

Leitsatz:

Eine verbindliche Auslobung und nicht lediglich ein unverbindliches Gewinnspiel liegt vor, wenn gemessen an den Interessen des Initiators und der von ihm abverlangten Handlung festzustellen ist, dass zumindest ein wirtschaftliches oder sonstiges Interesse des Initiators an der verlangten Handlung oder dem verlangten Erfolg, ein seriöser Zweck, die besondere Schwierigkeit der Handlung oder das Fehlen von Zufallselementen als so bestimmend angesehen werden muss, dass bei wertender Betrachtung dem Fehlen anderer Kriterien keine überwiegende Bedeutung mehr zukommt und deshalb der Empfänger die Erklärung des Initiators als verbindlich ansehen durfte.

*§§ 307, 657 f., 762 BGB*

*Urteil des Oberlandesgericht Dresden vom 16.11.2010 – 8 U 210/10  
(das Urteil ist rechtskräftig)*



Oberlandesgericht  
Dresden

### **Zum Sachverhalt:**

Der Kläger hat von der Beklagten die Übereignung eines Volkswagen Cross Polo verlangt, der - nach seiner Auffassung - von der Beklagten im Rahmen eines Gewinnspiels verbindlich versprochen worden sei. Die Beklagte ist der Auffassung, dass ein unverbindliches Spiel vorgelegen habe und zudem spätestens in der Finalrunde klargestellt worden sei, dass der Gewinn lediglich in einem zweijährigen Nutzungsrecht liege.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und vertreten, dass ein verbindlicher Anspruch bestehe, da wegen des mit der Veranstaltung verfolgten wirtschaftlichen Zwecks nicht lediglich ein Spiel vorliege. Als Gewinn sei das Eigentum am VW Cross Polo und nicht lediglich ein Nutzungsrecht versprochen worden. Ein wirksamer Widerruf hinsichtlich des zunächst zu gewinnenden VW Polo sei nicht erklärt worden.

Die dagegen gerichtete Berufung der Beklagten blieb ohne Erfolg.

### **Aus den Gründen:**

Die zulässige Berufung ist unbegründet. Das Landgericht hat die Beklagte zu Recht zur Übereignung und Herausgabe des in Rede stehenden VW Cross Polo verurteilt.

#### I.

Die Klage ist zulässig.

Dem steht nicht entgegen, dass auf den Gewinnspielkarten, die den (potentiellen) Teilnehmern ausgehändigt wurden, der Rechtsweg ausgeschlossen wurde. Wurde - wovon auszugehen ist (sogleich Ziffer II.) - von der Beklagten tatsächlich nicht nur eine Wette oder ein Spiel veranstaltet, sondern der VW Cross Polo i.S.d. § 657 BGB verbindlich ausgelobt, ist der Ausschluss des Rechtswegs nicht wirksam. Ein ersatzloser Ausschluss des Rechtsweges überschreitet die Grenze privatautonomer Gestaltungsfreiheit und ist daher unwirksam (Seiler, in: Münchner Kommentar zum BGB, 5. Aufl., § 657 Rn. 23 m.w.N.; Bergmann, in: Staudinger, BGB, 2006, § 657 Rn. 92). Er verstößt gegen § 307 Abs. 1 BGB (Bergmann, aaO.; a. A. LG Hannover, Urteil vom 30.03.2009 - 1 O 77/08, NJOZ 2009, 2918 ff.); jedenfalls ist darin aber ein gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) verstößendes widersprüchliches Verhalten der Beklagten zu sehen.

1. Die in der Registrierungskarte enthaltene Klausel hält einer AGB-rechtlichen Überprüfung nicht stand.

- a) Die Bestimmung unterfällt den Regelungen der §§ 305 ff. BGB (LG Hannover, aaO.; Bergmann, aaO.), obwohl es sich bei der Auslobung um eine einseitige Erklärung handelt und dadurch ein schuldrechtlicher Vertrag nicht begründet wird.

- aa) Einseitige Rechtsgeschäfte unterliegen - zumindest in analoger Anwendung - den Regelungen der §§ 305 ff., soweit - wie hier - eine gesetzlich geregelte Rechtsposition des Erklärungsempfängers näher ausgestaltet oder eingeschränkt werden soll (Beckmann, NJW 1996, 1378 [1379] m.w.N.; auch: Basedow, Münchner Kommentar zum BGB, aaO., § 305 Rn. 11 a. E.; Palandt/Grünberg, BGB, 69. Aufl. 2010, § 305 Rn. 4 m.w.N.; a. A. KG, Beschluss vom 16.09.1981, 21 W 3129/81, NJW 1981, 2822; Schlosser: in Staudinger, aaO., § 305 Rn. 10 m.w.N.).
- bb) Soweit die Beklagte einwendet, sie sei keine Unternehmerin, ist dies unerheblich. Als Verwender i.S.d. § 305 Abs. 1 BGB kommt auch jede Privatperson in Betracht. Lediglich dann, wenn sie gegenüber einem Unternehmer verwendet werden, finden bestimmte Vorschriften der §§ 305 ff. BGB keine Anwendung.
- cc) Die auf der Gewinnspielkarte enthaltenen Bedingungen sind ferner für eine "Vielzahl von Verträgen" i.S.d. § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB von der Beklagten vorgesehen. Dabei ist nicht maßgeblich, dass die Beklagte zunächst lediglich eine Erklärung - bezogen auf den Gewinn des VW Cross Polo - abgegeben hatte. Entscheidend ist vielmehr, dass der Rechtswegausschluss gegenüber einer Vielzahl von (potentiellen) Teilnehmern im Rahmen ihrer jeweiligen Registrierung zum Inhalt des Gewinnspiels gemacht werden sollte und die Klausel deshalb mehrfach verwendet worden ist.
- b) Der Ausschluss des Rechtswegs ist wegen unangemessener Benachteiligung des Klägers gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam. Die Auslobung begründet - anders als Wette und Spiel - einen verbindlichen Anspruch gegen den Auslobenden; es wird ein bindendes Versprechen abgegeben. Kann dieser Anspruch nun aber gerichtlich nicht durchgesetzt werden, wird er - obwohl gesetzlich vorgesehen - letztlich insgesamt ausgeschlossen. Damit wird von einer wesentlichen gesetzlichen Regelung in einer Weise abgewichen, die den Auslobungsempfänger gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unangemessen benachteiligt. Dies hat zur Folge, dass der Ausschluss des Rechtswegs nicht wirksam vereinbart worden ist.

Diese Benachteiligung wird nicht - wie teilweise vertreten (LG Hannover aaO.) - dadurch relativiert, dass der Auslobungsempfänger keine Gegenleistung erbringen und kein besonderes wirtschaftliches Risiko eingehen muss. Vorliegend wird demjenigen, der das ausgelobte Fahrzeug erhalten soll, eine Leistung abverlangt, die nicht allein darin liegt, dass er im Wettstreit mit weiteren Mitbewerbern die meisten Fragen richtig beantwortet, sondern bereits darin, dass er an einer Werbeveranstaltung (dem Gewinnspiel) teilzunehmen hat. Er dient damit den wirtschaftlichen Interessen der Beklagten, die ohne Teilnehmer am Gewinnspiel ihre Werbeveranstaltung im beabsichtigten Umfang nicht durchführen könnte. Insofern erbringt der jeweilige Teilnehmer auch eine Leistung, die der Beklagten dient.

- c) Die Klausel verstößt zudem gegen § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB, denn sie ist nicht klar und verständlich.

Es bleibt schon offen, ob der Rechtsweg tatsächlich - so wie es nunmehr die Beklagte für sich in Anspruch nimmt - insgesamt ausgeschlossen werden sollte oder ob lediglich gemeint ist, dass sich der Auslobende bei der Bestimmung des Gewinners ein Ermessen vorbehält und dies nicht justiziabel sein soll (vgl. Seiler, aaO.). Bei Gewinnspielen der vorliegenden Art wäre dies durchaus denkbar, et-

wa, wenn es um die Richtigkeit der Antwort auf eine bestimmte Frage geht, für die sich herausstellt, dass sie nicht präzise zu beantworten ist.

Gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB hat diese Unklarheit ebenfalls bereits die Unwirksamkeit der Klausel zur Folge. Selbst wenn man dies nicht teilen würde, müsste die Klausel zu Gunsten des Klägers so verstanden werden, dass der vorgesehene Ausschluss des Rechtsweges nicht auch der Klagbarkeit des Anspruches insgesamt entgegenstehen sollte.

2. Selbst wenn man aber in den auf der Teilnehmerkarte aufgedruckten Regelungen keine Allgemeinen Geschäftsbedingungen sehen würde, dann wäre der dort enthaltene Ausschluss des Rechtswegs jedenfalls an § 242 BGB zu messen. Ergibt aber die Auslegung der Erklärung des Veranstalters eines Gewinnspiels, dass sie einerseits als verbindliche Auslobung zu verstehen ist, setzt er sich dazu in Widerspruch, wenn er andererseits den Rechtsweg ausschließt und damit die Durchsetzbarkeit dieses Anspruches wieder beseitigt. Ein solch widersprüchliches Verhalten verstößt nicht nur gegen § 307 Abs. 1 BGB, sondern unabhängig davon auch gegen Treu und Glauben.

## II.

1. Das Landgericht hat zu Recht angenommen, dass das von der Beklagten veranstaltete "Gewinnspiel" nicht lediglich ein unverbindliches Spiel i.S.d. § 762 BGB darstellt, sondern eine Auslobung i.S.d. § 657 BGB, die für den Kläger, der die Endrunde der Veranstaltung für sich entschieden hat, einen einklagbaren Anspruch begründet hat.

- a) Die Kriterien der Abgrenzung eines (unverbindlichen) Spieles gegenüber einer (verbindlichen) Auslobung sind in Rechtsprechung und Literatur umstritten.

Teilweise wird vertreten, dass die Auslobung zu einer Tätigkeit veranlassen will, die vorwiegend in der Herbeiführung eines Erfolges liegt. Bei Wette oder Spiel wollten die Teilnehmer hingegen nicht, dass die jeweils anderen Erfolg haben (so das LG Trier im Jahr 1904 im sog. Hoensbroech-Dasbach-Fall; hierzu: Gerken, JA 2004, 67; Bergmann, aaO., Rn. 41). Einige Stimmen (hierzu: Gerken, aaO. S. 761 m.w.N.; Bergmann, aaO., Rn. 44; Seiler, aaO., Rn. 24) stellen eher darauf ab, ob die Handlungen, welche die Empfänger der Willenserklärung vornehmen sollen, der Unterhaltung (dann Wette/Spiel) oder einem seriösen Zweck dienen (dann Auslobung). Andere wiederum (OLG Hamm, Urteil vom 05.11.1999 - 29 U 26/99 Rn. 5 f, OLGR Hamm 2000, 238 f [zitiert nach juris]; vgl. Bergmann, aaO. Rn. 43 a. E.; Kornblum, JuS 1980, 801; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.01.1997 - 22 W 77/96, NJW 1997, 2122; OLG Stuttgart, Urteil vom 19.02.1986 - 1 U 166/85, MDR 1986, 756) halten hingegen die Schwierigkeit der verlangten Handlung für maßgeblich; nur schwierige Handlungen seien geeignet, einen verbindlichen Anspruch im Wege einer Auslobung zu begründen. Die wohl herrschende Auffassung (hierzu: Gerken, aaO., S. 761 m.w.N.; Bergmann, aaO., Rn. 43; Seiler, aaO., Rn. 24; Ernst, NJW 2006, 186 [188]) stellt - ohne freilich auf andere Abgrenzungskriterien vollständig zu verzichten - vor allem darauf ab, ob einem herbeizuführenden Erfolg ein Zufallselement innewohnt (dann Wette/Spiel) oder nicht (dann Auslobung).

- b) Nach Auffassung des Senats sind die vorgenannten Gesichtspunkte einer Gesamtwürdigung zu unterziehen, ohne dass einem dieser Kriterien ein entscheidender Vorrang einzuräumen wäre. Eine Auslobung liegt demnach vor, wenn gemessen an den Interessen des Initiators und der von ihm abverlangten Handlung festzustellen ist, dass zumindest eines dieser Merkmale - sei es ein wirtschaftliches oder sonstiges Interesse des Initiators an der verlangten Handlung oder dem verlangten Erfolg, ein seriöser Zweck, die besondere Schwierigkeit der Handlung oder

das Fehlen von Zufallselementen - so bestimmend ist, dass bei wertender Betrachtung dem Fehlen anderer Kriterien keine überwiegende Bedeutung mehr zukommt und deshalb der Empfänger die Erklärung des Initiators als verbindlich ansehen durfte (ähnlich auch: OLG Karlsruhe, Urteil vom 25.07.1980 - 14 U 228/78, Justiz 1980, 436 f).

- b) Gemessen daran stellt das von der Beklagten veranstaltete Gewinnspiel kein Spiel i.S.d. § 762 BGB dar, sondern der VW Polo ist von ihr verbindlich gemäß § 657 BGB ausgelobt worden (so für Quizzsendungen ganz allgemein, allerdings ohne nähere Begründung: OLG München, Urteil vom 28.07.2005 - U (K) 1834/05 - NJW-RR 2005, 1401 ff).

- aa) Stellt man nur darauf ab, ob die Klägerin unmittelbar an der Lösung der Fragen interessiert ist, das Spiel als schwierig anzusehen ist oder der Gewinn vom Zufall abhängt, ergibt sich noch kein klares Ergebnis.

Der Beklagten kam es zwar nicht unmittelbar darauf an, dass das von ihr - über sechs Runden mit sechs Kandidaten nach einem K.o.-System - veranstaltete Bilderrätsel tatsächlich gelöst wird. Den Kandidaten wurden Bilder gezeigt, die Alltagsgegenstände zeigten, die praktisch jeder kennt. Die Schwierigkeit bestand für die Teilnehmer aber darin, den jeweiligen Gegenstand als erster in den zunächst nur ausschnittweise gezeigten, auf Details des Bildes beschränkten, Zoomstufen zu erkennen. Auch wenn die Kandidaten zuvor ausgelost wurden und insoweit der Zufall entschied, wer überhaupt als Kandidat teilnehmen darf, war das Erkennen der gezeigten Gegenstände dann nicht mehr entscheidend vom Zufall, sondern maßgeblich von der Auffassungsgabe der Kandidaten und ihrer Reaktionsschnelligkeit abhängig.

- bb) Für die Annahme einer verbindlichen Auslobung fällt dann aber entscheidend ins Gewicht, dass die Beklagte nicht ganz allgemein einen spielerischen Wettkampf zu reinem Unterhaltungszweck veranstaltet hat, sondern sie darüber hinaus eigene handfeste wirtschaftliche Interessen mit der Veranstaltung verfolgte, nämlich für das .....-Center zu werben und insbesondere über das Gewinnspiel Teilnahmeinteressenten und Zuschauer in das Einkaufszentrum während des Weihnachtsgeschäftes anzulocken und damit auch potentielle Kunden zu werben. Ohne Kandidaten für das von ihr veranstaltete Gewinnspiel um den VW Cross Polo - nach Aussage des Zeugen W. der Höhepunkt mehrerer Veranstaltungen und Werbeaktionen - hätte die Werbemaßnahme nicht funktioniert. Die Beklagte bedurfte also letztlich zwingend des Auftritts der ausgelosten Kandidaten und damit auch des Klägers. Auch aus Sicht der Kandidaten stellte sich die Erwartung auf einen Gewinn nicht nur als eine "Belohnung" für ihre Auffassungsgabe, sondern als "Gegenleistung" für ihre Auftritte auf offener Bühne innerhalb einer Werbemaßnahme der Beklagten dar. Für die Beklagte stand hinter dem "Spiel" ein über spielerische Unterhaltung hinausgehender seriöser Zweck, nämlich das Ziel, die wirtschaftlichen Interessen seiner Gesellschafter zu fördern. Dass die Veranstaltung nur mittelbar geeignet war, diesem Zweck zu dienen, ist für die Abgrenzungsfrage ohne Bedeutung.

- cc) Den daraus für den Kläger entstehenden Eindruck einer verbindlichen Zusage des Gewinns konnte die Beklagte nicht dadurch wieder beseitigen, dass sie in den Gewinnspielkarten den Rechtsweg ausgeschlossen hat. Wie bereits ausgeführt, ist die Klausel auch wegen Verstoßes gegen § 307 BGB unwirksam; zudem liegt darin ein widersprüchliches Verhalten (s. o. Ziffer I).

2. Gegenstand der Auslobung war, dass dem Gewinner der in Rede stehende VW Cross Polo zu übereignen und nicht lediglich für zwei Jahre zur Nutzung zu überlassen ist.

a) Die Beklagte hatte in einer Anzeige in der regionalen Tageszeitung "Freie Presse" vom 16.12.2008 (Anlage K 1) den Gewinn eines VW Polo ausgelobt ("VW POLO ZU GEWINNEN!"); ein einschränkender Zusatz, dass damit lediglich ein zweijähriges Nutzungsrecht gemeint sei, war nicht angefügt. Diese Auslobung wurde in den an die Teilnehmer ausgegebenen Gewinnspielkarten, die Voraussetzung für die Registrierung und damit die Teilnahme waren (Anlage K 2), wiederholt. Auch dort ist von einer Einschränkung auf ein bloßes Nutzungsrecht nicht die Rede. Vielmehr wird auch auf der Rückseite lediglich davon gesprochen, dass "der VW Cross Polo" unter den sechs Finalteilnehmern ausgespielt werde. Nach dem maßgeblichen Empfängerhorizont konnte die Ankündigung, ein Pkw sei "zu gewinnen", nur dahingehend verstanden werden, dass der Gewinner des Spiels dann auch Eigentümer werden sollte.

b) Die Beklagte hat diese Auslobung auch nicht wirksam widerrufen.

aa) Zwar kann gemäß § 658 Abs. 1 BGB die Auslobung noch bis zur Vornahme der Handlung - gemeint ist die Vollendung der Handlung (Seiler aaO., § 658 Rn. 5) - widerrufen werden; auch eine Änderung der Bedingungen ist durch Widerruf möglich. Der Widerruf ist eine rechtsgeschäftliche Erklärung, die entweder - nicht empfangsbedürftig - in der Art abgegeben werden muss, in der auch die Auslobung erfolgt (Palandt/Sprau, aaO., § 658 Rn. 1) oder durch - empfangsbedürftige - Erklärung gegenüber bestimmten Personen erfolgen muss, denen gegenüber widerrufen werden soll (BGH, Beschluss vom 28.09.2006 - III ZR 295/05).

bb) Ein solcher Widerruf kann nicht mit der erforderlichen Gewissheit (vgl. Thomas/Putzo, ZPO, 31. Aufl., § 286 Rn. 2) festgestellt werden. Insbesondere kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Gewinn von der Beklagten vor Ende der Finalrunde wirksam dahingehend eingeschränkt worden ist, dass lediglich ein zweijähriges Nutzungsrecht am Polo gemeint ist.

... (wird ausgeführt)

3. Der Kläger hat deshalb einen Anspruch auf Übereignung des im Tenor näher bezeichneten VW Polo. Dieser ist gegenüber dem Teilnehmer am Gewinnspiel auch bereits konkretisiert gewesen, weil er - dies hat der Zeuge W. bestätigt - vor dem Einkaufszentrum ausgestellt wurde und nach der Gesamtsituation davon auszugehen war, dass konkret dieses Fahrzeug der Gewinn sein sollte. Die Beklagte ist zwar augenscheinlich nicht Eigentümerin dieses Fahrzeuges. Sie hat aber auch nicht eingewandt, dass sie nicht in der Lage sei, das Fahrzeug, welches sich nach Aussage des Prozessbevollmächtigten der Beklagten noch bei dem Händler befinde, anzukaufen. Deshalb kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Übereignung und Verschaffung des Besitzes unmöglich sei (vgl. Ernst, in: Münchener Kommentar zum BGB, aaO., § 275 Rn. 53).

...

(Mitgeteilt von den Mitgliedern des 8. Zivilsenates des OLG Dresden)