

## Lösungsvorschlag

I.1. Halter hat in der NZZ eine Auslobung im Sinne des Art. 8 OR vorgenommen. Halter verspricht im vorliegenden Fall *öffentlich* eine Leistung, denn der Aufruf ergeht an alle Personen, die die NZZ lesen, nicht nur an bestimmte Personen.<sup>1</sup> Er verspricht die Bezahlung von Fr. 5'000, sofern eine *Leistung* erbracht wird, die hier in der Verbrechensaufklärung und Wiedererlangung des gestohlenen Schmucks liegt. Im vorliegenden Fall zeigt sich, dass die vertragliche Erklärung der Auslobung nicht adäquat ist. Nach h.L. ist die Leistung auch dann geschuldet, wenn der Leistungserbringer wie hier Weber nichts von der Auslobung weiss.<sup>2</sup> Die fehlende Urteils- oder Handlungsfähigkeit Webers spielt aufgrund der Einseitigkeit des Rechtsgeschäfts ebenfalls keine Rolle.<sup>3</sup> Weber hat den Schmuck gefunden und zur Polizei gebracht. Folglich hat er die geforderte Leistung als einzige Bedingung zur Erfüllung des Versprechens erbracht. Er hat Anspruch auf die Fr. 5'000.

I.2. Bei diesem Versprechen handelt es sich nicht um eine Auslobung. Das Versprechen richtet sich *an eine genau bestimmte Person* und *nicht an die Öffentlichkeit*.<sup>4</sup> Es könnte sich um ein *abstraktes Schuldbekenntnis* im Sinne des Art. 17 OR, um einen *Innominatvertrag* oder um ein bedingtes *Schenkungsversprechen* im Sinne von Art. 243 OR handeln.<sup>5</sup>

Es liegt möglicherweise ein *abstraktes Schuldbekenntnis* im Sinne des Art. 17 OR vor.<sup>6</sup> Dieses bedarf keiner besonderen Form.<sup>7</sup> Dieses Schuldbekenntnis schafft aber keine Schuld, wo keine war.<sup>8</sup> Es bewirkt bezüglich des Bestehens der Schuld eine Beweislastumkehr.<sup>9</sup> Das Versandhaus könnte folglich zeigen, dass es Tanner nichts schuldet. Zur Zeit des Schuldbekenntnisses (also im Zeitpunkt des Zuschiekens der Gewinnmitteilung) besteht noch keine Schuld. Diese entsteht erst durch Annahme der Offerte des Versandhauses. Denkbar ist aber auch, allfällige Einreden des Versandhauses gegen das Schuldbekenntnis bezüglich der Nichtexistenz einer Forderung wegen Rechtsmissbrauchs gar nicht erst zuzulassen.<sup>10</sup>

Es könnte sich um ein *Schenkungsversprechen* handeln – hier wäre es vielleicht eher eine „gemischte“ Schenkung, denn man muss noch etwas kaufen – dieses bedarf jedoch der einfachen Schriftlichkeit (Art. 243 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 13 Abs. 1 OR),<sup>11</sup> was das Versandhaus dagegen geltend machen könnte. Das Schriftbild zeigt keine eigenhändige Unterschrift – es nennt auch keine Namen, denn niemand kann mit „Care-Team des Versandhauses Kalbermatten“ gültig unterzeichnen.<sup>12</sup> Der Schenkungswille fehlt

<sup>1</sup> Vgl. Huguenin, OR AT, N 218.

<sup>2</sup> Vgl. Huguenin, OR AT, N 219; vgl. BK-Schmidlin, OR 8 N 16.

<sup>3</sup> Vgl. BSK-Bucher, OR 8 N 8, mit weiteren Hinweisen; vgl. CHK-Kut/Schnyder, OR 8 N 2.

<sup>4</sup> Der Versprechensempfänger steht somit schon fest, vgl. die Entscheide in SJZ 1992, S. 254, Erw. 1.1.

<sup>5</sup> Vgl. zum Schenkungsversprechen CHK-Kut/Schnyder, OR 8 N 6 und SJZ 1992, S. 255 f.

<sup>6</sup> Zum Begriff des Schuldbekenntnisses im Sinne des Art. 17 OR vgl. Huguenin, OR AT, N 97; vgl. BSK-Schwenzer, OR 17 N 3.

<sup>7</sup> Vgl. CHK-Kut/Schnyder, OR 17 N 2; vgl. SJZ 2000, S. 592.

<sup>8</sup> Vgl. CHK-Kut/Schnyder, OR 17 N 6: „Die Anerkennungsschuld ist kausal, dh sie entsteht nur, wenn die anerkannte Schuld im Zeitpunkt des Schuldbekenntnisses tatsächlich bestanden hat (...).“; vgl. BK-Schmidlin, OR 17 N 51; Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger, N 1181 f.; vgl. auch Koller, JKR 2001, S. 109 f.

<sup>9</sup> Vgl. SJZ 2000, S. 592.

<sup>10</sup> Vgl. SJZ 2000, S. 594. Die allfällig denkbare Irrtumsanfechtung (vgl. das im Internet nicht publizierte Urteil BGer 4C.261/2001 in AJP 2002, S. 847) wäre mangels Wesentlichkeit nicht zuzulassen – das Versandhaus hat sich allenfalls über das Recht geirrt; anwendbar wäre auch Art. 25 Abs. 1 OR.

<sup>11</sup> Vgl. David Rüetschi, AJP 2002, S. 848; vgl. Koller, „Gewinnversprechen“ und das Bundesgericht – eine Gewinn versprechende Rechtsprechung? Festschrift Walter, S. 393; vgl. SJZ 1992, S. 256.

<sup>12</sup> Vgl. das Urteil des Bezirksgerichts Unterrethental vom 9. Mai 2003 in SJZ 2004, S. 292 ff., 293 f., wonach die faksimilierte Unterschrift aufgrund der Verkehrsüblichkeit genüge (Art. 14 Abs. 1 OR). Im vorliegenden Fall liegt aber keine faksimilierte Unterschrift vor, weil das Care-Team ohnehin nicht gültig unterzeichnen kann.

überdies – klar erkennbar auch für den Vertragspartner – denn das Versandhaus verfolgt klar kommerzielle Interessen.<sup>13</sup> Bejaht man dennoch die gemischte Schenkung – immerhin lässt sich die Wertdisparität schlecht leugnen und das Problem des fehlenden Schenkungswillens mit der Unbeachtlichkeit sogar der von der Gegenpartei erkannten Mentalreservation beseitigen<sup>14</sup> – könnte die Berufung auf das Formerfordernis als rechtsmissbräuchlich zurückgewiesen werden, weil der Übereilungsschutz bei einer wie hier exakt kalkulierten Botschaft die falsche Person schützen würde.<sup>15</sup>

Das Gewinnversprechen stellt folglich ein Angebot zu einem (*Innominat-*)**Vertrag ohne Schenkungselement** dar, den Tanner durch Bestellung der Ware angenommen hat. Das Angebot lautet: *Wir bieten an, Produkte ab Fr. 20 mit einer Prämie von Fr. 50'000 zu liefern.*<sup>16</sup> Der Vertrag muss am Vertrauensprinzip nicht scheitern. Ein vernünftig denkender Leser kann ohne Teilnahme am Wettbewerb zwar nicht im Ernst glauben, dass ihm ein Unternehmen Fr. 50'000 geben will, bloss weil man etwas für Fr. 20 kauft.<sup>17</sup> Aber die Berufung auf eine Mentalreservation ist unbeachtlich, sogar dann, wenn Tanner diese erkannt haben sollte.<sup>18</sup> Der Anspruch auf Fr. 50'000 ist also gegeben – deren Klagbarkeit fällt auch nicht wegen Art. 513 Abs. 1 und 515 Abs. 2 OR weg – die Zuteilung des Preises ist schon erfolgt, deshalb fehlt das aleatorische Element.<sup>19</sup> Es wäre überdies aufgrund der Einseitigkeit des Versprechens nicht als Spielvertrag zu bezeichnen – beim Spielvertrag versprechen sich die Parteien eine Vermögensleistung unter entgegengesetzten Bedingungen, was hier nicht vorliegt.<sup>20</sup> Auch der Spielzweck würde fehlen, denn die Spielveranstalterin verfolgt kommerzielle Interessen.<sup>21</sup> Eine verbotene Lotterie liegt ebenfalls nicht vor. Die Definition in Art. 1 Abs. 2 LG (SR 935.51)<sup>22</sup> erwähnt den Fall, dass ein Einsatz für die Beteiligung an der Lotterie geleistet wird, während vorliegend der Gewinn aufgrund der Losziehung jedoch bereits feststeht.<sup>23</sup>

#### Weiterführende Literatur und Materialien zum Gewinnversprechen:

- Thomas Koller, „Gewinnversprechen“ und das Bundesgericht – eine Gewinn versprechende Rechtsprechung? Festschrift Walter, S. 377 ff., Internet: [http://www.ziv.unibe.ch/lenya/ziv/live/koller/koller/publikationen/festschrift\\_hans\\_peter\\_walter\\_05\\_gewinnversprechen.pdf](http://www.ziv.unibe.ch/lenya/ziv/live/koller/koller/publikationen/festschrift_hans_peter_walter_05_gewinnversprechen.pdf) (abgerufen am 7. November 2009).
- Thomas Koller, Gewinnversprechen – schuld- und lauterkeitsrechtliche Aspekte, JKR 2001, S. 85 ff., Internet: [http://www.ziv.unibe.ch/lenya/ziv/live/koller/koller/publikationen/jkr\\_01\\_gewinnversprechen.pdf](http://www.ziv.unibe.ch/lenya/ziv/live/koller/koller/publikationen/jkr_01_gewinnversprechen.pdf) (abgerufen am 7. November 2009).

<sup>13</sup> Zu diesem Aspekt Koller, FS Walter, S. 393 und Koller, JKR 2001, S. 106 ff.; zum Erfordernis des Schenkungswillens siehe BSK-Vogt, OR 239 N 1.

<sup>14</sup> Vgl. unten, Fn. 18.

<sup>15</sup> Vgl. dazu Koller, FS Walter, S. 394.

<sup>16</sup> Vgl. die Formulierung in Erw. 2 von RBOG 2003, Nr. 15: „*Erkläre jedoch der Veranstalter seinen Antrag auf Abschluss eines Rechtsgeschäfts hinreichend klar, so dass der Empfänger nach Treu und Glauben schliessen dürfe, Inhalt des Angebots sei neben der Warenlieferung die Auszahlung eines bestimmten Gewinns gegen Leistung der Bezahlung des Warenpreises, so sei der Veranstalter an dieses Angebot unbesehen der (fehlenden) Wertparität der Leistungen gebunden. Sofern der Empfänger das Angebot daher akzeptiere, habe der Veranstalter - unter Vorbehalt der Art. 21 und 23 ff. OR - neben der bestellten Ware auch den versprochenen Gewinnanteil zu leisten (BGE vom 19. Dezember 2001, 4C.261/2001, Erw. 2b mit Hinweis auf BGE 115 II 236).*“

<sup>17</sup> Vgl. Koller, FS Walter, S. 390; vgl. aber Urteil BGer 4C.261/2001 (nicht im Internet abrufbar, sondern nur abgedruckt in AJP 2002, S. 846 f.) und den Entscheid des Obergerichts Thurgau in RBOG TG 2003, Nr. 15, S. 109 ff.

<sup>18</sup> Vgl. Gauch/Schluop/Schmid/Emmenegger, N 835; vgl. Koller, FS Walter, S. 390; vgl. BK-Kramer, OR 1 N 54; a.M. Rüetschi, AJP 2002, S. 847.

<sup>19</sup> Vgl. Urteil BGer 4C.261/2001 (in AJP 2002, S. 845 ff., 846); vgl. auch Koller, FS Walter, S. 391 f.

<sup>20</sup> Vgl. BSK-Bauer, OR 513 N 1 f.

<sup>21</sup> Vgl. Koller, FS Walter, S. 392; vgl. das Urteil des Bezirksgerichts Unterrheintal vom 9. Mai 2003 in SJZ 2004, S. 292 ff., 293; vgl. auch BSK-Bauer, OR 513 N 2.

<sup>22</sup> Vgl. Art. 1 Abs. 2 LG: „*Als Lotterie gilt jede Veranstaltung, bei der gegen Leistung eines Einsatzes oder bei Abschluss eines Rechtsgeschäftes ein vermögensrechtlicher Vorteil als Gewinn in Aussicht gestellt wird, über dessen Erwerbung, Grösse oder Beschaffenheit planmässig durch Ziehung von Losen oder Nummern oder durch ein ähnliches auf Zufall gestelltes Mittel entschieden wird.*“

<sup>23</sup> So auch das Bundesgericht im Urteil 4C.261/2001, zitiert nach Koller, FS Walter, S. 391.

- Entscheid des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 9. Januar 2003, in RBOG TG 2003, Nr. 15: <http://ogbuch.tg.ch/> (RBOG 2003, wählen, dort Nr. 15; abgerufen am 7. November 2009).

I.3. Es handelt sich um eine Auslobung im Sinne von Art. 8 Abs. 1 OR. Es wird öffentlich (in der NZZ, siehe oben) eine Leistung versprochen. Es liegt der Sonderfall des *Preisausschreibens* vor, denn nur die *erste Person*, die den Test entwickelt, kann die versprochene Leistung erhalten.<sup>24</sup> Koller tritt jedoch von diesem Versprechen zurück. Der Rücktritt von der Auslobung ist in Art. 8 Abs. 2 OR geregelt. Gemäss dieser Norm ist Ersatz für Auslagen geschuldet. Die Auslagen müssen jedoch *auf Grund der Auskündigung in guten Treuen* gemacht worden sein. Tanner hat gemäss Sachverhalt nicht auf Grund der Auskündigung gehandelt – er hatte vom Preisausschreiben gar keine Ahnung. Seine Ausgaben erfolgten auch nicht in guten Treuen, denn sie standen in keinem vernünftigen Verhältnis zum versprochenen Preis.<sup>25</sup> Art. 8 Abs. 2 OR begrenzt die Ersatzpflicht ohnehin auf die Höhe der versprochenen Leistung. Tanner hat folglich keinen Anspruch auf die versprochene Leistung. Er kriegt aber auch keine Ersatzleistung.

II. Tanner hat vorliegend einen Werkvertrag mit Weber geschlossen. Gegen die Haftungsfreizeichnung sprechen die folgenden *drei Argumente*:

- Die Haftungsfreizeichnung auf 1/3 des bezahlten Preises hat Weber nach der Bezahlung, also auch nach dem Vertragsschluss „hineingeschuggelt“. Das ist jedoch zu spät. Die Parteien müssen allgemeine Geschäftsbedingungen *in den Vertragsschluss einbeziehen*, sonst erlangen sie keine Geltung.<sup>26</sup> Tanner hatte keine Gelegenheit, von den AGB Kenntnis zu nehmen und der Vertragsschluss liegt schon weit zurück. Die Haftungsfreizeichnung wurde deshalb nicht Bestandteil des Vertrages. Nach Treu und Glauben kann Weber auch nicht erwarten und es ist unzumutbar, dass ein Kassabon speziell zu Kenntnis genommen werden muss. Die nachgeschobenen AGB stellen nur noch eine Offerte zur Änderung des bereits geschlossenen Vertrages dar, die aufgrund ihrer Nachteiligkeit sich für die stillschweigende Annahme nicht eignet.<sup>27</sup>
- Wäre die Freizeichnung Bestandteil des Vertrages geworden, wäre sie vorliegend dennoch nicht anwendbar. Für Freizeichnungen gilt die Grenze des zwingenden Art. 100 OR. Die zum voraus erklärte Freizeichnung ist nichtig im Sinne von Art. 19 und 20 OR, wenn es um Absicht oder grobe Fahrlässigkeit geht. Der unabhängige Unfallexperte hat festgestellt, dass derartige Konstruktions- und Fabrikationsfehler nicht einmal Laien hätte unterlaufen sollten. Dies ist das typische Erkennungsmerkmal für die *grobe Fahrlässigkeit* – die haftpflichtige Person verletzt elementarste Vorsichtsgebote, deren Befolgung sich vernünftigen Personen in der gleichen Situation aufdrängt („*Wie konnte er nur!*“).<sup>28</sup> Die Freizeichnung von 2/3 des Schadens ist folglich aufgrund des Art. 100 Abs. 1 OR ungültig.
- Die Freizeichnung ist insoweit unzulässig, als sie die Haftung für Körperschäden betrifft.<sup>29</sup> Es wäre ein Fall der Sittenwidrigkeit gemäss Art. 19 und 20 OR. Vorliegend geht es um Heilungskosten aufgrund von Körperschäden.

Nicht gefragt waren Argumente, die auf ausservertraglichen Argumenten beruhen – beispielsweise die Nichtigkeit einer Freizeichnung nach Art. 8 PrHG oder die generelle Frage, ob ein vertraglicher Haftungsausschluss auch für ausservertragliche Ansprüche gilt.<sup>30</sup>

<sup>24</sup> Vgl. Huguenin, OR AT, N 220; vgl. CHK-Kut/Schnyder, OR 8 N 14.

<sup>25</sup> Vgl. zu diesem Kriterium CHK-Kut/Schnyder, OR 9 N 17.

<sup>26</sup> Vgl. Huguenin, OR AT, N 414.

<sup>27</sup> Vgl. Koller, OR AT, § 23 N 16.

<sup>28</sup> Vgl. Huguenin, OR AT, N 634; vgl. CHK-Müller, OR 41 N 15.

<sup>29</sup> Vgl. CHK-Furrer/Wey, OR 100 N 19; vgl. BSK-Wiegand, OR 100 N 4.

<sup>30</sup> Vgl. dazu BSK-Wiegand, OR 100 N 3; vgl. Huguenin, OR AT, N 741.