



# LEITFADEN

zu Gewinnspielen  
im deutschen und  
Schweizer Recht

von HÄRTING Rechtsanwälte  
und Bühlmann Rechtsanwälte AG

Zürich/Berlin, 17. Dezember 2012

**HÄRTING Rechtsanwälte**

Chausseestraße 13  
D-10115 Berlin  
T +49 30 28 30 57 40  
F +49 30 28 30 57 44  
mail@haerting.de  
www.haerting.de

**Bühlmann Rechtsanwälte AG**

Neustadtgasse 7  
Postfach 755  
CH-8001 Zürich  
T +41 43 500 62 90  
F +41 43 500 62 99  
contact@br-legal.ch  
www.br-legal.ch

## DIE DURCHFÜHRUNG VON GEWINNSPIELEN - EINLEITUNG

---

Gewinnspiele als Werbeinstrumente haben sich in der wirtschaftlichen Realität fest etabliert. Immer mehr Unternehmen versuchen über Gewinnspiele, ihr Geschäft anzukurbeln. Dies gilt auch und insbesondere für Online-Händler. Internet und Online-Gewinnspiele gehören fest zusammen. Online-Shopping oder schon nur Surfen ohne Gewinnspielwerbung ist kaum möglich. Für Unternehmen bietet sich mit Gewinnspielen ein Marketinginstrument mit doppelter Wirkung: Zum einen werden Nutzer an den jeweiligen Unternehmensaccount gebunden und zum anderen geben sie persönliche Daten für weitere Werbemaßnahmen preis.

Im Zusammenhang mit Social Media tragen Teilnehmer an Gewinnspielen dazu bei, dass auch ihre Freunde Kenntnis von dem Unternehmen erlangen. Seit einiger Zeit haben Gewinnspiele daher auch die sozialen Medien erobert. Für ein „Gefällt mir“, „Retweet“ oder „+1“ winken attraktive Preise.

In unserer Beratungspraxis hat sich gezeigt, dass viele Unsicherheiten bei der Veranstaltung von Gewinnspielen bestehen. Insbesondere sind sich die Veranstalter der mit einem Gewinnspiel verbundenen finanziellen und rechtlichen Risiken oft gar nicht bewusst. Hinzu kommt, dass auch die Betreiber der Social Media Plattformen Vorgaben für die Veranstaltung von Gewinnspielen aufstellen, allen voran Facebook. Nicht selten ist dieser Umstand für den Veranstalter eines Gewinnspiels völlig unbekannt.

Weiter bestehen in Bezug auf die Handhabung resp. die gesetzliche Regelung von Gewinnspielen bedeutende Unterschiede zwischen Deutschland und der Schweiz. So sind in Deutschland zulässige Gewinnspiele in der Schweiz nicht selten verboten, wenn sie nicht angepasst werden. Anders als in Deutschland sind in der Schweiz Gewinnspiele nicht nur von dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), sondern auch von der Lotteriegesetzgebung erfasst. So verbietet z.B. die schweizerische Lotteriegesetzgebung, die Teilnahme an einem Gewinnspiel an einen Kauf zu koppeln. Dieser Umstand ist vielen Online-Händlern nicht bewusst.

In diesem Leitfaden werden die wesentlichen Vorgaben für die Werbung mit Gewinnspielen in Deutschland und der Schweiz aufgezeigt und die wesentlichen Unterschiede herausgearbeitet. Der **Leitfaden ersetzt nicht die individuelle Beratung in Bezug auf die Zulässigkeit und die Ausgestaltung eines Gewinnspiels**, soll dem Leser aber einen Überblick über die Rechtslage in Deutschland und der Schweiz geben.

## DIE VERFASSER:

---

**HÄRTING Rechtsanwälte** und **Bühlmann Rechtsanwälte AG** beraten gemeinsam grenzüberschreitend tätige Online-Portale bei der Ausgestaltung ihrer Internetpräsentationen, prüfen Online-Geschäfts- und Werbekonzepte und zeigen Wege zu deren rechtssicheren Ausgestaltung auf. Hierzu gehört regelmäßig auch die Beratung in Bezug auf die Ausgestaltung internationaler Vertriebskonzepte und grenzüberschreitenden Online-Marketingmaßnahmen.

I.	Begriffsbestimmungen und gesetzliche Grundlagen .....	04
1.	Glücksspiele .....	04
2.	Gewinnspiele .....	05
II.	Das Kopplungsverbot .....	07
III.	Teilnahmebedingungen .....	09
IV.	Ausschluss des Rechtsweges .....	10
V.	Bestehen eines Anspruchs auf den Gewinn .....	10
VI.	Datenschutz .....	11
VII.	Abhängigkeit einer Teilnahme von einer Werbeeinwilligung .....	13
VIII.	Gewinnspiele auf Facebook .....	13

# I. BEGRIFFSBESTIMMUNGEN UND GESETZLICHE GRUNDLAGEN

---

## 1. GLÜCKSSPIELE

Wegen der unterschiedlichen rechtlichen Bewertung sind **Gewinnspiele zunächst von Glücksspielen abzugrenzen**. Bei Glücksspielen handelt es sich um Spiele, bei denen (1.) gegen Leistung eines Geldeinsatzes (2.) ein Gewinn in Aussicht steht, (3.) der ganz oder überwiegend vom Zufall abhängt (vgl. für CH: Art. 3 SBG; für D: § 3 Abs. 1 Satz 1 GlüStV). Maßgeblicher Unterschied zum Gewinnspiel ist **die Leistung eines Einsatzes** zur Teilnahme am Spiel.

In der **Schweiz** wird darunter jeder geldwerte Einsatz verstanden. In **Deutschland** ist es etwas komplizierter. Ein Einsatz setzt eine nicht unbeträchtliche Leistung voraus, die einerseits in der Hoffnung erbracht wird, einen höheren Wert zu gewinnen und von der andererseits zu befürchten ist, dass sie im Falle des „Verlierens“ dem Veranstalter zufällt. Der deutsche BGH grenzt den Einsatz ab von einem „in jedem Fall verlorenen Betrag“, der mit dem eigentlichen Spiel nichts zu tun hat, sondern lediglich die „Mitspielberechtigung gewährt“, wie etwa der „Eintritt in eine Spielbank“ (BGH v. 29.9.1986 – 4 StR 148/86, NJW 1987, 851, 852 - Kettenbriefaktion). Der Einsatz darf nicht unerheblich sein. Nicht erfasst sind daher zum Beispiel Aufwendungen für „normale“ Telefongespräche. Selbst zufallsabhängige Telefongewinnspiele, bei denen pro Anruf bis zu 50 Cent geleistet werden müssen, fallen nicht unter den Glücksspielbegriff. Der Einsatz kann nach deutschem Recht zudem auch als verdeckter Einsatz vorliegen. Dies ist denkbar bei erhöhten Eintritts- oder Warenpreisen. Orientiert sich die Preisgestaltung dagegen an der marktüblichen Höhe, handelt es sich nur um Spielberechtigungsbeiträge, die keinen Einsatz i.S.d. Glücksspielbegriffes darstellen (vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, 30. Aufl. 2012, § 4 Rn. 11.176; Fischer, StGB, 59. Aufl. 2012, § 284 Rn. 6).

Von dem Glücksspiel ist des Weiteren die **Lotterie** zu unterscheiden. Lotterien sind spezielle Glücksspiele und zeichnen sich dadurch aus, dass (in Deutschland für eine Mehrzahl von Personen) gegen Leistung eines Einsatzes nach einem bestimmten Lotterienplan ein vom Zufall abhängiger Gewinn in Aussicht steht. Maßgeblicher Unterschied zwischen einem reinen Glücksspiel und einer Lotterie liegt folglich im Element der Planmäßigkeit. Wird über die Ausrichtung des Gewinnes durch einen Ziehungs- bzw. Lotterienplan entschieden, so handelt es sich um eine Lotterie (vgl. für CH: Art. 1 LG, für D: § Abs. 3 Satz 1 GlüStV). Ein Lotterieveranstalter begrenzt sein „Spielrisiko“ im Gegensatz zu einer Spielbank durch einen Ziehungsplan. Soweit die Planmäßigkeit fehlt, liegt ein Glücksspiel (keine Lotterie) vor.

Glücksspiele dürfen in der Schweiz nur von konzessionierten Spielbanken angeboten werden (Art. 4 SBG)<sup>1</sup>. Für Lotterien oder lotterieähnliche Veranstaltungen gilt in der Schweiz ebenfalls ein grundsätzliches Verbot (Art. 1 LG und Art. 43 Ziff. 2 LV). Ausnahmen vom Lotterieverbot sind nur in engen Grenzen zulässig, z.B. wenn eine Lotterie gemeinnützigen oder wohltätigen Zwecken dient (vgl. Art. 3 und 5 ff. LG).

<sup>1</sup>Von den Glücksspielen zu unterscheiden sind die so genannten **Geschicklichkeitsspiele**. Diese zeichnen sich dadurch aus, dass einem Teilnehmer gegen Geldeinsatz ein Gewinn oder geldwerter Vorteil in Aussicht steht, der ausschließlich oder überwiegend vom Geschick des Teilnehmers abhängt. Geschicklichkeitsspiele sind in der Schweiz kantonal geregelt (vgl. Art. 106 Abs. 3 BV-CH). Geschicklichkeitsspiele über das Internet müssen bei der Eidgenössischen Spielbankenkommission vorgeführt werden (Art. 61 VSBG-CH).

In der **Schweiz** regelt Art. 43 Ziff. 2 LV die **lotterieähnlichen Veranstaltungen** und ist in der Praxis im Hinblick auf Werbegewinnspiele von großer Bedeutung, da praktisch sämtliche unzulässigen Gewinnspiele unter diesen Tatbestand subsumiert werden. Demnach sind Lotterien jeglicher Art von Gewinnspielen gleichgestellt, an denen nur nach Leistung eines Einsatzes oder nach **Abschluss eines Rechtsgeschäfts** teilgenommen werden kann und bei denen der Erwerb oder die Höhe der ausgesetzten Gewinne wesentlich vom Zufall oder von Umständen abhängt, die der Teilnehmer nicht kennt. Unter das Schweizer Lotterieverbot fallen demnach sämtliche Veranstaltungen, wenn die folgenden Voraussetzungen kumulativ vorliegen:

- Leistung eines Einsatzes oder Abschluss eines Rechtsgeschäftes (sog. „Kaufzwang für die Teilnahme“),
- Gewinn oder anderer geldwerter Vorteil,
- Zuteilung dieses Gewinnes durch Zufall,
- Planmäßige Zuteilung der Gewinne (d.h. der Veranstalter kennt sein Spielrisiko im Voraus, er weiß, welches der maximale Gewinn ist).

Die Durchführung eines verbotenen Gewinnspiels, das unter die schweizerische Lotteriegesetzgebung fällt, wird mit einer Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder einer Geldstrafe bis zu maximal 1'080'000.- Franken bestraft (Art. 38 LG i.V.m. Art. 333 StGB). Darüber hinaus können Lose, Ziehungslisten und Verkaufsgewinne konfisziert werden (Art. 43 LG) und die Gewinnherausgabe verlangt werden (vgl. Art. 9 UWG).

In **Deutschland** bedarf sowohl die Veranstaltung eines öffentlichen Glücksspiels als auch einer öffentlichen Lotterie einer behördlichen Erlaubnis (vgl. § 4 Abs. 1 GlüStV). Liegt eine entsprechende Erlaubnis nicht vor, handelt es sich um ein unerlaubtes Glücksspiel bzw. eine unerlaubte Lotterie und unterfällt dem Straftatbestand des § 284 Abs. 1 bzw. des § 287 Abs. 1 StGB.

Die Durchführung von **Glücksspielen über das Internet** ist sowohl in der Schweiz als auch in Deutschland generell verboten (vgl. für CH: Art. 5 SBG, für D: § 4 Abs. 4 GlüStV).

Glücksspiele sind in Deutschland und der Schweiz generell nur gestattet, wenn eine behördliche Erlaubnis vorliegt. In der Schweiz wird der Glücksspielbegriff weiter verstanden, weil jedes Gewinnspiel, bei dem irgendein Einsatz zu leisten ist (z.B. Kaufzwang), darunter fällt.

## 2. GEWINNSPIELE

Weder in der Schweiz noch in Deutschland ist der Begriff „Gewinnspiel“ gesetzlich definiert. Das Gewinnspiel unterscheidet sich vom Glücksspiel dadurch, dass die Teilnahme am Gewinnspiel **keinen gesonderten (geldwerten) Einsatz** erfordert. Für die Annahme eines Glücksspiels kann auch ein verdeckter Einsatz ausreichen. Darüber hinaus setzt ein Gewinnspiel in jedem Fall das In-Aussicht-Stellen eines Gewinns voraus, der ganz oder überwiegend vom Zufall abhängt.

Ausdrücklich erwähnt werden Gewinnspiele im **deutschen Recht** in den §§ 4 Nr. 5, 6 UWG-D sowie in § 6 Abs. 1 Nr. 4 TMG. Dort werden sie mit Preisausschreiben (§ 661 BGB) gleichgesetzt, bei denen der Gewinner gerade nicht nach dem Zufallsprinzip, sondern nach bestimmten Kriterien ermittelt wird. Weitere Regelungen finden sich zum Beispiel in Nr. 17 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG-D (irreführendes Versprechen von Gewinnen) und Nr. 20 Anhang zu § 3 Abs. 3 UWG-D (Nichtvergabe versprochener Preise) sowie in § 661a BGB (Gewinnzusagen).

Das **Schweizer Bundesgericht** verwendet den Begriff des Gewinnspiels uneinheitlich, teils im Zusammenhang mit Glücksspielen, teils im Zusammenhang mit lotterиеähnlichen Veranstaltungen, schließlich auch im Zusammenhang mit seiner Rechtsprechung zu UWG-Tatbeständen. Charakteristisch für Gewinnspiele, Wettbewerbe oder ähnliche Veranstaltungen (nachfolgend „Gewinnspiele“) im schweizerischen Kontext ist, dass der Spielveranstalter einem Teilnehmer gegen die Teilnahme am Spiel einen Gewinn in Aussicht stellt. Je nach Ausgestaltung des Gewinnspiels, z.B. ob ein Spieleinsatz erforderlich ist (Geldeinsatz oder der Abschluss eines Rechtsgeschäfts) oder ein etwaiger Gewinn vom Zufall abhängt, gilt es in der Schweiz **zulässige und unzulässige Gewinnspiele** zu unterscheiden. Bei der Beurteilung der Zulässigkeit eines Gewinnspiels in der Schweiz ist insbesondere das Spielbankengesetz („SBG“), das Lotteriegelgesetz („LG“) und dessen Verordnung (Lotterieverordnung, „LV“), sowie das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb („UWG“) zu berücksichtigen. Die schweizerische Gesetzgebung definiert nicht, welche Gewinnspiele zulässig sind, sondern nur, welche verboten sind. Verboten sind in der Schweiz demnach **Gewinnspiele, die als Glücksspiele oder Lotterien** (resp. lotterиеähnliche Veranstaltungen) ausgestaltet sind oder einen **unlauteren Tatbestand** darstellen.

Nach beiden Rechtsordnungen handelt grundsätzlich unlauter, wer die Teilnahmebedingungen nicht klar und deutlich kennzeichnet (für CH: Art 2 und Art 3 Abs. 1 lit. b UWG-CH; für D: § 4 Nr. 5 UWG-D, § 6 Abs. 1 Nr. 4 TMG für den Onlinebereich; vgl. dazu Punkt IV) oder die Teilnahme an einem Gewinnspiel an den Kauf einer Ware oder Dienstleistung koppelt (vgl. für CH: § 3 Abs. 1 lit. t UWG; für D: § 4 Nr. 5 UWG-D, zu den Unterschieden des Kopplungsverbots vgl. Punkt III). Darüber hinaus verbietet das Lauterkeitsrecht beider Länder besonders aggressive Verkaufsmethoden (vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. h UWG-CH) bzw. geschäftliche Handlungen, die geeignet sind, die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher durch Ausübung von Druck o.Ä. zu beeinträchtigen (vgl. § 4 Abs. 1 Nr. 1 UWG-D). Ferner sind irreführende Handlungen im Wettbewerbsrecht immer unlauter (für CH: Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG-CH, für D: § 5 Abs. 1 UWG-D). Insbesondere um zu verhindern, dass eine Irreführung angenommen wird, sollte ein Gewinnspiel auch als solches gekennzeichnet werden (vgl. OLG Karlsruhe Urt. v. 20.10.2011, Az. 4 U 160/10).

Wer vorsätzlich gegen das UWG verstößt, wird in der Schweiz auf Antrag mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft (Art. 23 UWG-CH). In Deutschland sind die Straf- und Bußgeldvorschriften der §§ 17-20 UWG-D zu beachten. In zivilrechtlicher Hinsicht drohen in beiden Ländern Klagen auf Unterlassung, Beseitigung, Gewinnherausgabe und Schadenersatz (vgl. für CH: Art. 9 UWG-CH, für D: §§ 8-10 UWG-D).

Sind die lauterkeitsrechtlichen Voraussetzungen eingehalten, ist die Veranstaltung eines Gewinnspiels

im Internet grundsätzlich zulässig. Wird für die Teilnahme an einem Gewinnspiel ein „Like“ verlangt, liegt darin jedenfalls kein Einsatz im Sinne von § 284 StGB und eine behördliche Erlaubnis ist nicht erforderlich. Wird für die Teilnahme an einem Gewinnspiel jedoch mehr (Geldwertes) gefordert, ist Vorsicht geboten. So kommt schon ein unzulässiges Glücksspiel in Betracht, wenn für die Teilnahme die Inanspruchnahme einer Dienstleistung vorausgesetzt wird. Ohnehin wäre dann das lauterkeitsrechtliche Kopplungsverbot zu beachten.

## II. DAS KOPPLUNGSVERBOT

---

Unlauter verhält sich nach dem jeweiligen Gesetzeswortlaut sowohl in der Schweiz als auch in Deutschland, wer den Gewinn bzw. die Teilnahme an einem Gewinnspiel vom Kauf einer Ware oder Dienstleistung abhängig macht (für CH: Art. 3 Abs. 1 lit. t UWG-CH, für D: § 4 Nr. 6 UWG-D). Dennoch gilt es zu unterscheiden:

Wird in der **Schweiz** die Teilnahme an einem Gewinnspiel an einen Kauf gekoppelt (sog. Kaufzwang), liegt das Element des **Einsatzes im Sinne der Lotteriegesetzgebung** vor (siehe oben). Die Tatsache, dass für die Teilnahme ein Kauf getätigt werden muss, genügt für das Vorliegen eines unerlaubten Kaufzwangs. So ist es z.B. nicht notwendig, dass ein Veranstalter die Produkte zu einem erhöhten Preis verkauft. Das Bundesgericht legt den Begriff des Einsatzes weit aus (vgl. BGE 123 IV 175, E. 2a). Schließlich bedeutet dies, dass ein **Gewinnspiel, welches die Teilnahme am Spiel z.B. an einen Kauf knüpft, regelmäßig gegen die schweizerische Lotteriegesetzgebung verstößt und somit unzulässig ist, wenn die übrigen Tatbestandselemente erfüllt sind (Gewinn, Zufall, Planmäßigkeit).**

Das **Lauterkeitsrecht sieht ebenfalls ein Koppelungsverbot** vor. Gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. t UWG-CH verhält sich unlauter, wer im Rahmen eines Wettbewerbs oder einer Verlosung einen Gewinn verspricht, dessen Einlösung an den Kauf einer Ware oder Dienstleistung gebunden ist. Diese Bestimmung ist am 1. April 2012 in Kraft getreten und bis zum heutigen Datum liegt kein bundesgerichtliches Präjudiz vor. Es ist aber davon auszugehen, dass sich das Bundesgericht betreffend Koppelungskauf/Kaufzwang an der bisher etablierten Rechtsprechung unter der Lotteriegesetzgebung orientieren wird.

Nach **deutschem UWG** ist es zwar ebenfalls **dem Gesetzeswortlaut nach unlauter**, wenn die Teilnahme eines Verbrauchers an einem Gewinnspiel vom Erwerb einer Ware oder der Inanspruchnahme einer Dienstleistung abhängig gemacht wird, vgl. § 4 Nr. 6 UWG-D. Nach der Rechtsprechung des EuGH und des BGH ist dieses generelle Kopplungsverbot jedoch europarechtswidrig (vgl. BGH GRUR 2008, 807; EuGH GRUR 2010, 244 Rn. 41ff). Teilweise hat sich daher das Gerücht verbreitet, dass eine Kopplung von Warenerwerb und Gewinnspiel in Deutschland ohne weiteres möglich sei. Dies ist mit großer Vorsicht zu genießen. Die Norm ist nämlich nicht richtig, sondern muss europarechtskonform ausgelegt und angewendet werden (vgl. BGH GRUR 2011, 532). Danach ist die Kopplung eines Preisausschreibens oder Gewinnspiels an ein

Umsatzgeschäft nur dann unlauter, wenn sie im Einzelfall eine irreführende Geschäftspraxis darstellt (Art. 6 und 7 der Richtlinie 2005/29/EG) oder den Erfordernissen der beruflichen Sorgfalt widerspricht (Art. 5 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2005/29/EG). Es ist daher im Einzelfall zu prüfen, ob bei einer Koppelung im Rahmen eines Gewinnspiels eine unangemessene Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers anzunehmen ist. Dies hängt insbesondere von dem Wert des möglichen Gewinns im Verhältnis zu dem Gegenwert des Kopplungsgeschäfts ab. Der BGH hat beispielsweise eine Werbeaktion der Einzelhandelskette Plus für zulässig erachtet, bei der mit dem Hinweis „Einkaufen, Punkte sammeln, gratis Lotto spielen“ für die Teilnahme an der Bonusaktion „Ihre Millionenchance“ geworben wurde. Kunden konnten in einem bestimmten Zeitraum für jeden Einkauf ab 5 € Bonuspunkte und ab 20 Bonuspunkten kostenlos an den Ziehungen des Deutschen Lottoblocks teilnehmen. Die Kopplung sei für sich genommen nicht verboten und eine übertriebene Anlockwirkung gehe davon nicht aus (BGH GRUR 2011, 532). Die Grenze wird jedenfalls dort erreicht sein, wo zu fürchten ist, dass die Verbraucher die angebotenen Leistungen allein wegen der Gewinnchance erwerben. Wäre dieses Gewinnspiel unter Schweizer Recht zu beurteilen gewesen, wäre es aufgrund des Kaufzwanges für eindeutig unzulässig befunden worden.

Hinsichtlich der Veranstaltung von Gewinnspielen gegenüber Unternehmern gilt das Kopplungsverbot im Schweizer Recht ebenso. Im deutschen Recht gilt demgegenüber in diesem Fall das Kopplungsverbot aus § 4 Nr. 6 UWG-D nicht. Allerdings ist es gem. § 4 Nr. 1 UWG-D unlauter, wenn die Entscheidungsfreiheit der Marktteilnehmer durch unangemessenen unsachlichen Einfluss beeinträchtigt wird. Kommen neben der Kopplung weitere Umstände hinzu, ist es **im Einzelfall denkbar**, dass damit ein Wettbewerbsverstoß gem. § 4 Nr. 1 UWG-D vorliegt. So dürfte es unlauter sein, als Fluglinie mit einem Gewinnspiel gegenüber Reisebüros zu werben, wenn der Gewinn unter den zehn Reisebüros verlost wird, die die meisten Buchungen vermittelt haben. Die teilnehmenden Reisebüros können nämlich eine interessengerechte Vermittlung von Flugreisen für ihre Kunden nicht unbeeinflusst vornehmen. Unabhängig davon dürfte sich Gewinnspielwerbung auf Social Media Plattformen wie Facebook in der Regel an Verbraucher richten, so dass § 4 Nr. 6 UWG-D gilt.

In der Schweiz herrscht ein umfassendes Kopplungsverbot hinsichtlich der Teilnahme an einem Gewinnspiel mit einem Kauf oder einer Dienstleistung unabhängig davon, ob es sich bei dem Teilnehmer um einen Verbraucher oder Unternehmer handelt, da jede Leistung – auch der Kauf einer Ware oder Dienstleistung – ein Einsatz darstellt und somit zur Bewertung als Glücksspiel führt. Eine Kopplung ist nach Wertung des schweizerischen UWG generell unlauter. Dies hat zur Folge, dass die Veranstaltung eines Gewinnspiels – auch im Internet – nur zulässig ist, soweit die Teilnahme daran unentgeltlich ist, **d.h. eine Teilnahme ohne den Abschluss eines Rechtsgeschäfts möglich ist**. Schließlich bedeutet dies, dass bei Gewinnspielen die Gratisteilnahme zu den gleichen Bedingungen stets möglich sein muss. Das Kopplungsverbot in der Schweiz gilt auch, wenn die Teilnahme auf Unternehmer beschränkt wird.

In Deutschland wird ein unzulässiges Glücksspiel (bei Nichtvorlage einer Genehmigung) ebenfalls dann angenommen, wenn ein nicht unbeträchtlicher Einsatz zur Teilnahme geleistet werden muss. Die Leistung eines Einsatzes ist hingegen nicht zwingend auch immer ein Verstoß gegen das deutsche UWG. Lauterkeitsrechtlich ist nämlich zu beachten, dass das generelle Kopplungsverbot des § 4 Nr. 6 des deutschen UWG gegen Europarichtlinien verstößt und deshalb europarechtskonform ausgelegt werden muss. Danach besteht ein Kopplungsverbot nur insoweit, als im Einzelfall die Entscheidungsfreiheit eines Verbrauchers unangemessen beeinträchtigt wird und er das Geschäft vor allem wegen der Gewinnchance eingehen wird. Im Einzelfall kann eine Kopplung gegenüber Unternehmern zudem einen Wettbewerbsverstoß gemäß § 4 Nr. 1 UWG-D begründen. Anstatt eines generellen Verbots ist daher immer eine Einzelfallabwägung vorzunehmen.

### III. TEILNAHMEBEDINGUNGEN

---

Bei allen Gewinnspielen mit Werbecharakter müssen die Teilnahmebedingungen klar und eindeutig formuliert sein (für CH: Art. 2 und Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG; für D: § 4 Nr. 5 UWG-D, § 6 Abs. 1 Nr. 4 TMG für den Onlinebereich). Auf die Teilnahmebedingungen ist bei der Bewerbung der Gewinnspielaktion klar und deutlich hinzuweisen. Dies umfasst insbesondere auch, dass der Werbecharakter erkennbar ist und dem Teilnehmer die Teilnahme- und Gewinnbedingungen klar und unzweideutig bekannt gegeben werden. Unter Teilnahmebedingungen sind die Voraussetzungen zu verstehen, die der Interessent erfüllen muss, um an dem Gewinnspiel teilzunehmen (vgl. BGH GRUR 2005, 1061, 1064; BGH WRP 2011, 863, Rn 18). Weder in Deutschland noch in der Schweiz gibt es einen Kriterienkatalog, der alle erforderlichen Informationen auflistet. Klar ist jedoch, dass sich unter Teilnahmebedingungen nicht nur die Berechtigung zur Teilnahme versteht, sondern auch weitere **Modalitäten einer Teilnahme**. Gefordert werden insbesondere folgende Angaben:

- Teilnahmeberechtigte Personen bzw. ausgeschlossene Personen
- Veranstalter des Gewinnspiels
- Aktionszeitraum; Einsendeschluss; Ziehungsdatum
- Angaben darüber, was der Nutzer für eine Teilnahme machen muss
- Gewinn, Gewinnermittlung und –benachrichtigung
- Die Tatsache, dass es sich um ein Gewinnspiel oder einen Wettbewerb handelt

Allerdings gibt es keine Pflicht, gesonderte Bedingungen zusammenzustellen. Etwaige Teilnahmebedingungen müssen weder in der Schweiz noch in Deutschland gesondert aufgeführt werden. Gerade bei einfach gelagerten Gewinnspielen, die nur einmalig veranstaltet werden, sind gesonderte Teilnahmebedingungen nicht immer erforderlich. Ausreichend kann es sein, wenn sich die Bedingungen einer Teilnahme im Zusammenhang mit der Bewerbung der Gewinnspielaktion ergeben.

Abgesehen von den für die Klarheit der Teilnahmebedingungen zwingend erforderlichen Angaben, kann die Regelung weiterer Punkte sinnvoll sein, sofern über die zuvor genannten Punkte hinaus weitere Regelungen getroffen werden sollen. Sinnvoll kann es überdies sein, vorzusehen, Teilnehmer von der Teilnahme **nachträglich ausschließen zu können**, um die eigenen Bedingungen durchzusetzen. Ein solcher Ausschluss darf jedoch nur aus sachlichen Gründen erfolgen und der Teilnehmer muss im Voraus erkennen können, wann es zu einem Ausschluss kommen kann. Wird ein bereits ausgeloster Gewinner ausgeschlossen, stellt sich die Frage nach einer **Ersatzauslosung**.

Zweckmäßig ist es zudem, eine Regelung darüber zu treffen, wann der Ablauf des Gewinnspiels **verändert** werden oder sogar das Gewinnspiel **vorzeitig beendet** werden darf. Dies kann etwa aus technischen oder rechtlichen Gründen sinnvoll sein, wenn die ordnungsgemäße Durchführung nicht mehr gewährleistet ist. Eine entsprechende Regelung muss jedoch ebenfalls sachlich gerechtfertigte Gründe bestimmbar erkennen lassen.

Zudem ist es sinnvoll, eine gesonderte Regelung für den Fall zu treffen, dass wider Erwarten die Gewinne nicht oder nicht mehr in ausreichender Zahl zur Verfügung stehen. In Deutschland muss dann wegen Nr. 20 Anhang zu § 3 Abs. 3 UWG-D ein angemessenes Äquivalent vergeben werden. In der Schweiz ist dieses Erfordernis zwar nicht explizit geregelt, ein fehlendes Äquivalent kann aber im Einzelfall zum Beispiel eine Irreführung gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG darstellen.

Teilnahmebedingungen an Gewinnspielen mit Werbecharakter sind vollständig, klar und eindeutig zu formulieren.

## IV. AUSSCHLUSS DES RECHTSWEGES

---

Im Zusammenhang mit Gewinnspielen findet sich immer wieder der Satz „**Der Rechtsweg ist ausgeschlossen**“ oder „**über die Veranstaltung wird keine Korrespondenz geführt**“. Solche Formulierungen sind sowohl in Deutschland wie in der Schweiz durchaus üblich. Der Ausschluss des Rechtswegs ist von den deutschen Gerichten anerkannt worden (vgl. LG Hannover Urt. v. 30.03.2009, Az: 1 O 77/08). Er bezieht sich jedoch nur auf die Durchführung des Gewinnspiels und die Gewinnziehung selbst. Dagegen kann der Rechtsweg etwa wegen eines Wettbewerbsverstoßes oder unzulässiger Teilnahmebedingungen nicht ausgeschlossen werden.

## V. BESTEHEN EINES ANSPRUCHS AUF DEN GEWINN

---

Forderungen aus Spiel und Wette stellen in der Regel keine einklagbaren Forderungen dar (vgl. für CH: Art. 513 OR; für D: § 762 BGB).

Bei Wettbewerben, an deren Ergebnissen der Veranstalter ein eigenes Interesse hat, kann hingegen

ein Anspruch auf den Gewinn bestehen. Dies ist zum Beispiel dann der Fall, wenn er nach einem Ergebnis fragt, das er noch nicht kennt, dessen Kenntnis ihm aber nützen würde, so z.B. die Frage nach einem neuen Werbeslogan. Solche Gewinnspiele, deren Lösungen dem Veranstalter einen Nutzen bringen, sind als Auslobungen im Sinne von Art. 8 OR (Schweiz) bzw. § 661 BGB (Deutschland) zu betrachten. Dies bedeutet, dass ein Veranstalter die Preise gemäß seiner Ankündigung zu entrichten hat und ein Gewinner entsprechend einen klagbaren Anspruch hat. Weiter könnte man argumentieren, dass es sich beim Gewinnversprechen um eine Offerte handelt, die vom Empfänger resp. dem Teilnehmer an einem Gewinnspiel angenommen werden kann.

Spätestens wenn der Teilnehmer eine **Gewinnbenachrichtigung** erhält, besteht eine Verpflichtung gem. § 661a BGB-D resp. Art. 8 OR, den entsprechenden Preis zu leisten. Ob schon vorher ein Anspruch entsteht, etwa wenn der Gewinner ausgelost wurde, kann nicht eindeutig beantwortet werden. An einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung fehlt es. Allerdings stellt es einen Wettbewerbsverstoß nach Nr. 20 Anhang zu § 3 Abs. 3 UWG-D dar, wenn Gewinnspiele angeboten werden, obwohl keine Gewinne ausgegeben werden. Ebenfalls ein Wettbewerbsverstoß liegt vor, wenn nach Nr. 17 Anhang zu § 3 Abs. 3 UWG-D eine Gewinnbenachrichtigung erfolgt, obwohl ein Gewinn tatsächlich nicht existiert.

Auf die Ausrichtung eines Preises im Rahmen eines Gewinnspiels besteht in aller Regel keine klagbare Forderung. Dies gilt jedoch nicht immer, insbesondere nicht, sobald eine Gewinnbenachrichtigung erfolgt ist.

## VI. DATENSCHUTZ

---

Für die Veranstalter von Gewinnspielen steht neben der Verbreitung ihres Namens die Gewinnung von Daten zu Werbezwecken im Vordergrund. Dabei handelt es sich in der Regel um Daten, die als Personendaten (nach deutscher Diktion: personenbezogene Daten) im Sinne des Schweizerischen Datenschutzgesetzes (DSG) (bzw. des deutschen Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG)) gelten. Dazu gehören alle Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbarer natürlichen Person (vgl. für CH: Art. 3 DSG; für D: § 3 Abs. 1 BDSG). Soweit der Veranstalter solche Daten erhebt, verarbeitet oder nutzt, muss er die jeweiligen datenschutzrechtlichen Vorgaben einhalten (vgl. für CH: Art. 2 Abs. 1, Art. 3 lit. e DSG; für D: § 1 Abs. 2 BDSG).

Personendaten dürfen nur zu dem Zweck bearbeitet werden, der bei der Beschaffung angegeben wurde oder aus den Umständen ersichtlich ist (für CH: Art. 4 Abs. 3 DSG; für D: § 4 a Abs. 1 BDSG).

Sowohl in der Schweiz als auch in Deutschland muss die Datenbearbeitung im Rahmen der Durchführung von Gewinnspielen erkennbar und zweckgebunden sein. In Deutschland ergibt sich aus § 13 Abs. 1 TMG bei Online-Gewinnspielen das Erfordernis, den Teilnehmer über die **Erhebung und Verwendung seiner Daten** aufzuklären. Dafür bietet sich eine eigenständige Datenschutzerklärung an, die über einen Link abrufbar ist. Dieser sollte deutlich sichtbar im Zusammenhang mit der

Erhebung der Daten angebracht sein. In den Teilnahmebedingungen dürfen die Datenschutzhinweise aus Gründen der Transparenz regelmäßig nicht versteckt werden.

Die zweckgebundene Datenbearbeitung erfordert für die Schweiz zwar grundsätzlich keine Einwilligung der betroffenen Person. Ein Datenbearbeiter hat aber nur schon aus beweisrechtlichen Aspekten ein Interesse, den Zweck der Datenerhebung festzuhalten und erkennbar zu machen (vgl. Art. 4 Abs. 4 DSG). In der Praxis dürften insbesondere Anbieter von Online-Gewinnspielen insofern ebenfalls ein Interesse an einer Datenschutzerklärung haben.

Bei der Erhebung der Daten ist wegen des Grundsatzes der **Datensparsamkeit** (für D: § 3a BDSG) Zurückhaltung geboten. In der Regel ist es ausreichend, den Namen, eine E-Mail-Adresse und ggf. das Geburtsdatum zu erfassen. Sofern die Anschrift nur für die Versendung von Gewinnen benötigt wird und nicht etwa für Werbemaßnahmen, genügt es, diese mit einer eventuellen Gewinnbenachrichtigung anzufordern.

Sollen Personendaten bzw. personenbezogene Daten für Werbemaßnahmen verwendet werden, bedarf es einer Einwilligung in die Bearbeitung der Daten (vgl. für CH: Art. 4 Abs. 4 DSG; für D: § 4a Abs. 1 BDSG). Ausreichend ist es, wenn die Einwilligung durch ein Häkchenfeld erteilt wird und in unmittelbarer Nähe klar und deutlich auf die Datenschutzbestimmung verwiesen wird (vgl.: CH: § 4 Abs. 4 DSG; für D: § 4 Abs. 1 und 4 BDSG). Ebenso wie die Einwilligung hinsichtlich der Erhebung der Daten muss auch die Einwilligung zur Verwendung der Daten freiwillig und nach angemessener Information hinsichtlich der geplanten Verwendung erfolgen.

In Deutschland bedarf es für die **Werbung per Telefon oder E-Mail** einer ausdrücklichen vorherigen Einwilligung gem. § 7 Abs. 2 Nr. 2, 3 UWG-D, die gesondert einzuholen ist, was nicht innerhalb der Teilnahmebedingungen geschehen kann. In der Schweiz muss für Werbung per Telefon Art. 3 Abs. 1 lit. u UWG-CH berücksichtigt werden, d.h. ein Vermerk im Telefonbuch, dass ein Kunde keine Werbung von Dritten wünscht, ist zwingend zu berücksichtigen. Für Werbung per E-Mail gilt Art. 3 Abs. 1 lit. o UWG-CH bzw. § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG-D, wonach für den Erhalt von Werbung die Einwilligung des Empfängers einzuholen ist. In Deutschland kann dies gleichzeitig mit der Einwilligung in die Verarbeitung der Daten geschehen. Dabei ist darauf zu achten, dass das Häkchenfeld nicht bereits ausgefüllt ist. Dies gilt allerdings nicht für die Schweiz, hier kann das Häkchenfeld bereits markiert sein.

Sowohl in der Schweiz als auch in Deutschland muss die Datenbearbeitung im Rahmen der Durchführung von Gewinnspielen erkennbar und zweckgebunden sein. Dies geschieht im Online-Kontext am besten durch eine Datenschutzerklärung.

Der Grundsatz der Datensparsamkeit ist zu beachten, was bedeutet, dass nur diejenigen Daten erhoben werden, die für die Durchführung des Gewinnspiels notwendig sind.

Die weitere Verwendung der Daten zu Werbezwecken bedarf einer Einwilligung.

Die Werbung per Telefon oder E-Mail bedarf einer ausdrücklichen Einwilligung in Deutschland, in der Schweiz darf der Sternchenhinweis (keine Werbung) nicht missachtet werden.

## VII. ABHÄNGIGKEIT EINER TEILNAHME VON EINER WERBEEINWILLIGUNG

---

Ob die Teilnahme an einem ansonsten zulässigen Gewinnspiel an eine Einwilligung in Werbung gekoppelt werden darf, wird unter Juristen viel diskutiert und ist noch nicht abschließend geklärt. Dies hängt auch davon ab, welche alternativen Gewinnmöglichkeiten bestehen. Gerade wenn es um sehr spezielle Gewinne geht, sollten eigene Teilnahmealternativen (z.B. auf dem Postweg) angeboten oder auf eine Kopplung verzichtet werden. Eine seriöse Adressgewinnung empfiehlt in jedem Fall eine **Loslösung** von der Teilnahme.

In der Schweiz kann der Teilnehmerkreis am Gewinnspiel hingegen auf Werbungsempfangswillige beschränkt werden, solange keine Koppelung an ein anderes Rechtsgeschäft vorliegt, es sich nicht um eine besonders aggressive Verkaufsmethode handelt und die Einwilligung der Kunden vorliegt, Werbung zu erhalten.

Eine Koppelung einer Teilnahme an die Abgabe einer Werbeeinwilligung ist juristisch umstritten und nicht zu empfehlen.

## VIII. GEWINNSPIELE AUF FACEBOOK

---

Vorgaben für die Veranstaltung von Gewinnspielen enthalten die **Nutzungsbedingungen für Facebook-Seiten** unter:

[http://www.facebook.com/page\\_guidelines.php](http://www.facebook.com/page_guidelines.php).

Daneben existieren eine ganze Reihe anderer Richtlinien, die es zu beachten gilt. Eine ausdrückliche **Einwilligung** in die Veranstaltung von Gewinnspielen auf Facebook ist bei Einhaltung der Nutzungsbedingungen zwar nicht erforderlich. Allerdings fordern etwa die Werberichtlinien von Facebook, dass „der Werbetext grammatikalisch korrekt abgefasst sein“ muss. Facebook legt ausdrücklich fest, dass es **nicht zulässig ist, ein Gewinnspiel über die Pinnwand einer Unternehmensseite oder die Facebook-Funktion „Veranstaltungen“** durchzuführen. Gewinnspiele auf Facebook dürfen **nur über Facebook-Apps** angeboten werden. Hintergrund dürfte sein, dass Facebook jeglichen Eindruck vermeiden möchte, in irgendeiner Form für das angebotene Gewinnspiel verantwortlich zu sein. Dazu könnte es kommen, wenn die Gewinnspiele auf Facebook direkt angeboten werden und deswegen als Angebot von Facebook angesehen werden könnten.

Facebook fordert drei Elemente, die sämtlich dazu dienen, Facebook weitgehend aus der Verantwortung zu nehmen. Dabei handelt es sich um die folgenden Punkte:

- Eine vollständige Freistellung von Facebook von jedem Teilnehmer
- Anerkennung, dass die Promotion in keiner Verbindung zu Facebook steht und in keiner Weise

von Facebook gesponsert, unterstützt oder organisiert wird

- Offenlegung, dass der Teilnehmer die Informationen und nicht Facebook bereitstellt

Was dies im konkreten Einzelfall bedeutet, bleibt ein wenig offen, insbesondere inwiefern rechtliche Erklärungen abzugeben sind. Letztlich geht es Facebook darum, eine verantwortliche Verbindung zu dem Gewinnspiel und damit die eigene Haftung weitestgehend zu vermeiden. In jedem Fall sollte bei der Konzeption und Gestaltung des Gewinnspiels darauf geachtet werden, dass der Unterschied zwischen Veranstalter und Facebook deutlich wird.

Die o.g. Nutzungsbedingungen bestimmen außerdem, dass die **Betätigung des „Gefällt-mir-Buttons“ weder zu einer automatischen Teilnahme an einem Gewinnspiel führen, noch dies zwingende Voraussetzung für eine Teilnahme sein darf**. Daher kann man die Teilnahme an einem Gewinnspiel nicht davon abhängig machen, dass dem Nutzer ein bestimmter Pinnwand-eintrag gefällt. Dagegen erlaubt Facebook ausdrücklich, dass es Voraussetzung für die Teilnahme sein kann, dass der Nutzer zuvor „Fan“ einer Unternehmensseite wird. Nicht zulässig ist es dagegen, den „Gefällt-mir-Button“ für eine Abstimmung über einen Fotowettbewerb zu nutzen, um den Gewinn unter den zehn beliebtesten Fotos auszulösen.

Zu beachten ist schließlich, dass die **Benachrichtigung der Gewinner nicht über Facebook erfolgen darf**. Vielmehr ist ein anderer Kommunikationsweg zu wählen. Dafür bietet sich eine Nachricht per E-Mail an.

**Facebook hat sich das Recht vorbehalten, eine Gewinnspielaktion jederzeit zu stoppen und sogar die ganze Anwendung zu entfernen**. Bisher ist jedoch nicht bekannt geworden, inwieweit Facebook tatsächlich gegen Verstöße im Hinblick auf Gewinnspiele vorgeht. Dennoch sollten die Vorgaben von Facebook beachtet werden, da eine Löschung von Unternehmensseiten im Einzelfall nicht ausgeschlossen werden kann. Dies ist gerade dann für ein Unternehmen katastrophal, wenn bereits ein Stamm an „Fans“ aufgebaut wurde oder in ein Gewinnspiel investiert wurde, welches nicht ausschließlich über die Facebook-Seite durchgeführt wird (Cross-Media).

### Checkliste

- In Deutschland zulässige Gewinnspiele sind bei gleichartiger Durchführung in der Schweiz oft unzulässig
- Sicherstellen, dass geplantes Gewinnspiel kein reines Glücksspiel oder Lotterie darstellt.
- Kopplung von Teilnahme am Gewinnspiel an ein Umsatzgeschäft ist im deutschen Recht nicht ausgeschlossen. Die Zulässigkeit hängt von dem Verhältnis zwischen dem Wert des möglichen Gewinns und dem Gegenwert des Umsatzgeschäfts ab.
- Kopplung von Teilnahme am Gewinnspiel an ein Umsatzgeschäft ist im Schweizer Recht stets unzulässig. Es muss immer eine Gratisteilnahme möglich sein.
- Schweizer Kopplungsverbot gilt auch im b2b-Geschäft.
- Bei Gewinnspielen mit Werbecharakter Teilnahmebedingungen vollständig, klar und eindeutig formulieren.
- Datenschutzrechtliche Vorgaben rund um die Erfassung und Verwendung von im Rahmen von Gewinnspielen erfassten Kundendaten beachten.
- Vorsicht bei der Involvierung von Werbung per Telefon oder E-Mail als Teil eines Gewinnspiels
- Vorgaben für die Durchführung von Gewinnspielen auf Social Media Plattformen beachten (insb. Facebook).

Berlin / Zürich, im Dezember 2012

© 2012 HÄRTING Rechtsanwälte, Berlin & Bühlmann Rechtsanwälte AG, Zürich



**Dr. Martin Schirnbacher**  
HÄRTING Rechtsanwälte  
[schirnbacher@haerting.de](mailto:schirnbacher@haerting.de)



**Lukas Bühlmann**  
Bühlmann Rechtsanwälte AG  
[contact@br-legal.ch](mailto:contact@br-legal.ch)

Sie brauchen weiterführende Informationen?

Sie hätten gerne ein persönliches Gespräch zu diesem Themen?

Wir freuen uns, wenn Sie mit uns Kontakt aufnehmen.