck massgebend, den der konkrete Empfänger einem Gewinnversprechen nach Treu und Glauben beimessen dürfte. In der Praxis wird man aber – ausser in besonderen Situationen – der Einfachheit halber die

entwickelte Grundsatz *in dubio contra stipulatorem*⁵³ muss auch hier seine Geltung haben. So hat es der Unternehmer durch die klare Ausgestaltung der Werbesendung selbst in der Hand, den Eindruck eines Verpflichtungswillens zu vermeiden, indem er z.B. nicht Sätze wie „Sie haben definitiv und offiziell gewonnen!“, „Ihre Losnummer gehört zu den grossen Gewinnern!“⁵⁴ oder Ähnliches verwendet, sondern etwa ausdrücklich, gross gedruckt und weniger reisserisch (sic!) darauf hinweist, dass es sich um eine bloss *Gewinnchance* bzw. *Gewinnmöglichkeit* handelt.

Ein Umstand könnte auf den ersten Blick als gewichtiges *Indiz gegen die Annahme eines (normativen) Verpflichtungswillens des Gewinnspielveranstalters* betrachtet werden: Warum – so könnte man fragen – sollte ein Unternehmer irgendeinem ihm persönlich unbekanntem Empfänger einer Werbesendung eine namhafte Leistung versprechen, deren Wert höher ist als eine allfällige Kaufverpflichtung des Konsumenten? Ein vollkommen rational denkender Empfänger müsste eigentlich stets erkennen, dass ein Gewinnversprechen – und sei es auch noch so vollmundig – nie ernst gemeint sein kann⁵⁵. Unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensprinzips darf diesem Umstand indessen kein grosses Gewicht beigemessen werden. Zum einen ist nicht jeder Versprechensempfänger ein vollkommen rational-abgeklärt denkender Mensch. *Zum andern hat, wer sich auf das Vertrauensprinzip beruft, selbst ebenfalls nach Treu und Glauben zu handeln.* Wer als Unternehmer im kommerziellen Zusammenhang⁵⁶ zuerst in grosser Aufmachung etwas verspricht, im späteren Prozess dann aber behauptet, jedermann habe doch erkennen können, dass das Versprechen nicht ernst gemeint sei, *sich also auf eine angeblich für jeden erkennbare Mentalreservation beruft*, verhält sich widersprüchlich und verdient daher den Schutz des Vertrauensprinzips gerade nicht⁵⁷.

Das Bundesgericht ist im hier diskutierten Urteil – anders als die Vorinstanz – in den Eventualerwägungen zur Auffassung gelangt, dass ein durchschnittlich aufmerksamer Adressat des konkret in Frage stehenden Gewinnversprechens nach Treu und Glauben aus den zugesandten Unterlagen schliessen durfte, er habe Fr. 50'000.– gewonnen⁵⁸. Es hat daher das Gewinnver-

generell-abstrakte Eignung des Gewinnversprechens genügen lassen können, bei einem *durchschnittlichen Verbraucher* den Eindruck eines bereits zugesprochenen Gewinns zu erwecken (TH. KOLLER, Gewinnversprechen [Fn. 8], 112 Anm. 108).

⁵³ Siehe zur Unklarheitenregel allgemein etwa BGE 124 III 155 ff., 158/159 E. 1b, m.Nw. Zur Anwendung der Unklarheitenregel auf ein Gewinnversprechen vgl. das Urteil des Bezirksgerichts Unterrheintal vom 9.5.2003, SJZ 2004, 292 ff., spez. 294.

⁵⁴ Beispiele aus der Praxis.

⁵⁵ In diesem Sinne RÜETSCHI [Fn. 12], 847.

⁵⁶ Vgl. dazu oben II.1.

⁵⁷ A.M. RÜETSCHI [Fn. 12], 847.

⁵⁸ BGE 4C.261/2001 vom 19.12.2001, E. 2a.

sprechen als hinreichend klar geäusserten Antrag auf Abschluss eines Rechtsgeschäfts angesehen, der vom Kläger akzeptiert worden sei. Die Beklagte hätte deshalb den versprochenen Gewinn leisten müssen⁵⁹. Die I. Zivilabteilung ist damit zu Recht (aber eben leider nur in einer Eventualerwägung) der *Vertragstheorie* gefolgt. Unternehmer, die in ihren Werbeunterlagen nicht deutlich zum Ausdruck bringen, dass der Empfänger bloss eine Gewinnchance hat, werden somit in Zukunft damit rechnen müssen, *dass grundsätzlich alle von der Werbesendung „Beglückten“ die Möglichkeit zum Akzept und damit zum Herbeiführen eines vertraglichen Anspruchs auf Ausrichtung der versprochenen Leistung haben.*

c) Der Aspekt von Spiel und Wette sowie der Lotterie

In Anlehnung an die Vorinstanz setzte sich das Bundesgericht auch kurz mit dem Problem Spiel und Wette bzw. Lotteriegeschäft auseinander. Aus Spiel und Wette entstehen keine (klagbaren) Forderungen⁶⁰. Dasselbe soll angeblich auch für Forderungen aus verbotenen Lotterien und Ausspielgeschäften gelten⁶¹. Das Obergericht des Kantons Thurgau hatte denn auch die Abweisung der Klage von L. unter anderem damit begründet, dass das in Frage stehende Gewinnversprechen eine unzulässige Lotterie darstelle und daher infolge Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts keine klagbare Forderung bestehe. Das Bundesgericht verneinte indessen im konkreten Fall das Vorliegen eines aleatorischen Moments und damit einer Lotterie⁶², da die Gewinnzuteilung an bestimmte (durch Nummern, Lose oder Ähnliches ausgewählte und identifizierbare) Adressaten durch den Veranstalter erfolgt sei, bevor der Teilnehmer zum Einsatz oder zum Abschluss eines Rechtsgeschäfts aufgefordert worden sei⁶³.

Mit dieser Begründung konnte das Bundesgericht in casu eine grundsätzliche Auseinandersetzung mit dem Problem der Klagbarkeit von Spiel- und Wett- bzw. von Lotterieforderungen vermeiden. Dies ist bedauerlich, weil sich bei anderen Gewinnversprechen je nach deren Ausgestaltung diese Frage wieder stellen kann. Der Spieleinwand gemäss Art. 513 Abs. 1 OR und das Lotterieverbot gemäss Art. 1 Abs. 1 LG sollten nach meinem Dafürhalten der Klagbarkeit von Gewinnversprechen generell – also unabhängig von der konkreten Aufmachung eines „Werbegewinnspiels“ – nicht entgegenstehen. Die

⁵⁹ BGE 4C.261/2001 vom 19.12.2001, E. 2b in fine.

⁶⁰ Art. 513 Abs. 1 OR. Zum kulturgeschichtlichen Hintergrund dieser Bestimmung siehe neuerdings MAX BAUMANN, *Justitia Ludens*, SJZ 2003, 621 ff.

⁶¹ Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes betreffend die Lotterien und die gewerbmässigen Wetten vom 8.6.1923 (SR 935.51; LG) i.V.m. Art. 20 OR. Vgl. dazu sogleich im Text.

⁶² Zu den Merkmalen einer Lotterie siehe Art. 1 Abs. 2 LG sowie BGE 123 IV 175 ff., 178 E. 1a.

⁶³ Vgl. dazu auch TH. KOLLER, Gewinnversprechen [Fn. 8], 105.

Unklagbarkeit von Spiel- und Wettforderungen beruht darauf, *dass Spiel und Wette der wirtschaftliche Bestimmungsgrund fehlt*, der Spielzweck als ausschliesslicher Vertragszweck erscheint und das aleatorische Element eindeutig überwiegt⁶⁴. Gewinnversprechen aber liegt wie dargelegt ein *wirtschaftlicher Zweck* zu Grunde⁶⁵; sie werden nicht versandt, um ein Spiel mit Einsätzen und Gewinnchancen zu veranstalten, sondern um Kunden zum Kauf von Waren oder zum Bezug von Dienstleistungen zu bewegen, handelbare Adressen zu erhalten etc. Gewinnversprechen sind daher keine Spiele i.S.v. Art. 513 OR. Würden solche Geschäfte den Bestimmungen über Spiel und Wette unterworfen, so entstünde zudem die unbefriedigende Situation, dass der werbende Unternehmer die Entrichtung der versprochenen Preise verweigern könnte, obwohl die Veranstaltung ihre ganze Werbewirkung zu entfalten vermochte⁶⁶. Dasselbe gilt für den Fall, dass ein „Gewinnspiel“ (ausnahmsweise) als unzulässige Lotterie bzw. als unzulässiger lotterienähnlicher Wettbewerb qualifiziert werden müsste. Die These, bei unter das Lotterieverbot fallenden Reklamewettbewerben etc. sei der Ausspielvertrag nichtig, weil er gegen ein gesetzliches Verbot verstosse⁶⁷, lässt sich m.E. nicht halten. Die Nichtigkeit käme ausgerechnet demjenigen zugute, der um des geschäftlichen Vorteils willen gegen das Lotteriegesezt verstösst. Nach heute herrschender Lehre und Rechtsprechung liegt Nichtigkeit nicht automatisch vor, wenn ein Vertrag gegen Art. 20 OR verstösst. Nichtigkeit setzt voraus, „dass diese Rechtsfolge ausdrücklich im betreffenden Gesetz vorgesehen ist oder sich aus Sinn und Zweck der verletzten Norm ergibt“⁶⁸. Das Lotteriegesezt schreibt nicht ausdrücklich die Nichtigkeit des unzulässigen Ausspielvertrages vor, und Sinn und Zweck des Lotterieverbots fordern – jedenfalls in einer Situation wie der vorliegenden – gerade *nicht den Schutz des Veranstalters, sondern des Teilnehmers*. Das Lotterieverbot kann daher in solchen Fällen dem Erfüllungsanspruch des Versprechensempfängers richtigerweise nicht entgegenstehen⁶⁹.

⁶⁴ BGE 77 II 45 ff., 47 E. 3; BK-GIOVANOLI, Art. 513 OR N 1; ähnlich auch ZK-SCHÖNENBERGER, Art. 513 OR N 2; BSK OR I-BAUER, Art. 513 N 2.

⁶⁵ Vgl. oben II.1.
Im gleichen Sinne entschied das Bezirksgericht Unterrheintal im Urteil vom 9.5.2003, SJZ 2004, 292 ff., spez. 293.

⁶⁶ TH. KOLLER, Gewinnversprechen [Fn. 8], 102/103; ebenso Entscheid des Kantonsgerichts Zug vom 13.9.1990, SJZ 1992, 255 E. 1.3.

⁶⁷ BK-GIOVANOLI, Art. 515 OR N 4; ZK-SCHÖNENBERGER, Art. 515 OR N 13; BSK OR I-BAUER, Art. 515 N 3.

⁶⁸ BGE 119 II 222 ff., 224 E. 2; 117 II 47 ff., 48 E. 2a; 117 II 286 ff., 287 E. 4a; BSK OR I-HUGUENIN, Art. 19/20 N 54, je m.w.Hw.

⁶⁹ Vgl. dazu einlässlich TH. KOLLER, Gewinnversprechen [Fn. 8], 103/104.

d) Der Aspekt der Schenkung

Nicht thematisiert wird vom Bundesgericht der in der Literatur im Zusammenhang mit Gewinnversprechen diskutierte Aspekt der Schenkung, und dies durchaus zu Recht. Zwar könnte ein Gewinnversprechen auf den ersten Blick als Schenkungsversprechen betrachtet werden⁷⁰, weil der Wert des vom Unternehmer zugesagten Gewinns i.d.R. wesentlich höher ist als der Wert der vom Versprechensempfänger verlangten Leistung (Einsenden einer Karte, Anruf auf eine gebührenpflichtige Telefonnummer, Kauf von Waren, Bezug von Dienstleistungen etc.), *Leistung und Gegenleistung also als ausgesprochen ungleich erscheinen*. Bei genauerem Hinsehen zeigt sich indessen, dass von einer Schenkung – und zwar auch von einer gemischten Schenkung – keine Rede sein kann. Ein Gewinnversprechen im hier interessierenden Sinn *ist kein Schenkungsversprechen, weil dem versprechenden Unternehmer der Schenkungswille klar fehlt*⁷¹. Der Unternehmer, der ein breites Publikum mit Gewinnversprechen bedient, tut dies um der Werbung für bestimmte Waren oder Dienstleistungen willen und daher aus *kommerziellen Gründen*. Ihm fehlt somit – in für den Empfänger des Gewinnversprechens erkennbarer Weise – der für eine Schenkung erforderliche *animus donandi*. Beim Vertrag, der mit der Annahme des Gewinnversprechens durch den Empfänger zustande kommt, handelt es sich nicht um einen Schenkungsvertrag. Es gilt der Grundsatz: Eine Unternehmung verschenkt nichts!⁷²

Der Aspekt der in Literatur und Judikatur diskutierten Schenkung ist von eminent praktischer Bedeutung. Ein *Schenkungsversprechen* ist nur gültig, wenn es *schriftlich* erfolgt⁷³. Gewinnversprechen dürften diesem Form-erfordernis in den seltensten Fällen genügen. Wohl sind sie meist (noch) auf Papier gedruckt⁷⁴, aber die Gewinnspielveranstalter werden regelmässig dafür besorgt sein, dass auf den Reklameunterlagen eine rechtsgültige Unterschrift vertretungsberechtigter Personen – i.d.R. werden zwei Kollektivunterschriften

⁷⁰ So etwa RÜETSCHI [Fn. 12], 848, sowie das Bezirksgericht Unterrheintal im Urteil vom 9.5.2003, SJZ 2004, 292 ff.

Ebenso offenbar auch die deutsche Rechtsprechung vor dem Erlass von § 661a BGB (Nachweise bei LORENZ [Fn. 48], 3306 Anm. 7).

⁷¹ Dezidiert a.M. RÜETSCHI [Fn. 12], 848.

⁷² Vgl. dazu einlässlich TH. KOLLER, Gewinnversprechen [Fn. 8], 106 ff., m.Hw. auch auf abweichende Meinungen in der Literatur und Judikatur.

GL.M. ALEXANDER KLAUSER, Der Anspruch nach § 5j KSchG [Fn. 18], 752: „Der Unternehmer will letztlich nicht wetten, spielen, schenken oder belohnen, sondern verkaufen.“

⁷³ Art. 243 Abs. 1 OR.

⁷⁴ In neuerer Zeit kommen immer mehr auch Gewinnversprechen vor, die per E-Mail versandt werden.

notwendig sein – fehlt⁷⁵. RÜETSCHI hat dazu die These vertreten, auch bei einem derart bösgläubig formungültig abgegebenen Schenkungsversprechen müsse die Formvorschrift von Art. 243 Abs. 1 OR die Ungültigkeit des Versprechens zur Folge haben⁷⁶. *Mit dieser Auffassung würde indessen der Schutzgedanke von Art. 243 Abs. 1 OR – Schutz des Schenkens vor Übereilung (!) – pervertiert*: Der Unternehmer, der nach genauem Kalkül aus kommerziellen Gründen ein Versprechen abgibt, könnte sich hinter der (nicht für ihn gedachten) Formvorschrift des Schenkungsrechts verstecken. Dieses Problem entsteht indessen gar nicht, wenn man – wie hier vertreten – davon ausgeht, dass ein Gewinnversprechen schon gar nicht als Offerte zum Abschluss eines Schenkungsvertrages qualifiziert werden kann, sondern ein Angebot zum Abschluss eines gewöhnlichen (Innominat-)Kontrakts bildet, der keiner Formvorschrift unterliegt⁷⁷.

IV. Schluss

HANS PETER WALTER hat in einer seiner Publikationen folgende wichtige Aussage gemacht: „Vertrauen als wesentlichste Grundlage menschlichen Zusammenlebens ist unausweichliches Fundament auch der Rechtsordnung.“⁷⁸ Dies ruft nach rechtlichem Schutz berechtigten Vertrauens. Im hier diskutierten Entscheid hat die I. Zivilabteilung des Bundesgerichts unter der Leitung des Jubilars *den Gedanken des Vertrauensschutzes* einmal mehr – zu Recht – in das Zentrum ihrer Überlegungen gestellt (auch wenn es dabei nur um die vom Verfahrensausgang abweichende Verteilung der Gerichts- und Parteikosten ging). Damit ist es ihr gelungen, für die Zukunft eine wichtige Weiche in der schuldrechtlichen Behandlung dubioser und lästiger Gewinnversprechen zu stellen. Gleichzeitig hat das Bundesgericht gezeigt, dass auch im Privatrecht und insbesondere in einem Zivilverfahren Platz für die Wahrnehmung öffentlicher Interessen durch Private ist, dass also *speziell auch das Schuldrecht positiv-gestalterische Funktionen im öffentlichen Interesse wahrnehmen kann*. Dem referierten Bundesgerichtsurteil kommt insoweit somit eine wegweisende Bedeutung zu; es ist – auch wenn es mit den Gewinnversprechen nicht eine geradezu weltbewegende Streitfrage zum Gegenstand hatte – Gewinn versprechend!

⁷⁵ Immerhin würde man wohl eine Faksimileunterschrift i.S.v. Art. 14 Abs. 2 OR als genügend erachten müssen (so das Bezirksgericht Unterrheintal im Urteil vom 9.5.2003, SJZ 2004, 292 ff., spez. 293/4).

⁷⁶ RÜETSCHI [Fn. 12], 848.

⁷⁷ Art. 11 Abs. 1 OR.

⁷⁸ WALTER, Vertrauenshaftung [Fn. 4], 273.

Nur nebenbei sei noch erwähnt, dass unser höchstes Gericht mit diesem Entscheid (vielleicht ungewollt) etwas Weiteres bewirkt haben dürfte: In anderen Ländern werden zum Schutze der Konsumenten gegen unerwünschte Werbesendungen zunehmend konkrete gesetzliche Regelungen über die Klagbarkeit von Gewinnversprechen erlassen⁷⁹. Da in der Schweiz eine solche gesetzliche Regelung (noch⁸⁰) fehlt, bestand ein gewisses Risiko, dass unser Land eine Magnetwirkung auf unseriöse Gewinnspielveranstalter haben könnte, zumal Gewinnversprechen von Versandhandelsunternehmen erfahrungsgemäss oft über die Landesgrenzen hinweg verschickt werden⁸¹. Mit seinem Urteil hat das Bundesgericht mit dazu beigetragen, dass kein *materielles Schutzgefälle* zum umliegenden Ausland entsteht und dass die Schweiz nicht zu einer *Schutz-oase im negativen Sinn* bzw. zu einem (nicht im Landesinteresse liegenden) „sicheren Hafen“ für solche dubiosen Geschäftemacher wird. In dieselbe Richtung wirken im Übrigen auch die Regeln des internationalen Zivilprozessrechts und des internationalen Privatrechts, zeichnet sich doch in Europa zunehmend ein Trend ab, dem Empfänger eines Gewinnversprechens ein Forum in seinem Wohnsitzstaat zuzugestehen und die materielle Beurteilung der schuldrechtlichen Fragen an das Privatrecht dieses Staates anzuknüpfen⁸².

⁷⁹ Vgl. dazu oben II.2. bei Fn. 18.

⁸⁰ Bestrebungen zur Einführung einer ähnlichen gesetzlichen Regelung wie in Deutschland und in Österreich sind vorhanden. So hat der Bundesrat am 4.4.2001 entschieden, das BG betreffend die Lotterien und die gewerbsmässigen Wetten einer Totalrevision zu unterziehen. Eine vom EJPD eingesetzte Expertenkommission hat am 25.10.2002 einen Entwurf samt erläuterndem Bericht abgeliefert. Dieser sieht unter anderem auch die Einfügung eines Art. 8a OR (Gewinnzusagen) vor: «Ein Unternehmen, das Gewinnzusagen oder vergleichbare Mitteilungen an Konsumenten sendet und durch die Gestaltung dieser Zusendungen den Eindruck erweckt, dass der Konsument einen Preis gewonnen hat, hat dem Konsumenten diesen Preis zu leisten». Im Weiteren würden nach diesem Entwurf das UWG und das DBG sowie das StHG (sic!) um Bestimmungen über Gewinnspiele zur Verkaufsförderung ergänzt.

Gemäss Pressemitteilung des EJPD vom 19.5.2004 hat der Bundesrat allerdings die laufende Revision bis mindestens anfangs 2007 sistiert. Vgl. dazu auch <http://www.ofj.admin.ch/themen/lotterie/lg-rev/intro-d.htm> (besucht am 15.6.2004), sowie PIERRE TERCIER, *Le point sur la Partie spéciale du droit des obligations*, SJZ 2004, 285 ff., spez. 287.

⁸¹ Vgl. dazu bereits TH. KOLLER, Gewinnversprechen [Fn. 8], 93/94.

⁸² Urteil des EuGH vom 11.7.2002, Rs C-96/00 („Fall Gabriel“); Urteil des BGH vom 28.11.2002, III ZR 102/2002; Urteil des BGH vom 16.10.2003, III ZR 106/03 (m.w.Nw.); Urteil des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 19.2.2002, 8 U 228/01; Urteil des Landgerichts Braunschweig vom 10.1.2002, 10 O 2753/00; LORENZ [Fn. 48], 3305 ff.; KLAUSER, Gewinnzusagen sind einzuhalten! [Fn. 10], 574 f.; DERS., Irreführende Gewinnzusagen [Fn. 9], 81 f.; DERS., Der Anspruch nach § 5j KSchG [Fn. 18], 753 ff.; TH. KOLLER, Gewinnversprechen [Fn. 8], 115 ff.