



Leitfaden

Gewinnspiele & Preisausschreiben

im Schweizer und deutschen Recht

Zürich, im Oktober 2016

Meyerlustenberger Lachenal Rechtsanwälte - Attorneys at Law

Gewinnspiele als unverzichtbare Marketinginstrumente

Gewinnspiele sind für Unternehmen ein unverzichtbares Marketinginstrument und vor allem im Online-Kontext allgegenwärtig. Dies einerseits wegen der Werbewirkung. Andererseits aber auch wegen der Möglichkeit zur Generierung persönlicher Daten von potentiellen Kunden. Soziale Medien erweitern die Möglichkeiten und Wirkungen von Gewinnspielen zusätzlich.

Trotz der weiten Verbreitung von Gewinnspielen sind in der Beratungspraxis teils erhebliche Unsicherheiten über die rechtlichen Vorgaben für die Durchführung von Gewinnspielen erkennbar. Es fehlt oft am Bewusstsein für die finanziellen und rechtlichen Risiken.

Zusätzliche Unsicherheiten ergeben sich, sobald Gewinnspiele im Online-Kontext durchgeführt werden. Insbesondere der grenzüberschreitende Charakter des Internets führt regelmässig dazu, dass bei Online-Gewinnspielen ausländische Rechtsvorschriften, aus Schweizer Sicht namentlich die deutschen, zu beachten sind. Die rechtlichen Unterschiede in den beiden Ländern bergen ein besonders hohes Risiko für Rechtsverstöße.

Ziel des vorliegenden Leitfadens ist es, die grundlegenden Vorgaben des schweizerischen Rechts und des deutschen Rechts mit einem Fokus auf den Online-Kontext zu erläutern. Der Leser soll betreffend die rechtlichen Stolpersteine bei der Durchführung von Gewinnspielen sensibilisiert werden.

Der Leitfaden basiert auf der aktuell geltenden Rechtslage. Allerdings stehen sowohl in der Schweiz als auch in Deutschland grundlegende Änderungen bevor. In der Schweiz ist eine Totalrevision des Geldspielrechts im Gange und in Deutschland wird der geltende Rechtsrahmen aufgrund eines Urteils des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) wohl überarbeitet werden müssen. Da die Änderungen noch nicht verabschiedet bzw. beschlossen sind und bis zu deren Inkrafttreten womöglich noch lange zugewartet werden muss, wird auf die Veränderungen nur am Rande eingegangen. Die weitere Entwicklung ist jedoch bei der Durchführung von Gewinnspielen stets im Auge zu behalten.

Inhalt

I.	Welche Risiken bestehen bei der Missachtung der rechtlichen Vorgaben?	04
II.	Müssen auch ausländische Gewinnspielvorschriften beachtet werden?	04
III.	Wo sind die wesentlichen Vorgaben für Gewinnspiele festgehalten?	05
	1. Fehlende gesetzliche Definition von Gewinnspielen – Konsequenz?	05
	2. Maßgebende Gesetze und Regelwerke	05
	3. Wesentlicher Inhalt der Vorschriften	05
IV.	Welche Spiele sind explizit verboten?	06
	1. Weitreichender Anwendungsbereich der Verbote – einzelne Ausnahmen	06
	2. Was versteht man unter Glückspielen, Lotterien, Wetten und anderen Geldspielen?	07
V.	Wie sind zulässige, nicht verbotene Gewinnspiele auszugestalten?	08
	1. Kein geldwerter Einsatz	08
	2. Kein Kaufzwang und keine Kopplung	09
	3. Kein Zufall oder keine Planmäßigkeit	10
VI.	Sonderfragen: was ist zusätzlich zu beachten?	10
	1. Teilnahmebedingungen	10
	2. „Ausschluss des Rechtsweges“	11
	3. Anspruch auf den Gewinn	11
	4. Vorgaben des Datenschutzrechts	11
	5. Gewinnspiele auf Social Media	12
VII.	Checkliste	13

I. Welche Risiken bestehen bei der Missachtung der rechtlichen Vorgaben?

Die Durchführung von Gewinnspielen ist mit erheblichen Risiken verbunden. Sowohl in Deutschland als auch in der Schweiz droht bei Missachtung der Vorschriften eine **strafrechtliche Verurteilung**. Vorsätzliche Verstöße können mit Bussen oder sogar mit Freiheitsstrafen von bis zu zwei Jahren in Deutschland und in der Schweiz bis zu drei Jahren geahndet werden. Die Strafe wird dabei grundsätzlich dem jeweiligen handelnden Organ oder Geschäftsführer auferlegt und nicht dem Unternehmen. Die Strafverfahren werden gegen die Betroffenen persönlich eröffnet. Zur Vermeidung dieser einschneidenden Konsequenzen lohnt es sich, den Aufwand für die rechtskonforme Ausgestaltung von Gewinnspielen auf sich zu nehmen.

Es bestehen zudem auch **zivilrechtliche Risiken**. Insbesondere in Deutschland besteht ein relativ hohes Risiko, von einem Konkurrenten für ein rechtswidriges Gewinnspiel abgemahnt und letztlich vor einem Zivilgericht verklagt zu werden. Das Zivilgericht kann einerseits die Unterlassung des Gewinnspiels anordnen – und zwar auch mittels einstweiligem Rechtsschutz –, andererseits auch die Herausgabe des Einsatzes verlangen, den die Teilnehmer allenfalls zu entrichten hatten. Während solche Zivilverfahren in der Schweiz eher selten sind und die Durchsetzung der Vorgaben für Gewinnspiele primär durch die Aufsichts- bzw. Strafbehörden selbst erfolgt, ist eine indirekte Durchsetzung in Deutschland verbreitet und die **Gefahr von Abmahnungen** relativ hoch. Auch Schweizer Anbieter können grundsätzlich zur Zielscheibe von Abmahnungen deutscher Mitbewerber werden, sofern die deutschen Rechtsvorschriften anwendbar und nicht berücksichtigt worden sind.

II. Müssen auch ausländische Gewinnspielvorschriften beachtet werden?

Im vorangehenden Abschnitt wurde erwähnt, dass ausländische Gewinnspielvorschriften anwendbar sein können und dass bei deren Nichtbeachtung substantielle Sanktionen drohen können. Unternehmen, die ein Gewinnspiel durchführen wollen, müssen genau prüfen, welche in- und ausländischen Vorschriften zu beachten sind.

Die wesentlichen rechtlichen Vorgaben für Gewinnspiele befinden sich in einer Vielzahl von Erlassen. Diese haben jeweils einen eigenen, besonderen räumlichen Geltungsbereich, erfassen aber in der Regel nicht nur im Inland organisierte Gewinnspiele. Wichtig für die Praxis ist dabei jedenfalls, **dass ausländische Rechtsvorschriften relativ rasch auf ein Gewinnspiel zur Anwendung gelangen können**, sofern die Teilnahme am Gewinnspiel nicht klar auf im Inland ansässige Teilnehmer beschränkt ist.

Dies gilt in besonderem Maße für Online-Gewinnspiele. Zwar wird die bloße Abrufbarkeit im Ausland in der Regel noch nicht dazu führen, dass die ausländischen Vorschriften beachtet werden müssen. Sobald die Teilnahme von ausländischen Staatsangehörigen am Gewinnspiel jedoch möglich ist, besteht das Risiko, vor einem ausländischen Gericht verklagt oder angeklagt zu werden. Ausgehend davon wird im vorliegenden Leitfaden sowohl das schweizerische als auch das deutsche Recht dargestellt.

III. Wo sind die wesentlichen Vorgaben für Gewinnspiele festgehalten?

1. Fehlende gesetzliche Definition von Gewinnspielen – Konsequenz?

Sowohl in der Schweiz als auch in Deutschland fehlt eine gesetzliche Definition des Begriffs „Gewinnspiel“. Zentrale Elemente eines Gewinnspiels sind jedenfalls ein – wie bereits der Name deutlich macht – in Aussicht gestellter Gewinn sowie ein gewisses Zufallselement, das über die Zuteilung des Gewinns entscheidet.

Die fehlende Definition ist damit zu erklären, dass eine solche aus rechtlicher Sicht grundsätzlich auch nicht benötigt wird. Denn es **besteht insbesondere kein spezifisches Verbot für die Durchführung von Gewinnspielen**. Die rechtlichen Vorgaben für Gewinnspiele ergeben sich insofern zu einem wesentlichen Teil indirekt aus den Regelungen für Glücksspiele, Lotterien und Wetten.

In der Praxis ist im konkreten Einzelfall zu prüfen, ob es sich beim betreffenden Gewinnspiel eher um ein Glücksspiel, eine Lotterie oder eine Wette handelt. Danach ist zu prüfen, ob das Gewinnspiel die entsprechenden rechtlichen Anforderungen erfüllt. Es kann hier vorweggenommen werden, dass es sich bei Gewinnspielen äusserst selten um Wetten im rechtlichen Sinne handelt. Wetten werden deshalb nachfolgend nicht allzu vertieft diskutiert.

2. Maßgebende Gesetze und Regelwerke

In der Schweiz und – in noch größerem Ausmaß – in Deutschland ist das Gewinnspielrecht nach wie vor geprägt durch verhältnismäßig weitreichende Kompetenzen der einzelnen Gliedstaaten (Kantone bzw. Bundesländer).

In **Deutschland** stellt ein Staatsvertrag zwischen den

einzelnen Bundesländern (mit Ausnahme von Schleswig-Holstein) das zentrale Regelwerk für Gewinnspiele dar. Dieser **Glücksspielstaatsvertrag** (GlüStV) wird in regelmäßigen Abständen überarbeitet bzw. muss überarbeitet werden. Letzteres ist auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) zurückzuführen, welcher bereits mehrfach bestimmte Aspekte des Staatsvertrags als mit den Vorgaben des EU-Rechts für unvereinbar erklärte. Gewinnspiel-relevante Bestimmungen und Tatbestände sind auch im deutschen Strafgesetzbuch (StGB) sowie in der **Gewerbeordnung (GewO)** enthalten.

In der **Schweiz** ergeben sich die die wichtigsten Vorgaben für Gewinnspiele aus einem Zusammenspiel von zwei Bundesgesetzen: dem **Lotteriegelgesetz (LG)** und dem **Spielbankengesetz (SBG)**. Die Aufsicht über die Einhaltung der Vorgaben des Gewinnspielrechts obliegt zu einem wesentlichen Teil der Lotterie- und Wettkommission (Comlot), einer Behörde, die von den Kantonen durch interkantonale Abkommen geschaffen wurde und in der Schweizer Praxis eine wichtige Rolle einnimmt.

Neben den genannten Regelwerken, die spezifisch auf Gewinn- bzw. Glücksspiele zugeschnitten sind, müssen in beiden Rechtsordnungen auch Vorgaben aus Gesetzen mit breiterem Anwendungsbereich beachtet werden. Hervorzuheben sind dabei zum einen die **Gesetze gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)** und zum anderen die **Datenschutzgesetze (DE: BDSG; CH: DSG)**.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass je nach dem in Aussicht gestellten Gewinn (z.B. Lebensmittel- und Gebrauchsgegenstände) oder der Art der Bewerbung (z.B. bei Angabe des Werts des Gewinns) zusätzlich gesonderte Produkt- und Werbevorschriften zur Anwendung gelangen können.

3. Wesentliche Vorschriften

Sowohl in der Schweiz als auch in Deutschland ist die Veranstaltung von Glücksspielen, Lotterien und Wetten nur erlaubt, wenn hierfür eine behördliche Erlaubnis (Konzession bzw. Bewilligung) vorliegt. Auf die Erteilung einer solchen Erlaubnis besteht grundsätzlich kein Rechtsanspruch und die Anforderungen, die dafür eingehalten werden müssen, sind in der Regel sehr hoch. Daher wird häufig von einem **faktischen Verbot von**

Glücksspielen, Lotterien und Wetten gesprochen.

Ein ausdrückliches Verbot besteht – abgesehen von spezifischen Ausnahmen in Deutschland – aktuell für die Durchführung von Glücksspielen **im Internet**. Im Rahmen der Revision des Schweizer Glücksspielrechts soll dieses Verbot für Online-Spiele gelockert werden. In Deutschland wurde das Verbot im Jahre 2012 unter anderem für Online-Sportwetten probeweise bis 2019 liberaler ausgestaltet. 20 Anbietern wurde eine Konzession erteilt. Aufgrund eines aktuellen Urteils des Europäischen Gerichtshofs (EuGH), worin diese Regelung beanstandet wurde, ist die aktuelle Rechtslage und die künftige Entwicklung in Deutschland wieder unklar.

Die **Definitionen** von Glücksspielen, Lotterien und Wetten sind in Deutschland zum einen im Glücksspielstaatsvertrag festgelegt und wurden zum anderen in der Rechtsprechung zu den Straftatbeständen des StGB entwickelt. In der Schweiz wird der Begriff „Glückspiel“ im Spielbankengesetz (SBG), während sich die Definitionen für Lotterie und der Wette aus dem Lotteriegesetz ergeben. Darüber hinaus enthält die gestützt auf das Lotteriegesetz erlassene Lotterieverordnung (LV) die Begriffsbestimmung von lotterieähnlichen Veranstaltungen, die für Gewinnspiele in der Praxis von großer Bedeutung ist. Denn bei Gewinnspielen, die in der Schweiz als unzulässig beurteilt werden, handelt es sich oftmals um solche lotterieähnliche Veranstaltungen.

Neben diesen spezifischen Regelungen des Glücksspielrechts sind stets auch die **Vorschriften des Lauterkeitsrechts** (UWG) im Auge zu behalten, welche grundsätzlich für jegliche Handlungen mit Wettbewerbsrelevanz zur Anwendung gelangen. Hervorzuheben sind im vorliegenden Zusammenhang folgende lauterkeitsrechtlichen Bestimmungen:

- Zentrale Bedeutung hat das **Irreführungsverbot** bzw. das Gebot der Wahrheit und Klarheit. Hierzu macht die Rechtsprechung in Deutschland deutlich, dass zur Vermeidung einer Irreführung Gewinnspiele stets auch als solches bezeichnet werden sollten. Ferner müssen die Teilnahmebedingungen klar und deutlich gekennzeichnet werden (vgl. hierzu Abschn. VI.1.).
- Weiter besteht in beiden Ländern, wenn auch in unterschiedlicher Ausprägung, grundsätzlich ein sog. **Kopplungsverbot**, also ein Verbot, Gewinnspiele an den Bezug einer anderen Leistung zu kop-

peln (vgl. dazu Abschn. V. 2).

- Zudem können Gewinnspiele – je nach konkreter Ausgestaltung – auch als geschäftliche Handlung bzw. **besonders aggressive Verkaufsmethode** eingestuft werden, welche geeignet ist, den Kunden in seiner Entscheidungsfreiheit einzuschränken.

Schließlich sind stets auch die datenschutzrechtlichen Vorschriften der beiden Länder zu beachten. Diese legen fest, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen die Erhebung und weitere Bearbeitung der im Rahmen von Gewinnspielen anfallenden Personendaten erlaubt ist. Hierbei ist auch für Gewinnspiele wichtig, dass das Datenschutzrecht im Umbruch ist. So wurde kürzlich auf EU-Ebene eine grundlegende Reform verabschiedet und auch in der Schweiz steht eine Revision des Datenschutzrechts bevor (vgl. zum Ganzen Abschn. IV. 4).

IV. Welche Spiele sind explizit verboten?

1. Weitreichender Anwendungsbereich der Verbote – einzelne Ausnahmen

Die Verbote von Glücksspielen, Lotterien und Wetten sind in beiden Ländern sehr weit gefasst. Sie gelten **nicht nur für das Veranstalten derselben, sondern auch für die bloße Bewerbung**. In der Schweiz ist es ferner grundsätzlich unzulässig, wenn nur ein Unternehmen beworben wird, das unzulässige Glücksspiele anbietet. So wurde ein Werbespot eines ausländischen Wettanbieters für rechtswidrig erklärt, worin neben dem Logo des Anbieters nur die Website mit „ch-Domain“ beworben wurde. Obwohl auf der Schweizer Website nur zulässige Inhalte aufgeschaltet waren, ging das Gericht davon aus, dass der Werbespot auch eine Werbewirkung für die „com-Domain“ mit nach Schweizer Recht unzulässigem Inhalt erziele und deshalb vom Verbot erfasst ist. Hinsichtlich der Werbung stellt auch das deutsche Recht strenge Anforderungen. Diese sind in der Werberichtlinie zum Glücksspielstaatsvertrag enthalten und verbieten abgesehen von spezifischen Ausnahmen,

allgemein die bloße Werbung für Glücksspiele im Fernsehen oder im Internet.

In beiden Rechtsordnungen sind sodann **einzelne Ausnahmen** vorgesehen. Hervorzuheben ist in Bezug auf die Schweizer Regelung, dass namentlich Lotterien mit gemeinnützigem Zweck vom Verbot ausgenommen sind. Allerdings bedürfen auch diese einer Bewilligung. Das Verbot für Wetten ist sodann auf gewerbsmäßige Wetten beschränkt. Hinsichtlich des deutschen Rechts ist zu beachten, dass das Verbot nur für öffentliche Glücksspiele, Lotterien und Wetten gilt. Es kommt also grundsätzlich nur dann zur Anwendung, wenn für einen größeren, nicht geschlossenen Personenkreis eine Teilnahmemöglichkeit besteht.

2. Was versteht man unter Glücksspielen, Lotterien, Wetten und anderen Geldspielen?

Wie bereits erwähnt, ist es für die Beurteilung der Zulässigkeit eines Gewinnspiels zentral, wie die Begriffe Glücksspiele, Lotterien und Wetten aus rechtlicher Sicht interpretiert werden. Im deutschen Recht explizit und implizit auch in der Schweiz ist „Glücksspiel“ gewissermaßen der Oberbegriff und Lotterien und Wetten können als besondere Ausprägungen davon verstanden werden.

Von einem **Glücksspiel** wird in beiden Ländern im Wesentlichen dann ausgegangen, wenn ein Spiel folgenden Kriterien entspricht:

- gegen Leistung eines Geldeinsatzes,
- wird ein Gewinn in Form eines finanziellen Vorteils in Aussicht gestellt und
- der Gewinn hängt ganz oder überwiegend vom Zufall ab.

Bei **Lotterien**, als spezieller Form von Glücksspielen, kommt ein weiteres Element hinzu, dasjenige der **Planmäßigkeit der Gewinnausrichtung**. Von einer Lotterie ist demnach auszugehen, wenn über die Ausrichtung des Gewinnes durch einen Ziehungs- resp. Lotterienplan entschieden wird, welcher das Risiko des Veranstalters ausschließt. In der Schweiz wird

sodann bei Lotterien anders als bei Glücksspielen der Abschluss eines Rechtsgeschäfts der Leistung eines Einsatzes gleichgestellt.

Eine **Wette** liegt vor, wenn die Entscheidung über die Gewinnzuteilung vom **Eintritt oder Ausgang eines künftigen Ereignisses** abhängt.

In beiden Ländern bestehen sodann **weitere Spielkategorien** mit teils eigenständigen rechtlichen Vorgaben. Von diesen ist jeweils eine Kategorie hervorzuheben, die eine Art „Auffangbecken“ darstellt:

- In der **Schweiz** ist dies die **lotterieähnliche Veranstaltung**, für welche ebenfalls das Lotterieverbot gilt:
 - Darunter werden Spiele, Preisausschreiben und Wettbewerbe jeder Art verstanden, an denen nur nach Leistung eines Einsatzes oder nach Abschluss eines Rechtsgeschäfts teilgenommen werden kann und bei denen die Zuteilung des Gewinns oder dessen Höhe wesentlich vom Zufall abhängt.
 - Im Unterschied zu Lotterien ist demnach die Zuteilung des Gewinns nicht ausschließlich, sondern bloß „wesentlich“ vom Zufall abhängig.
 - Die Einzelheiten hierzu sind teilweise umstritten und unklar. Fest steht aber jedenfalls, dass die Gewinnzuteilung insbesondere dann bloß „wesentlich“ vom Zufall abhängen kann, wenn das Spiel (auch) Geschicklichkeitselemente aufweist. Folglich ist bei **Geschicklichkeitsspielen** Vorsicht geboten, da diese je nach Ausgestaltung verboten sind.
- In **Deutschland** sieht die Gewerbeordnung (GewO) ein Verbot für **„andere Spiele mit Gewinnmöglichkeit“** vor:
 - Eine gesetzliche Definition für diese Spiele fehlt, ergibt sich aber aus den anderen in der GewO ausdrücklich umschriebenen Spielgeräten, wie namentlich den Spielgeräten mit Gewinnmöglichkeit.
 - Jedenfalls können von diesem Verbot namentlich **Geschicklichkeitsspiele** erfasst sein, weshalb auch in Deutschland bei der Veranstaltung dieser Spiele Vorsicht geboten ist.

V. Wie sind zulässige, nicht verbotene Gewinnspiele auszugestalten?

Wer ein Gewinnspiel zulässig ausgestalten möchte, muss primär darauf achten, dass die Kriterien für ein verbotenes Glücksspiel nicht erfüllt werden. Dies erscheint auf den ersten Blick leicht umsetzbar zu sein. Da jedoch bei Gewinnspielen mit dem in Aussicht gestellten Gewinn und einem Zufallselement bei der Gewinnzuteilung meist bereits zwei Kriterien vorliegen und die relevanten Begriffe weit verstanden werden, ist dies in der Praxis weniger leicht als zunächst angenommen.

1. Kein geldwerter Einsatz

Die erläuterten Verbote für Glücksspiele, Lotterien, Wetten und dergleichen greifen grundsätzlich alle erst dann, wenn **für die Teilnahme an einem Spiel ein geldwerter Einsatz verlangt wird**. Was darunter zu verstehen ist, wird in Deutschland und in der Schweiz unterschiedlich beantwortet. Fest steht aber jedenfalls, dass in beiden Ländern **ein verdeckter Einsatz ausreicht**. Ob ein solcher vorliegt, ist stets im konkreten Einzelfall zu prüfen.

In der **Schweiz** werden generell mehr Spiele vom Anwendungsbereich eines der Glücksspielverbote erfasst als in Deutschland. Dies liegt daran, dass **der Begriff des Einsatzes** beim Lotterieverbot und dem Verbot von lotterieähnlichen Veranstaltungen **sehr weit verstanden** wird:

- So gilt einerseits grundsätzlich jeder kleine Betrag von einigen Rappen als Einsatz. Andererseits wird auch dann von einem Einsatz ausgegangen, wenn für die Teilnahme am Gewinnspiel ein Rechtsgeschäft (z.B. Kaufvertrag) abgeschlossen werden muss (vgl. dazu unten Abschn. V. 2).
- Hinzu kommt, dass letzten Endes nicht von Bedeutung ist, ob tatsächlich ein rechtlich relevanter Einsatz für die Teilnahme verlangt wird. Vielmehr wird bereits von einem Verstoß ausgegangen, wenn

beim durchschnittlichen Teilnehmer subjektiv der Eindruck entsteht, dass seine Gewinnchancen nur durch die Leistung eines Einsatzes geschaffen oder zumindest erhöht werden.

- In der Praxis führt das weite Begriffsverständnis des Einsatzes dazu, dass regelmäßig – mindestens auch – eine **Gratisteilnahmemöglichkeit mit gleicher Gewinnchance angeboten** werden muss. Allerdings ist hierbei Folgendes zu beachten:
 - Da der Eindruck maßgeblich ist, der bei Teilnehmern durch die Bewerbung und Ausgestaltung des Gewinnspiels entsteht, bietet selbst das Angebot einer Gratisteilnahmemöglichkeit keine abschließende Gewähr für die Zulässigkeit des Gewinnspiels. Es muss daher die Ausgestaltung im Einzelfall beurteilt werden.
 - Bei Glücksspielen und Lotterien reicht es im Unterschied zu lotterieähnlichen Veranstaltungen nicht aus, eine zusätzliche Gratisteilnahme anzubieten, um dem Verbot zu entgehen. Dies ist in der Rechtslehre umstritten, entspricht aber steter und aktueller Rechtssprechung. Deshalb sind bei der Ausgestaltung des Gewinnspiels auch die anderen Merkmale von unzulässigen Glücksspielen von Bedeutung (vgl. dazu unten Abschn. V. 2-3).
- In **Deutschland** liegt nur ein relevanter Einsatz vor, wenn **zwischen dem Einsatz und der Gewinnchance ein unmittelbarer Zusammenhang** besteht. Mit anderen Worten muss sich die Chance auf einen Gewinn gerade aus der Leistung des geldwerten Einsatzes ergeben. Dies ist beispielsweise dann nicht der Fall und es liegt somit grundsätzlich keine verbotene Glücksspielart vor, wenn mit der Zahlung des Entgelts lediglich eine Mitspielberechtigung gewährt wird, es sich also nur um eine Teilnahmegebühr oder Ähnliches handelt, mit welcher der Veranstalter ausschließlich seine Veranstaltungskosten deckt. Allerdings kann ein relevanter Einsatz unter Umständen auch verdeckt in Form von erhöhten Eintritts- oder Warenpreisen bestehen.

2. Kein Kaufzwang und keine Kopplung

Anders als in der Schweiz kann somit in Deutschland die Anwendung eines Glücksspielverbots grundsätzlich verhindert werden, wenn für die Teilnahme an einem Gewinnspiel statt einem geldwerten Einsatz bspw. der Kauf einer Ware verlangt wird. Nach Schweizer Recht genügt dies demgegenüber nicht, da bereits der Abschluss eines Rechtsgeschäfts als Einsatz im Sinne des Lotterieverbots gilt. Es ist daher in der Schweiz **in jedem Fall unzulässig, wenn für die Teilnahme an einem Gewinnspiel ein Kaufzwang besteht, sofern die übrigen Elemente (Gewinn, Zufall und Planmäßigkeit) gegeben sind**. Zu beachten ist sodann das Folgende:

- Als Rechtsgeschäft gelten nicht nur Kaufverträge, sondern auch andere entgeltliche Verträge, wie z.B. über den Bezug einer Beratungs-Dienstleistung.
- Es ist irrelevant, ob ein für die Gewinnspielteilnahme abzuschließender Vertrag mit dem Veranstalter selbst oder einem Dritten abgeschlossen wird. Beide Fälle werden gleich behandelt.
- Noch nicht abschließend geklärt ist, ob auch ein Vertrag mit einem Rückgabe- oder Widerrufsrecht als unzulässiger Kaufzwang beurteilt werden muss.

Die Kopplung von Gewinnspielen mit dem Abschluss eines Rechtsgeschäfts kann darüber hinaus sowohl in Deutschland als auch in der Schweiz gegen die **Vorschriften des Lauterkeitsrechts** verstoßen. In Deutschland galt früher ein sehr weitreichendes Kopplungsverbot. Die entsprechende Regelung besteht im UWG zwar unverändert fort, jedoch wird sie seit einem Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) weniger streng und damit EU-Rechtskonform angewandt. Die Kopplung von Rechtsgeschäft und Gewinnspiel ist danach nur noch unzulässig, wenn dies im Einzelfall eine irreführende Geschäftspraxis oder ein Verstoß gegen die berufliche Sorgfalt darstellt. Generelle Aussagen zur Zulässigkeit der Kopplung sind deshalb schwierig und eine Prüfung ist stets vom Einzelfall abhängig. Fest steht immerhin Folgendes:

- Eine Irreführung kann insbesondere vorliegen, wenn unklare oder unrichtige Angaben über die

Gewinnchancen oder die Teilnahmebedingungen (vgl. dazu auch unten Abschn. VI. 1) vermittelt werden.

- Ein Verstoß gegen die berufliche Sorgfalt ist anzunehmen, wenn die Gewinnspielkopplung die Fähigkeit eines Verbrauchers, eine freie und rationale geschäftliche Entscheidung zu fällen, spürbar beeinträchtigt. Ob dies der Fall ist, hängt von einer Vielzahl von Kriterien ab, wie z.B. der Art des beworbenen Produkts oder der Höhe des Kaufpreises etc.

In diesem Sinne kann es auch in der **Schweiz** – selbst außerhalb der Gewinnspielverbote – unzulässig sein, wenn der Spieltrieb oder die Gewinnsucht dadurch ausgenutzt wird, dass in der Vorstellung des Konsumenten ein Gewinn derart mit dem Erwerb eines Produkts gekoppelt ist, dass nicht mehr eine sachliche Überlegung, sondern die Hoffnung auf einen Gewinn für den Kaufentschluss maßgeblich ist. Es handelt sich dann nach der Terminologie des Gesetzes um eine **besonders aggressive Verkaufsmethode**.

Darüber hinaus enthält auch das Schweizer Lauterkeitsrecht seit 2012 ein eigentliches Kopplungsverbot. Die Tragweite dieses Verbots ist allerdings nach wie vor nicht geklärt. Laut Gesetzestext ist es unzulässig, im Rahmen eines Wettbewerbs oder einer Verlosung einen Gewinn zu versprechen, dessen Einlösung an den Kauf einer Ware oder Dienstleistung etc. gebunden ist. Die Regelung wird teilweise so verstanden, dass sie nur dann zur Anwendung gelangt, wenn der vermeintliche Gewinner im Zeitpunkt der Ankündigung bzw. Bewerbung bereits feststeht und nicht auch dann, wenn er erst noch durch Zufall zu ermitteln ist. Bis zur Klärung dieser Frage durch die Gerichte, sollte davon ausgegangen werden, dass beide Konstellationen von der Vorschrift erfasst werden. Neben dem Kaufzwang wird jedenfalls ausdrücklich verboten, den Gewinn an Folgendes zu koppeln:

- an die Inanspruchnahme einer Mehrwertdienstnummer
- an die Leistung einer Aufwandsentschädigung
- an die Teilnahme an einer Verkaufsveranstaltung, Werbefahrt oder einer weiteren Verlosung.

3. Kein Zufall oder keine Planmäßigkeit

Sofern ein Anbieter sein Gewinnspiel zulässig ausgestalten und dabei gleichwohl einen Einsatz oder den Abschluss eines Rechtsgeschäfts verlangen will, ist es naheliegend, entweder das Zufallselement oder das Merkmal der Planmäßigkeit zu vermeiden.

Das Merkmal der Planmäßigkeit ist in der Schweiz hoch umstritten und teilweise unscharf, weshalb darauf im Rahmen der Revision des Glückspielrechts möglicherweise verzichtet wird. Nach der aktuellen Bedeutung, welche dem Kriterium in der Rechtsprechung zukommt, lässt sich die Planmäßigkeit bei Gewinnspielen in der Praxis nur selten ausschließen, es sei denn der Veranstalter möchte gewissermaßen selbst am Spiel teilnehmen und ein entsprechendes Risiko eingehen.

Naheliegender erscheint daher die Vermeidung des Zufallselements. Ein klarer Fall, bei welchem der Zufall über die Zuteilung des Gewinns entscheidet, ist die Verlosung. Im gegenteiligen Fall bestimmt ausschließlich die Geschicklichkeit, das Können oder das Wissen über den Gewinn. Dabei wird es sich vielfach um Preisausschreiben handeln (vgl. dazu auch unten Abschn. VI. 3) und der Gewinner bspw. durch eine Jury auserkoren. Besondere Fragen stellen sich jedoch vielmehr bei Spielen mit gewissen Geschicklichkeitselementen.

Die Rechtslage ist diesbezüglich in beiden Ländern umstritten und teilweise ungeklärt. Solche **„Geschicklichkeitsspiele“ werden jedenfalls vom Lotterie- bzw. Glücksspielverbot erfasst, sofern das Geschicklichkeitselement gegenüber dem Zufallselement nicht überwiegt.** Es genügt deshalb nicht, wenn die Gewinner lediglich unter den richtigen Antworten auf eine Wissens- oder Schätzfrage ausgelost werden, da auch in diesem Fall noch von einem „Zufallsspiel“ ausgegangen wird. Dass die Abgrenzung sehr schwierig sein kann, veranschaulicht das Beispiel der Pokervariante „Texas Hold'em“, welche von einzelnen Instanzen zunächst als Geschicklichkeitsspiel, letztlich aber in beiden Ländern von den obersten Gerichten als Glücksspiel eingestuft wurde.

Geschicklichkeitsspiele ohne überwiegendes Zufallselement unterstehen in der **Schweiz** jedenfalls den **kantonalen Gesetzen**, weshalb deren Zulässigkeit grundsätzlich auch von deren Vorschriften und gegebenenfalls auch einer kantonalen Bewilligung abhängig ist. In Bezug auf die Online-Durchführung solcher Spiele bestehen keine ausdrücklichen Verbote, weshalb sie grundsätzlich als zulässig betrachtet werden müssten. Allerdings herrscht mangels Rechtsprechung zu dieser Frage eine gewisse Rechtsunsicherheit. Zu beachten ist in der Schweiz, dass für Online-Geschicklichkeitsspiele die Pflicht besteht, das Spiel bei der Eidgenössischen Spielbankenkommission (ESBK) vorführen zu lassen.

In **Deutschland** gilt in Bezug auf Online-Geschicklichkeitsspiele im Wesentlichen dasselbe wie in der Schweiz, weshalb auch nach deutschem Recht mangels ausdrücklichen Verbots von der Zulässigkeit ausgegangen werden müsste. Einzelne erstinstanzliche Gerichte gelangten jedoch zu einem anderen Schluss, weshalb eine Durchführung ohne Bewilligung mit Risiken behaftet ist.

VI. Sonderfragen: was ist zusätzlich zu beachten?

1. Teilnahmebedingungen

Neben der eigentlichen Ausgestaltung des Gewinnspiels muss auch den Teilnahmebedingungen besondere Aufmerksamkeit gewidmet werden. Unklare oder unvollständige Teilnahmebedingungen können gegen das **Irreführungsverbot** im Lauterkeitsrecht verstoßen. So darf kein unrichtiger Eindruck über die für die Teilnahme erforderlichen Schritte und die Gewinnchancen vermittelt werden. Dies gilt es bereits bei der Bewerbung eines Glücksspiels zu beachten.

Ausgehend davon müssen folgende Fragen in den Teilnahmebedingungen geregelt werden oder die Antworten darauf zumindest klar erkennbar sein:

- Wer ist zur Teilnahme berechtigt bzw. wer ist ausgeschlossen?
- Wer ist der Veranstalter des Gewinnspiels?
- In welchem Zeitraum wird das Gewinnspiel durchgeführt?
- Wann ist der „Einsendeschluss“?
- Welche Schritte müssen für die Teilnahme unternommen werden?
- Was ist der Gewinn?
- Wann und wie werden die Gewinner ermittelt?
- Wann und wie werden die Gewinner benachrichtigt?

Darüber hinaus kann es sich anbieten, den nachträglichen Ausschluss eines Teilnehmers, die Veränderung oder den vorzeitigen Abbruch des Gewinnspiels sowie den Fall zu regeln, dass die Gewinne nicht (mehr) in ausreichender Zahl zur Verfügung stehen. Allerdings ist bei der Formulierung Vorsicht geboten. Es kann, sofern einer dieser Fälle tatsächlich eintritt, unter Umständen trotz der Regelung in den Teilnahmebedingungen ein Verstoß gegen die Vorgaben des UWG vorliegen.

2. „Ausschluss des Rechtsweges“

Sowohl in Deutschland als auch in der Schweiz sind Formulierungen wie „der Rechtsweg ist ausgeschlossen“ oder „über die Veranstaltung wird keine Korrespondenz geführt“ bei Gewinnspielen üblich und weit verbreitet. Ein solcher Ausschluss bezieht sich nur auf die Durchführung des Gewinnspiels sowie die Ziehung des Gewinns und wurde von deutschen Gerichten als zulässig erklärt. Zu beachten ist jedoch, dass der „Rechtsweg“ beispielsweise für UWG-Verstöße nicht ausgeschlossen werden kann.

3. Anspruch auf den Gewinn

Gelegentlich stellt sich die Frage, ob ein „Gewinner“ einen Anspruch auf den in Aussicht gestellten Preis hat. Ausgangspunkt für diese Beurteilung ist in Deutschland und in der Schweiz die gesetzliche Vorschrift, wonach Forderungen aus „Spiel und Wette“ nicht eingeklagt werden können.

In besonderen Konstellationen gilt dieser Grundsatz allerdings nicht. Dies ist der Fall, wenn es sich beim Gewinnspiel rechtlich betrachtet um eine sogenannte **Auslobung** handelt. Eine solche kann dann vorliegen, wenn der Veranstalter am Ergebnis des Wettbewerbs ein eigenes Interesse hat. Wird z.B. ein Preis für das originellste Produktfoto in Aussicht gestellt, muss der Preis entsprechend der Ankündigung grundsätzlich auch entrichtet werden.

4. Vorgaben des Datenschutzrechts

Gewinnspiele werden von den Veranstaltern oftmals primär oder zumindest auch zur Gewinnung von Kundendaten durchgeführt. Bei diesen Daten handelt es sich regelmäßig um personenbezogene Daten (DE-Terminologie) bzw. Personendaten (CH-Terminologie), weshalb die Vorgaben des Datenschutzrechts beachtet werden müssen.

Zentral ist dabei der Grundsatz, dass solche Daten nur zu dem Zweck bearbeitet werden dürfen, der bei der Erhebung der Daten angegeben wurde oder aus den Umständen ersichtlich ist. Aus diesem Grundsatz sowie auch aus anderen Vorgaben folgt direkt oder zumindest indirekt die **Pflicht zur Information der betroffenen Personen**. Es muss mindestens darüber informiert werden, welche Daten zu welchen konkreten Zwecken erhoben werden. Nicht ausreichend ist dabei, wenn lediglich festgehalten wird, dass die Daten zu „Marketingzwecken“ bearbeitet werden.

Die Erfüllung der Informationspflicht erfolgt im Online-Kontext regelmäßig über eine **Datenschutzerklärung**, die bei der Erhebung der Daten abgerufen werden kann. In gewissen Konstellationen, so bspw. wenn den Gewinnspielteilnehmern ein Newsletter versandt werden soll, ist für die Erhebung und die Datenbearbeitung auch eine Einwilligung erforderlich, welche bspw. über ein Häkchenfeld eingeholt werden kann.

Zu beachten ist dabei, dass es sowohl nach deutschem Recht als auch nach Schweizer Recht problematisch sein kann, die Teilnahme an eine **Werbeeinwilligung** zu koppeln. Die Rechtslage ist allerdings teilweise umstritten und noch ungeklärt. Zumindest nach Schweizer Recht müsste dies allerdings – abgesehen von bestimmten Ausnahmefällen – zulässig

sein. Die neue EU-Datenschutzgrundverordnung, die im Mai 2018 in Kraft treten wird, verbietet eine solche Kopplung ausdrücklich. Teilnehmer müssen auch ohne Werbeeinwilligung am Gewinnspiel teilnehmen können. Diese Regelung der neuen EU-Datenschutzgrundverordnung kann auch für Unternehmen mit Sitz in der Schweiz anwendbar sein. Es wird abzuwarten sein, ob der schweizerische Gesetzgeber sich bei der kommenden Revision des DSG an diesem Verbot orientieren wird. In den bisherigen Expertenkonzepten ist noch kein solches Verbot vorgesehen.

Darüber hinaus gelten namentlich dann besondere Anforderungen, wenn Daten der Teilnehmer ins Ausland übermittelt werden, und es ist ferner der **Grundsatz der Datensparsamkeit** zu beachten, der vorschreibt, dass grundsätzlich nicht mehr Daten erhoben und bearbeitet werden dürfen, als für die angegebenen bzw. erkennbaren Zwecke erforderlich ist.

5. Gewinnspiele auf Social Media

Die Betreiber von Social Media Plattformen stellen regelmäßig Richtlinien auf, welche zumindest indirekt für Gewinnspiele von Bedeutung sind. Die Einhaltung dieser Vorgaben ist insbesondere deshalb wichtig, weil deren Missachtung zum Abbruch des Gewinnspiels oder letztlich gar zum Ausschluss des Veranstalters von der Plattform führen kann.

Besonders deutlich wird dies bei Facebook. Seiten, die Online- Glücksspiele, -Geschicklichkeitsspiele oder -Lotterien hervorheben bzw. ermöglichen, sind nur in bestimmten Ländern und mit vorheriger Genehmigung von Facebook zugelassen. Ferner ist es in Bezug auf Gewinnspiele bspw. **verboten, persönliche Chroniken für die Organisation zu benutzen**. Unzulässig wären daher Aufforderungen wie z.B.: „teile diesen Beitrag in deiner Chronik, um teilzunehmen“.

Um sich selbst aus der Verantwortung zu nehmen, schreibt Facebook ferner vor, dass **Gewinnspiele auf Facebook** folgende Elemente enthalten müssen:

- Eine vollständige Freistellung von Facebook durch jeden Teilnehmer.
- Die Anerkennung, dass das Gewinnspiel in keiner Verbindung zu Facebook steht und in keiner Weise von Facebook gesponsert, unterstützt oder organisiert wird.

Eine nähere Umschreibung, was dies konkret bedeutet, enthalten die Richtlinien allerdings nicht. Jedenfalls sollte aus der Ausgestaltung des Gewinnspiels der **Unterschied zwischen dem Veranstalter und Facebook** klar zum Ausdruck gebracht und falschen Assoziationen vorgebeugt werden.

VII. Checkliste

- Kennen Sie die relevanten Vorschriften und sind Sie sich der Risiken bei der Durchführung von Gewinnspielen bewusst?
- Erfüllt Ihr Gewinnspiel die Merkmale eines verbotenen Glücksspiels?
- Ist Ihr Gewinnspiel so ausgestaltet, dass kein falscher Eindruck über die Teilnahme oder die Gewinnchancen erweckt wird?
- Ist Ihr Gewinnspiel in unzulässigerweise an die Inanspruchnahme einer Leistung etc. gekoppelt?
- Sind Ihre Teilnahmebedingungen klar und vollständig verfasst?
- Halten Sie sich an die datenschutzrechtlichen Vorgaben?
- Steht Ihr Gewinnspiel auf Social Media Plattformen im Einklang mit den Richtlinien und Vorgaben des Plattformbetreibers?

Weitere Informationen zum Thema auf unserem Blog mll-news.com.

Haben Sie Fragen oder benötigen Unterstützung bei der Ausgestaltung eines Gewinnspiels?
Wir beraten Sie gerne:

Kontakt:

Lukas Bühlmann, LL.M., lukas.buehlmann@mll-legal.com

Meyerlustenberger Lachenal Rechtsanwälte – Attorneys at Law

www.mll-legal.com | www.mll-news.com

Zürich | Genève | Zug | Lausanne | Brussels