

Claudia Keller

Rechtsanwältin LL.M.
Wenger & Vieli AG Rechtsanwältin
CH - 8034 Zürich
T +41 58 958 58 58
c.keller@wengervieli.ch
www.wengervieli.ch

**Claudia Keller**

Die Schweiz bekommt ein neues Geldspielgesetz (BGS). Das Datum des Inkrafttretens ist derzeit noch unbestimmt. Ursprünglich vorgesehen war der 1. Januar 2019. Das Geldspielgesetz ersetzt das Spielbankengesetz vom 18. Dezember 1998 sowie das Lotteriegelgesetz vom 8. Juni 1923. Im Rahmen einer aufgrund eines Referendums gegen das Geldspielgesetz notwendigen Volksabstimmung hat sich die Schweizer Bevölkerung am 10. Juni 2018 mit einer Mehrheit von 87% für das neue Geldspielgesetz ausgesprochen. Im Vorfeld heftig diskutiert wurde die Zulassung von Online-Geldspielen (Poker, Black Jack oder Roulette) durch Casinos mit Sitz in der Schweiz und die in diesem Zusammenhang im Geldspielgesetz verankerte «Netzsperr». Letztere soll auf technischer Ebene sicherstellen, dass der Zugriff auf Online-Geldspiele ausländischer Anbieter durch das Schweizer Publikum verunmöglicht werden. Wenig bis gar nicht diskutiert wurden hingegen die Erleichterungen hinsichtlich der Durchführung von Wettbewerben und Gewinnspielen als verkaufsfördernde Marketingmassnahmen. Diese Änderungen wurden in letzter Minute vom Parlament beschlossen. Der vorliegende Beitrag widmet sich diesem Thema.

DAS NEUE GELDSPIELGESETZ – ERLEICHTERUNG FÜR GEWINN- SPIELE UND VERLOSUNGEN

Wettbewerbe und Gewinnspiele unter geltendem Lotterierecht

Nach geltendem Recht sind Lotterien grundsätzlich unzulässig. Eine Lotterie liegt gemäss Lotteriegelgesetz (LG) vor, wenn die drei nachfolgenden Merkmale gegeben sind (Art. 1 Abs. 2 LG):

- für die Teilnahme muss ein Einsatz geleistet oder ein Rechtsgeschäft abgeschlossen werden;
- es wird ein vermögensrechtlicher Vorteil als Gewinn in Aussicht gestellt, und
- die Ermittlung des Gewinners/der Gewinner wird durch ein auf Zufall gestelltes Mittel entschieden (bspw. über Ziehung von Nummern oder Losen).

Eine Ausnahmeregelung besteht für Tombolas an Unterhaltungsanlässen (kantonal geregelt) und Lotterien zu gemeinnützigen oder wohltätigen Zwecken mit entsprechender Bewilligung.

Gemäss Lotterieverordnung (LV) sind Wettbewerbe und Gewinnspiele jeder Art, welche die oben genannten Merkmale aufweisen den Lotterien gleichgestellt, sprich ebenfalls unzulässig. Ein Unternehmen, das als verkaufsfördernde Massnahme die Teilnahme an einem Wettbewerb oder einem Gewinnspiel an den Kauf von Produkten koppelt, veranstaltet folglich eine unzulässige lotterieähnliche Veranstaltung. Die Durchführung einer solchen lotterieähnlichen Veranstaltung ist strafbar und kann mit Busse bis CHF 10'000 geahndet werden (Art. 38 Abs. 1 LG).

Das Lotterieverbot kann in der Praxis allerdings relativ einfach umgangen werden, indem die Koppelung zwischen Leistung eines Einsatzes bzw. Kauf einer Ware oder Dienstleistung und Wettbewerbsteilnahme durch Gewährung einer gleichwertigen Gratisteilnahmemöglichkeit durchbrochen wird. In der Praxis geschieht dies durch Hinweise wie «kein Kaufzwang» und das Anbieten alternativer Teilnahmemöglichkeiten wie beispielsweise den Bezug von Gewinncodes

ausserhalb eines Produktkaufs. Massgeblich für die Zulässigkeit dieses Mechanismus ist, dass die Gratisteilnahmemöglichkeit gleichwertig ist und subjektiv auch als gleichwertig wahrgenommen wird, d. h. dass das Publikum aufgrund der Anpreisung und Ausgestaltung der Gratisteilnahmemöglichkeit glaubt, es handle sich um eine Teilnahmemöglichkeit mit gleichen Chancen wie die Teilnahme per Produktkauf. Gewinnspiele und Wettbewerbe sind beliebte Instrumente zur Verkaufsförderung und die Anforderungen an die Gleichwertigkeit der Gratisteilnahme hängen von der konkreten Marketingmassnahme ab. Vor ein paar Jahren sahen sich Schweizer Grossverteiler mit dem Vorwurf der Durchführung unzulässiger lotterieähnlicher Veranstaltungen konfrontiert. Ein Grossverteiler veranstaltete eine Gewinnverlosung namens «Mega Win» im Rahmen welcher Kunden bei einem Einkauf ab 20 Franken pro 20 Franken Einkaufswert eine Packung mit entsprechenden Sammelmarken bekamen (maximal 10 Packungen pro Einkauf). Es war eine Gratisteilnahmemöglichkeit vorgesehen, indem die Stickerpackungen auch ohne Einkauf über ein Formular bestellt werden konnten, allerdings limitiert auf maximal 3 Packungen pro Tag. Die Aufsichtsbehörde Comlot erachtete die Ausgestaltung der Gratisteilnahmemöglichkeiten, namentlich die Beschränkung auf 3 Packungen pro Tag, und deren Kommunikation für ungenügend und intransparent und reichte Strafanzeige ein. Die zuständigen Strafbehörden kamen zum Schluss, dass Personen, die Produkte einkauften, grössere Gewinnchancen hatten als Personen, welche die Gratisteilnahmemöglichkeit nutzten. Mangels Chancengleichheit wurde folglich eine Verletzung des Lotterierechts bejaht und eine Busse verhängt. Das relativ geringe Strafmass von max. 10'000 Franken Busse bei Verstössen gegen das aus dem Jahre 1923 stammende Lotteriegelgesetz wurde als wenig abschreckend kritisiert.

In diesem Zusammenhang ist allerdings zu bedenken, dass das Lotteriegelgesetz vor allem den Zweck verfolgt, die Förderung der Spielsucht zu verhindern und diese zu bekämpfen. Wohl zu Recht wurde in der Diskussion um die Gleichwertigkeit von Gratisteilnahmen darauf hingewiesen, dass von diesen verkaufsfördernden Massnahmen anders als bei klassischen Geldspielen weniger die Gefahr ausgeht, die Spielsucht zu fördern. Im Entwurf zum Geldspielgesetz war ursprünglich dennoch vorgesehen, die Pflicht zur Gratisteilnahme in das Geldspielgesetz zu übernehmen. In den parlamentarischen Beratungen hingegen herrschte bis fast zum Ende der Debatte Uneinigkeit über die Regelung von Gewinnspielen als verkaufsfördernde Massnahme. Am Ende setzte sich die Ansicht durch, dass eine Koppelung einer Gewinnspielteilnahme an den Kauf eines Produkts der einer Dienstleistung ohne Gratisteilnahmemöglichkeit unter bestimmten Voraussetzungen zulässig sein soll.

Gewinnspiele und Verlosungen unter dem neuen Geldspielgesetz

Das Geldspielgesetz regelt die Zulässigkeit von Geldspielen und deren Durchführung sowie die Verwendung der Spielerträge. Vom Anwendungsbereich des Geldspielgesetzes ausgenommen sind unter anderem:

- kurzzeitig zur Verkaufsförderung durchgeführte Lotterien und Geschicklichkeitsspiele, von denen keine Gefahr von exzessivem Geldspiel ausgeht und bei denen die Teilnahme ausschliesslich über den Kauf von Waren oder Dienstleistungen erfolgt, die zu höchstens marktkonformen Preisen angeboten werden (Art. 1 Abs. 2 lit. d BGS)
- durch Medienunternehmen kurzzeitig zur Verkaufsförderung durchgeführte Lotterien und Geschicklichkeitsspiele, von denen keine Gefahr von exzessivem Geldspiel ausgeht und an denen zu den gleich guten Zugangs- und Teil-

nahmebedingungen wie bei Leistung eines geldwerten Einsatzes oder bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts auch gratis teilgenommen werden kann (Art. 1 Abs. 2 lit. e BGS).

Mit Inkrafttreten des Geldspielgesetzes wird daher die Kopplung der Gewinnspielteilnahme an einen Kauf von Produkten zulässig, sofern das Gewinnspiel kurzzeitig und zur Verkaufsförderung durchgeführt wird und das Gewinnspiel keine Gefahr von exzessivem Geldspiel schafft. Gemäss Botschaft dient ein Gewinnspiel dann Verkaufsförderungszwecken, wenn es an den Kauf eines Produkts oder an die Inanspruchnahme einer Dienstleistung gekoppelt ist oder anderweitig eine Kundenbindungsmassnahme darstellt. Wann ein Gewinnspiel allerdings als «kurzzeitig» gilt, ist nicht definiert und wird auch im Entwurf der Ausführungsverordnung zum Geldspielgesetz nicht präzisiert. Ebenso wenig ist klar, wann von einem Gewinnspiel mit Kopplung an einen Produktkauf bzw. Dienstleistungsbezug die Gefahr von exzessivem Geldspiel ausgeht.

Eine schärfere Regelung gilt für Medienunternehmen, welche für kurzzeitig zur Verkaufsförderung durchgeführte Gewinnspiele die unter geltendem Recht vorgeschriebene Gratisteilnahmemöglichkeit nach wie vor vorsehen müssen. Gemäss Botschaft zum Geldspielgesetz bezieht sich «Gratis» nicht nur auf die Spielteilnahme als solche, sondern auch auf die Übermittlung derselben. Wenn die Übermittlung der Gratisspielteilnahme zu erhöhten Übermittlungsgebühren zu erfolgen hat, beispielsweise über eine Mehrwertdienstnummer, kann entsprechend keine Gratisteilnahme vorliegen. Eine Gratisteilnahme kann demgegenüber vorliegen, wenn die Übermittlung der Spielteilnahme zwar entgeltlich, jedoch zu den normalen Übermittlungsgebühren erfolgt (z. B. über ein SMS oder einen Anruf je zu den Normaltarifen). Dieses Verständnis entspricht der geltenden Praxis zum Lot-

terierecht. Sodann darf die Übermittlung der Gratisteilnahmemöglichkeit gemäss Botschaft nicht teurer sein als die kostenpflichtige Teilnahmemöglichkeit selbst. Damit ist der Postweg mit einer normalen Übermittlungsgebühr von mindestens 85 Rappen für B-Post als Gratisteilnahme nicht zulässig, wenn für die kostenpflichtige Teilnahme ein SMS für 70 Rappen vorgesehen wäre. Die Gratisteilnahme muss entsprechend den durch die Praxis zum Lotterierecht entwickelten Voraussetzungen klar und unmissverständlich kommuniziert werden und zu den gleichen Bedingungen wie die kostenpflichtige Teilnahme möglich sein. Die Gratisteilnahme darf anzahlmässig nicht stärker limitiert sein als die kostenpflichtige Teilnahme und muss genauso leicht verfügbar und zugänglich sein wie die kostenpflichtige Teilnahme. Dies sei, so die Botschaft, etwa dann nicht der Fall, wenn für die Übermittlung der Spielteilnahme eine veraltete oder nicht verbreitete Technologie verwendet wird (die Botschaft nennt die Gratisteilnahme über WAP zu einer solchen nicht verbreiteten Technologie).

Fazit

Marketingabteilungen ausserhalb der Medienbranche dürfen sich über die neue Regelung freuen, da die rechtlichen Unsicherheiten bei Gewinnspielen hinsichtlich Pflicht zur Ermöglichung einer gleichwertigen Gratisteilnahme beseitigt werden. Zwar sind auch unter dem neuen Recht gewisse Anforderungen noch unklar, namentlich wann ein Gewinnspiel «kurzzeitig» genug ist, um von der Ausnahmeregelung zu profitieren oder wann von einem Gewinnspiel die Gefahr exzessivem Geldspiels ausgeht. Es ist aber davon auszugehen, dass die Unternehmen nach Inkrafttreten des Geldspielgesetzes die neuen Freiheiten nutzen und rege Gewinnspiele durchführen werden. Entsprechend dürfte sich auch bald eine Praxis oder behördliche Empfehlungen zu den noch offenen Fragen herausbilden.