Schriftenreihe der Schweizerischen Kommission
zur Überwachung der Lauterkeit in der Werbung

Heft Nr. 2/1981

Die Werbeaussage und ihre Rechtsfolgen

Hanspeter O. Marti

Stiftung der Schweizer Webewirtschaft für die Lauterkeit in der Werbung
Fondation de la Publicité Suisse pour la Loyauté en Matière de Publicité

Postfach 4675 – Kappelergasse 14 – 8022 Zürich

Schriftenreihe der Schweizerischen Kommission
zur Überwachung der Lauterkeit in der Werbung

Heft Nr. 2/1981

Die Werbeaussage und ihre Rechtsfolgen

Hanspeter O. Marti

Stiftung der Schweizer Webewirtschaft für die Lauterkeit in der Werbung
Fondation de la Publicité Suisse pour la Loyauté en Matière de Publicité

Postfach 4675 – Kappelergasse 14 – 8022 Zürich

Gleich redaktionellen Beiträgen müssen auch Werbeaussagen wahr sein und dürfen nicht irreführen. Als Mittel der Absatzförderung ist ihnen eigen, dass sie dem beworbenen Erzeugnis oder der beworbenen Leistung eine besondere Anziehung zu verleihen trachten und die positiven Aspekte in den Vordergrund rücken. Bloss wenn Tatsachen unterdrückt werden, die im beworbenen Zusammenhang zu erwähnen sind, führt die Werbeaussage irre.

Eine gewisse – nicht überprüfbar sein wollende – Übertreibung der Werbeaussage wird von den Verkehrskreisen geradezu in Kauf genommen, wenn nicht sogar erwartet. Zumindest im Kern hat aber auch die übertriebenste Aussage zuzutreffen, denn irgendwann stellt sich die Frage nach der «Haftung». Bei allem Verständnis für Kreativität bleibt der Werbeaussage stets eine rechtliche Verpflichtung – und damit auch die Verantwortung des Werbetreibenden – inhärent. Selbst in der Werbung kann nicht unbeschwert etwas gesagt, versprochen oder garantiert werden.

Die Grenzen dieser Verantwortlichkeit aufzuzeigen, tut not. Unzählige Anfragen aus der Branche zeigen nämlich, dass hierüber beim Werbefachmann kaum Klarheit besteht. Das eifrige Bemühen, mögliche Konfrontationen zu umgehen, führt nicht selten zum Konflikt. Die folgenden Darlegungen sind deshalb für den Werbefachmann und ein weiteres interessiertes Publikum bestimmt. Sie verzichten auf Vollständigkeit oder gar juristische Gründlichkeit und werden sich im wesentlichen damit begnügen, handliche Hinweise für den Praktiker auszuleuchten.

I. Das Zusammenspiel von Wettbewerbs- und Schuldrecht

Geprägt vom Gedanken des Konsumentenschutzes hat es leider die jüngere Gesetzgebung unterlassen, die Geltungsbereiche von Wettbewerbsrecht und Schuldrecht klar auseinanderzuhalten und demgemäss konsequent zu regeln. Eindrücklich zeigt das revidierte Bundesgesetz über gebrannte Wasser (Alkoholgesetz), wie wettbewerbs- und schuldrechtliche Elemente kunterbunt miteinander vermengt und überdies mit konsumentenpolitischem Beiwerk angereichert werden. Aber auch der Revisionsentwurf zu einem neuen Bundesgesetz über unlauteren Wettbewerb (UWG) widerspiegelt diesen Trend. Die Werbung dient als Sammelbecken und wird zum Prügelknaben für die fragwürdigen Erscheinungen unseres Wirtschaftslebens. Was der Vertreter an der Haustür mit unsauberen Machenschaften erreicht, wird ebenso der Werbung angelastet wie die Täuschung des Konsumenten beim Kaufgespräch, seine Benachteiligung mit kleingedruckten Geschäftsbedingungen, die Nötigung des Käufers mittels psychischem Zwang oder die unaufgeforderte Zusendung von Ansichtssendungen gegen Nachnahme u. a. m.

Dass Wettbewerbs- und Schuldrecht in einem funktionellen Zusammenhang stehen, ist unbestritten. Dennoch sind beide getrennte Rechtsgebiete, und die Werbung ist nur Bestandteil eines von beiden. Der Grundtatbestand des wirtschaftlichen Wettbewerbs liegt im gewinngerichteten Leistungsaustausch, und da es dem Wettbewerber stets darum geht, den Kunden vom fremden Angebot wegzulocken und auf das eigene hinzuziehen, ist das Angebot, verstanden in seiner schuldrechtlichen Bedeutung als Antrag zu einem Vertragsschluss, das zentrale Thema des Wettbewerbs. Im nämlichen Angebot findet aber das Wettbewerbsrecht auch zugleich seine Grenze zum Schuldrecht, das gleichsam mit diesem Angebot «beginnt» und das Wettbewerbsrecht ablöst.

Mit anderen Worten: Alle Massnahmen und Aktionen, die im Blick darauf gemacht werden, dass der Konsument ein Angebot annimmt oder zur Abgabe eines eigenen Antrages – zwecks Abschlusses eines Vertrages – nutzt, gehören dem Wettbewerbsrecht an und werden nach seinen Regeln beurteilt. Das Schuldrecht hingegen setzt dort ein, wo die gegenseitige, übereinstimmende Willensäusserung der Parteien, wo Antrag und Annahme zum Vertragsabschluss hinführen. Dass sich die beiden Rechtsgebiete in einzelnen Tatbeständen überschneiden oder duplizieren, ist nicht weiter verwunderlich, spricht jedoch nicht gegen die grundsätzliche Unterscheidung.

II. Die Stellung des Werberechts im Wettbewerbs- und Schuldrecht

In ihrem Grundsatz Nr. 25 für die Praxis definiert die Schweizerische Kommission zur Überwachung der Lauterkeit in der Werbung den Begriff der Wirtschaftswerbung wie folgt:

Unter Werbung, nach Massgabe der Internationalen Richtlinien für die Werbepraxis und des Wettbewerbsrechts, ist jede Handlung zu verstehen, die eine Mehrheit von Personen systematisch in ihrer Einstellung zu bestimmten Waren, Werken, Leistungen oder Geschäftsverhältnissen zum Zweck des Abschlusses eines Rechtsgeschäftes beeinflussen soll.

Das Werberecht ist somit Bestandteil des Wettbewerbsrechts und vom Schuldrecht zu trennen. Auch für die Werbung ist der «Kampf um das Angebot» zentrales Anliegen, doch beschränken sich ihre Handlungen in zweierlei Hinsicht. Einmal richten sie sich systematisch an eine (unbestimmte) Mehrheit von Personen und zum anderen haben sie gleichlautende Botschaften zum Gegenstand, die die Adressaten erst zur Abgabe eines Angebotes (oder einer Bestellung) einladen. Sie sind also weder selbst Angebot noch individuell an bestimmte Personen gerichtet wie der Vertreterbesuch oder das Kaufgespräch oder der individuell, von Fall zu Fall abgefasste «Werbebrief» u. a. m.

Die Abgrenzung wird allerdings nicht immer leicht sein, namentlich dort, wo bei der Vervielfältigung der Werbebotschaft Einrichtungen zum Einsatz gelangen, die eine individuelle Ausgestaltung des «Angebots» ermöglichen, wie dies in zunehmendem Mass im Bereich der Direktwerbung der Fall ist. Selbst hier ist aber die systematische Beeinflussung des Adressaten offensichtlich und die Botschaft bloss eine an eine (unbestimmte) Vielzahl von Personen gerichtete Einladung zu einem Angebot.

III. Wettbewerbs- oder Vertragsverletzung

Jeder Teilnehmer am wirtschaftlichen Wettbewerb hat nach den Grundsätzen von Treu und Glauben zu handeln. Für den Werbetreibenden heisst dies, dass seine Aussagen der Wahrheit entsprechen, weder zu Verwechslungen noch Irreführungen Anlass geben und keinesfalls unnötig verletzen. Insbesondere für den Wahrheitsgehalt kommt es in erheblichem Mass darauf an, ob die Aus-

sage eine – überprüfbare – Behauptung tatsächlichen Inhalts oder aber eine als solche erkennbare und mithin nicht überprüfbare – werbliche – Übertreibung zum Gegenstand hat. (Für Einzelheiten sei auf das Heft Nr. 1 der Schriftenreihe der Schweizerischen Kommission zur Überwachung der Lauterkeit in der Werbung über «Vergleichende Werbung», Sonderdruck aus «Werbung – Publicité» Nr. 12/1979, verwiesen.)

Ein Verstoss gegen das UWG ist auf Antrag hin zivil- und strafrechtlich und unter Beachtung einer einjährigen Verjährungsfrist zu ahnden. Anders als der Konkurrent, der zur Klage bloss in seinen wirtschaftlichen Interessen gefährdet zu sein braucht, hat der klagende Konsument eine Schädigung nachzuweisen. Dies ist selten der Fall, und trifft es einmal zu, so liegt in der Regel eine Vertrags- und nicht – oder nicht allein – eine Wettbewerbsverletzung vor.

Für Konkurrent und Konsument besteht aber auch die Möglichkeit, unentgeltlich die Dienste der Schweizerischen Kommission zur Überwachung der Lauterkeit in der Werbung in Anspruch zu nehmen, die ihren Empfehlungen über die Werbeträger Nachachtung verschaffen kann.

Eine Vertragsverletzung dürfte in der Regel keine strafrechtlichen Folgen zeitigen, wie das bei vorsätzlichen UWG-Verstössen möglich ist. Doch hat der Verletzte grundsätzlich Anspruch auf Erfüllung des Vertrages oder des einseitigen Rechtsgeschäftes und bei Weigerung Anspruch auf Schadenersatz, und zwar Ersatz entweder des positiven bzw. Erfüllungs-Interesses (d. h. der Differenz zwischen dem Vermögensstand des Geschädigten bei richtiger Erfüllung und dem tatsächlichen Vermögensstand) oder des negativen bzw. Vertrauens-Interesses (d. h. der Differenz zwischen dem Vermögensstand des Geschädigten ohne Bindung an den Vertrag und dem tatsächlichen Vermögensstand). Anders als im Wettbewerbsrecht dauern – mit wenigen Ausnahmen – die Verjährungsfristen länger.

Auch wenn die Werbung vom Wettbewerbsrecht erfasst wird, kann sie immer dann neben diesem schuldrechtlich relevant werden, wenn die Aussage zum Vertragsbestandteil geworden ist oder doch dessen Auslegung dient. Wie bereits erwähnt, soll die Werbeaussage zur Abgabe eines Angebotes animieren. Dieses wird unter Umständen auf den werblichen Angaben fussen, die mit der Annahme des Angebots durch den Werbetreibenden zu Vertragsangaben werden, soweit sie tatsächlichen Inhaltes sind. Der Werbetreibende ist deshalb gut beraten, wenn er diese sekundäre Wirkung möglicherweise übertriebener Werbeangaben im Auge behält.

IV. Aussagen und Angaben im Bereich des Wettbewerbs- und Schuldrechts

Verschiedene Aussagen und Angaben sind der Abgabe eines Angebotes bzw. der Stellung eines Antrages und dem Abschluss eines Vertrages dienlich. Teils sind sie dem Wettbewerbsrecht, teils dem Schuldrecht zuzuordnen, was für ihre Rechtsfolgen von Bedeutung ist. Den Werbepraktiker dürfte es interessieren, welche dieser Angaben und Aussagen unter den Begriff der Werbeaussage zu subsummieren sind.

1. Der Antrag

Der Antrag – auch Offerte oder Angebot genannt – beinhaltet die an eine oder mehrere bestimmte Empfänger gerichtete Willenserklärung zum Abschluss eines Vertrages. Von Bedeutung ist, dass der Antrag grundsätzlich verbindlich erfolgt und bei Erfüllungsverweigerung den Antragsteller zum Ersatz des positiven Interesses verpflichtet. Der Antragsteller ist indessen mangels anderer Abrede nur so lange an den Antrag gebunden, als er seine Annahme erwarten darf. Entgegen der oft geäusserten Auffassung kommt ein unbestimmter Personenkreis als Empfänger eines verbindlichen Antrages nicht in Frage.

Den Antrag annehmen und so den Vertrag schliessen, können lediglich bestimmte Einzelpersonen und nur so lange und so weit, als der Antragesteller die Ware liefern oder die Leistung erbringen kann. Daran ändert auch der Warenautomat, wie übrigens selbst die Schaufensterauslage, nichts, die sich beide an bestimmte, den Antrag annehmende Einzelpersonen wenden. Denn unbestimmt wäre der Empfängerkreis erst dann, wenn innert der Annahmefrist jeder Empfänger annehmen bzw. bei Verweigerung der Erfüllung durch den Antragsteller Schadenersatz verlangen könnte. Dies ist aber regelmässig – mit Ausnahme gewisser öffentlicher oder konzessionierter Betriebe mit Kontrahierungszwang (SBB, PTT, Gas- und Wasserwerk u. a.) – nicht der Fall.

Von einem unbestimmten Empfängerkreis oder von einer unbestimmten Vielzahl von Personen kann also nur sprechen, wer zur Antragstellung – oder zur Bestellung – einlädt, um in der Folge die Angebote nach freier Wahl anzunehmen; Ausnahmen mit verbindlicher Wirkung machen Auslobung und Garantieversprechen (vgl. unten Ziff. 4 und 5). Eine Werbeaussage kann deshalb nicht (verbindlicher) Antrag sein.

Inhaltlich weist der Antrag die Angaben auf, die den angebotenen Vertrag hinlänglich umschreiben. Es handelt sich dabei stets um tatsächliche Angaben und objektiv feststellbare Eigenschaften: Dazu gehören die gegenseitigen Leistungen, doch genügt es, wenn der Antrag ein sinnvolles Ganzes umschreibt, das allenfalls anhand von Verkehrssitte und Gesetz ergänzt werden kann. Immerhin dürfte das Nichterwähnen wichtiger Punkte ein Indiz für eine unverbindliche Äusserung der Vertragsbereitschaft abgeben.

2. Die Auskündung

Demgegenüber bedeutet die Versendung von Tarifen, Preislisten und dergleichen an sich keinen Antrag (Art. 7 Abs. 2 OR). Wie aus dem Text ersichtlich, umfasst er nicht nur Tarife und Preislisten, sondern auch «dergleichen», also Kataloge, Prospekte, Inserate u. a.; ferner regelt er nicht allein die «Versendung». Der Randtitel spricht vielmehr von jeder «Auskündung» überhaupt oder noch deutlicher in der französischen Fassung von «offres publiques», also von Veranstaltungen, die sich in der Regel an eine unbestimmte Vielzahl von Personen richten.

Die Auskündung bietet nicht einen endgültigen Vertragsabschluss an, sondern erklärt nur die Bereitschaft dazu, und enthält somit bloss die Einladung zur Abgabe eines (verbindlichen) Antrages. Entweder geschieht die Auskündung schriftlich (mittels Boten oder durch Postversand von gleichlautenden, durchwegs vervielfältigten Schriftstükken; oder durch deren gewöhnliche Verteilung von Hand zu Hand; durch Anschlag in den Geschäftsräumen oder an öffentlichen oder privaten Anschlagstellen; durch Inserate in Druckschriften) oder aber durch mündliche Auskün-

dung, beispielsweise durch Ausrufer oder am Radio bzw. Fernsehen.
Der Auskündende ist nicht gebunden, weil kein (verbindlicher) Antrag vorliegt bzw. schon mit Rücksicht auf den unbestimmten Empfängerkreis nicht vorliegen kann. Insbesondere hat der Besteller weder ein Recht darauf, dass der Auskündende, falls er überhaupt abschliessen will, zu den angekündigten Bedingungen abschliesst, noch ist er berechtigt, dass der Auskündende ihn gleich behandelt wie andere Besteller.
Die Auskündung ist meistens Werbeaussage und als solche untersteht sie den wettbewerbsrechtlichen Grundsätzen von Treu und Glauben. Kommt es aber aufgrund einer Bestellung, die sich – ausdrücklich oder stillschweigend – auf eine Auskündung bezieht, zum Abschluss eines Vertrages, so dient die Auskündung zu dessen Auslegung.

3. Die Anpreisung

Die Auskündung stellt mithin Werbung dar. Inhaltlich ähnelt sie dem Antrag, wenngleich ihr schon wegen des unbestimmten Empfängerkreises am Willen zum endgültigen Vertragsabschluss mangelt.
Gegenüber anderer Werbung ist sie aber dadurch gekennzeichnet, dass sie sich nicht in allgemeinen Hinweisen oder Anpreisungen erschöpft, sondern konkrete Angaben über abzuschliessende Geschäfte enthält.
Ebensowenig wie die Auskündung beinhaltet die Anpreisung einen (verbindlichen) Antrag. Die sie ausmachenden allgemeinen, oft nicht einen bestimmten Vertrag betreffenden Hinweise sind meistens auch nicht geeignet, der Auslegung eines nachfolgenden Vertrags zu dienen.

4. Die Auslobung

Unter der Auslobung (Art. 8 OR) – wie unter dem Preisausschreiben – wird ein Versprechen zugunsten (un)bestimmter Personen verstanden, durch das sich der Versprechende für den Fall einer bestimmten Leistung eines anderen zu einer eigenen Leistung als Belohnung verpflichtet. Als Leistungen kommen Sach- und Arbeitsleistungen inklusive Geld in Frage.
Im Unterschied zum (zweiseitigen) Vertrag handelt es sich bei der Auslobung nicht um Leistung und Gegenleistung aufgrund ein und desselben Vertrages, sondern um eine selbständige Leistung. Wird die Leistung erbracht, ist die Belohnung zu entrichten oder das positive (vgl. Wettbewerbs- oder Vertragsverletzung) Interesse zu ersetzen. Beim vorzeitigen Rücktritt schuldet der Auslobende das negative (s. Wettbewerbs- oder Vertragsverletzung) Interesse. Vorzeitig ist der Rücktritt dann, wenn der Auslobende eine Frist gesetzt hat und vor deren Ablauf zurücktritt, ohne dass die Leistung des anderen erbracht worden wäre. Fehlt es an einer Befristung, so kann die Leistung solange erbracht werden, als der Auslobende nicht zurückgetreten ist und als die Auslobung nicht, dem Leistenden erkennbar, für den Auslobenden ihren Sinn verloren hat.
Vom Grundsatz, dass ein an eine unbestimmte Vielzahl von Personen gestellter «Antrag» nicht verbindlich sein könne, macht die Auslobung eine Ausnahme. Ihre Eigenheit besteht eben gerade in dieser Verbindlichkeit gegenüber einem (noch) unbestimmten Empfängerkreis.
Auslobungen sind meistens Gegenstand von Werbeaussagen. Für den Werbetreibenden sind sie sowohl schuldrechtlich als auch wettbewerbsrechtlich relevant.

Diesfalls können die Bestimmungen über die Ausverkäufe und Zugaben bedeutsam werden. Jede solche Massnahme beinhaltet aber auch ein zivilrechtliches Grundgeschäft, das sich eben nach den Bestimmungen über die Auslobung regelt. Denn die (wettbewerbsrechtliche) Unzulässigkeit einer solchen Veranstaltung kann nicht ihre (schuldrechtliche) Verbindlichkeit aufheben.

5. Das Garantieversprechen

Gegenstand des Versprechens ist ein bestimmter Erfolg, der über die vertraglich vereinbarten Pflichten hinausgeht. Das nämliche Versprechen kann in Form eines Garantievertrages auch ein Dritter abgeben; alsdann liegt ein Vertrag zulasten Dritter vor (Art. 111 OR).
Das Garantieversprechen stellt eine der im Gesetz (Art. 7 Abs. 2 OR) für die Auskündung mit der Wendung «in der Regel» angedeuteten Ausnahmen dar.
Erforderlich ist auch hier, dass es sich um eine selbständige Abrede handelt, die sich nicht im Vertrag erschöpft, doch setzt das Garantieversprechen im Unterschied zur Auslobung weder eine Leistung des anderen voraus, noch ist es vom Erbringen einer bestimmten Vorleistung abhängig. Auch verspricht es keine abstrakte Belohnung, sondern hat die Sicherung eines künftigen, in der Regel einem Hauptgeschäft dienenden Sachverhaltes zum Gegenstand und ist insoweit «Garantie». Als solches besteht das Garantieversprechen neben den vertraglichen Pflichten und gibt Anspruch auf den Ersatz des positiven Interesses (vgl. Wettbewerbs- oder Vertragsverletzung).
Anders als bei der Auslobung kann beim Garantieversprechen von einem Rücktritt nicht die Rede sein, wohl aber vom Widerruf, der allerdings nur in Frage kommt, wenn nachträglich das Hauptgeschäft nicht verwirklicht wird.
Solche Garantieversprechen werden vor allem in jüngster Zeit in zunehmendem Mass in Werbeaussagen abgegeben. Sie gelten nicht als Auskündung und sind damit schuldrechtlich verbindlich. Dienen sie dagegen nur als werblicher Lockvogel und lassen sie sich nicht realisieren, sind sie wettbewerbsrechtlich zu ahnden.

6. Die Werbeaussage

Unter den Begriff der Werbeaussage fallen demnach Äusserungen oder Darstellungen in Wort, Ton oder Bild, die sich in verbindlicher oder unverbindlicher Form systematisch (1) an eine bestimmte oder unbestimmte Mehrzahl von Personen richten (2), um sie zur Abgabe eines Antrages zwecks Vertragsschluss zu bewegen (3). Die Auskündung, die Anpreisung, die Auslobung und das Garantieversprechen erfüllen grundsätzlich diese Anforderungen und können deshalb Werbeaussagen zum Gegenstand haben im Unterschied zum (schuldrechtlichen) Antrag.

V. Das Versprechen in der Werbung

An Versprechen mangelt es in der Werbung nicht. Die daran geknüpften Rechtsfolgen sind aber verschieden.

Im Grunde genommen enthält jede werbliche Aussage ein – direktes oder indirektes – Versprechen. Soweit es sich hierbei um (erkennbare) werbliche Übertreibungen handelt, sind sie auf ihren tatsächlichen Kern zu reduzieren; die übrigen Angaben (tatsächlichen Inhalts) in der Werbung sind – nötigenfalls – ohnehin zu belegen. Da sie aber keine unmittelbare, schuldrechtlich relevante Verbindlichkeit entfalten, erschöpft sich ihre Regelung im Wettbe-

werbsrecht. In all diesen Fällen liegt auch kein verbindliches Werbeversprechen vor.

Bei den verbindlichen Versprechen ist zu unterscheiden:

1. Das unselbständige Gewährleistungsversprechen

Der Inhalt des Versprechens erschöpft sich in der Vertragsmässigkeit der *eigenen Leistung*.

a) Die vorausgesetzten Eigenschaften

Es ist bekannt, dass werbliche Aussagen zu Vertragsangaben werden oder der Vertragsauslegung dienen können. Dies gilt insbesondere auch für die Eigenschaften einer Ware, soweit sich diese aus der – u. a. werblichen – Umschreibung ergeben und für den Gebrauch vorausgesetzt werden dürfen. Für das Vorliegen dieser (vorausgesetzten) Eigenschaften hat der Lieferant im Rahmen seiner gesetzlichen Gewährspflicht ohnehin einzustehen und gegebenenfalls den dem Abnehmer unmittelbar verursachten Schaden unbeachtlich eines allfälligen Verschuldens zu ersetzen.

Hierin ist nicht etwa die Einlösung eines Werbeversprechens, sondern bloss die Erfüllung einer vertraglichen Pflicht zu erblicken.

b) Die zugesicherten Eigenschaften

Grundsätzlich gleich verhält es sich, wenn – u. a. als Folge einer Werbeaussage – einer Ware oder einer Leistung bestimmte Eigenschaften zugesichert werden. Die Erfüllung dieser Zusicherung ist schuldrechtliche Pflicht, die allerdings nicht an die bloss einjährige Gewährleistungspflicht für Sachmängel gebunden ist. Um als solche Verbindlichkeit zu besitzen, muss sich die Zusicherung als ernsthafte Behauptung erweisen, die sich auf bestimmte, objektiv feststellbare Eigenschaften des Vertragsgegenstandes bezieht.

Der Lieferant hat nicht Gewähr dafür zu leisten, dass sich alle Hoffnungen verwirklichen, die er durch seine Anpreisung des Vertragsgegenstandes beim Abnehmer erweckt. Ergänzen jedoch präzisierende Angaben die allgemeinen Zusicherungen, werden diese ebenfalls verbindlich. So wird schliesslich ein «Traumgegenstand» von «jahrelanger Haltbarkeit» zumindest ein Jahr haltbar sein müssen und ein «sehr gut erhaltener» Gegenstand als werbliche Anpreisung, eine «in sehr gutem, betriebsfähigem Zustand» befindliche Maschine dagegen als verbindliche Zusicherung zu werten sein. Desgleichen wird die Werbeaussage zur verbindlichen Zusicherung, wenn beim Vertragsabschluss unwidersprochen auf ein Inserat Bezug genommen wird. Angaben, die im Werbeprospekt als unverbindliche Aussagen für die Abgabe eines Antrages gelten dürfen, werden im Stadium des Vertragsabschlusses als verbindliche Zusicherung aufgefasst.

c) Die Wegbedingung der Gewährleistung

Die Gewährleistung darf soweit wegbedungen werden, als den Pflichtigen dabei nicht ein grobes Verschulden trifft. Gelegentlich wird dieser Ausschluss mit der Abgabe einer speziellen Garantie versucht, die in Tat und Wahrheit der sachliche oder zeitliche Geltungsbereich der gesetzlichen Gewährleistung einschränkt, und nicht selten wird die Beschränkung bereits bei der werblichen Anpreisung in gefälliger Aufmachung als besondere Leistung dargestellt.

In keinem Fall ist darin eine Garantie zu erblicken, sofern im Vergleich zur gesetzlichen Regelung nicht zumindest partiell eine Mehrleistung angeboten wird. Fraglich bleibt nur, inwieweit eine solche (vermeintliche) «Garantie» die gesetzliche Gewährleistungspflicht aufheben kann. Sofern sie «im Kampf um das Angebot» als besondere Zusicherung eingesetzt worden ist, erscheint sie wettbewerbsrechtlich als bedenklich. Schuldrechtlich wird es auf die Klarheit des «vereinbarten» Ausschlusses ankommen, wobei Unklarheiten dem Gewährleistungspflichtigen anzulasten sind.

2. Das selbständige Werbeversprechen

Gegenstand des Garantieversprechens bildet eine selbständige, zu einem allfälligen Vertrag *hinzutretende (zusätzliche) Leistung*. Denkbar ist auch das Versprechen als einseitiges Rechtsgeschäft ohne Verkoppelung mit einem Vertrag. Von einem Werbeversprechen kann aber nur dann gesprochen werden, wenn es sich systematisch an eine – bestimmte oder unbestimmte – Mehrheit von Personen richtet und wenn daraus der Wille des Versprechenden ersichtlich ist, selbständig eine objektiv feststellbare Leistung zu erbringen (vgl. Einleitung «Das Versprechen in der Werbung»).

a) Das «Geld-zurück»-Versprechen

Vor allem im Versandhandel sind derartige Garantieversprechen recht häufig anzutreffen. Dem Konsumenten wird schon mit der werblichen Anpreisung – also vor Vertragsschluss – verbindlich die Rückerstattung des Kaufpreises bei Nichtgefallen oder Nichterfolg garantiert. Gelegentlich gibt nicht der Lieferant, sondern ein Dritter – z. B. ein eigens dafür gegründetes «Institut» oder dergleichen – im Rahmen eines Garantievertrages das verpflichtende Versprechen ab.

Kommt das Geschäft zustande, entfaltet das Versprechen seine schuldenrechtlichen Wirkungen, doch hat es schon vorher den wettbewerbsrechtlichen Anforderungen zu entsprechen. Sind die an seinen Eintritt geknüpften Bedingungen unklar formuliert, wirkt das Versprechen zugunsten des Empfängers. So dürfte es regelmässig nicht angehen, nachträglich an eine simple «Nichtgefallen»- oder «Nichterfolg»-Klausel noch weitere Bedingungen anzufügen oder fehlende Bedingungen auszudeutschen oder gar die (vorherige) Rückgabe der Ware zu verlangen.

Von Bedeutung ist ferner der Umstand, dass das Garantieversprechen nicht etwa die gesetzliche Gewährleistungspflicht ersetzt, sondern sie nur ergänzt. Zum garantierten Anspruch auf Rückerstattung des Kaufpreises tritt deshalb (kumulativ) das Recht auf Wandelung oder Preisminderung mit den schuldenrechtlichen Schadenersatzfolgen (positives Interesse) bei Mangelhaftigkeit der Ware.

Die Preisrückerstattung bei der Wandelung und die Preisreduktion bei der Minderung mag dabei durch das Garantieversprechen konsumiert sein, nicht aber der Schadenersatz. Auch ist

nicht anzunehmen, dass etwa das Garantieversprechen die Gewährleistungspflicht beschränken würde, weil es sich dabei um ein selbständiges Versprechen handelt.

b) Das Schadlos-Versprechen

Gelegentlich wird dieses Versprechen unter die Auslobung subsummiert, seine Unterstellung unter das Garantieversprechen scheint aber zutreffender. Gegenstand des Versprechens ist der Schaden, den ein Vertrag – z. B. bei Mangelhaftigkeit der Ware – dem Versprechensempfänger verursachen kann. Nicht selten wird das Schadlos-Versprechen summenmässig plafoniert.

Hier wie oben (lit. 2.1) hat der Versprechende für unklare Garantiebedingungen selbst einzutreten. Analoges gilt auch in bezug auf die Konkurrenz zwischen Garantieversprechen und gesetzlicher Gewährleistungspflicht.

c) Andere Garantieversprechen

Praktisch unter den gleichen Bedingungen kann im Rahmen einer Werbeaussage vom Lieferanten jede die Vertragsmässigkeit übersteigende Zusicherung verbindlich – als selbständige, neben dem Vertrag bestehende Abrede – abgegeben werden. Desgleichen kann jeder Dritte die gleichen Eigenschaften zusichern oder jeden vertraglich vereinbarten Erfolg zusätzlich garantieren. In Frage kommen dafür Zinsgarantien für Wertpapiere, Zusicherungen von Produktionskapazitäten, längere Garantiezeiten u. a. m.

Werden die Garantien mit Geldbeträgen abgesichert, stellt sich die Frage nach den Formvorschriften; so bei der Konventionalstrafe, aber auch bei der Bürgschaft.

d) Das Zugabewesen

Schuldrechtliche Grundlage für das Zugabewesen bildet die Auslobung*, die, obgleich Werbeaussage, verbindlich ist. Wettbewerbsrechtlich ist der Grundsatz Nr. 18 der Schweizerischen Kommission zur Überwachung der Lauterkeit in der Werbung zu beachten, der folgenden Wortlaut aufweist:

> «Veranstaltungen wie Sonderverkäufe, Zugabeaktionen und dergleichen, die der Verkaufsförderung dienen, sind nicht gestattet, sofern sie kumulativ die nachfolgenden Besonderheiten erfüllen:
>
> a) Veranstaltung eines Detailverkaufs, d. h. eines Verkaufs an den Endabnehmer.
> b) Öffentliche Bekanntmachung inkl. Zirkulare.
> c) Besondere (Vermögenswerte) Vergünstigung oder Zugabe im Fall eines Kaufes, die sonst nicht gewährt wird (ausgenommen wenn der angegebene Wert der Vergünstigung oder Zugabe 3% des Verkaufswertes der Kaufsache nicht übersteigt).
> d) Vorübergehend gewährte, d. h. auf kürzere Zeit limitierte Vergünstigung oder Zugabe.
>
> Veranstaltungen dieser Art für Nahrungs- und Genussmittel und für Artikel des täglichen Bedarfs, die der Reinigung und der Körperpflege dienen, sind gemäss staatlicher Vorschrift von den vorstehenden Beschränkungen ausgenommen.»

Streng genommen dürfen die Zugaben nicht als Vergünstigung behandelt und nach der Ausverkaufsordnung (strafrechtlich) geahndet werden, da die Regelung dieser Materie einer besonderen Verordnung vorbehalten ist, die der Bundesrat nie erlassen hat.

Von der Zugabe, die akzessorisch aber ohne besondere Anrechnung zum Hauptvertrag gewährt wird, ist zu unterscheiden das Werbegeschenk, dessen Hingabe an keine Bedingungen geknüpft ist. Demgegenüber offenbaren sich Rabatte und Rückvergütungen eher als Vergünstigungen; sie unterstehen bei befristeter Gewährung der Ausverkaufsverordnung, auch wenn sie ausdrücklich vom Begriff der Zugabe ausgenommen worden sind.

e) Das Werbegewinnspiel

Soweit der Veranstalter planmässig vorgeht, d. h. sein eigenes Spielrisiko limitiert, beurteilt sich das Werbegewinnspiel schuldrechtlich als Auslobung*; spielt dagegen der Veranstalter mit, liegt Spiel und Wette (Art. 513/5 OR) vor, aus dem keine klagbaren Forderungen resultieren.

Die Preisausschreiben sind ausdrücklich in Art. 8 OR erwähnt; es handelt sich dabei um jurierbare Leistungswettbewerbe. Indessen fallen auch die übrigen Gewinnspiele – mit oder ohne zufällige Gewinnermittlung, mit oder ohne Einsatz bzw. Kaufzwang – unter diese Bestimmung. Von der Auslobung (im engeren Sinn) unterscheiden sie sich dadurch, dass sie die Belohnung von einer zusätzlichen Auflage abhängig machen, nämlich entweder von der besten, mittels Jurierung festgestellten Leistung oder aber vom grössten, dem Zufall anheimgestellten Glück. Der Teilnehmer hat ausnahmslos eine Leistung zu erbringen, auch wenn diese eben nur in der Teilnahme am Spiel besteht.

Ein planmässiges Gewinnspiel stellt stets auch eine lotterieähnliche Veranstaltung dar, deren Zulässigkeit die Schweizerische Kommission zur Überwachung der Lauterkeit in der Werbung in ihrem Grundsatz Nr. 19 für die Praxis wie folgt umschreibt:

> «Werbegewinnspiele oder Publikumswettbewerbe sind unzulässig, sofern sie folgende Merkmale kumulativ aufweisen:
>
> a) Abschluss eines Rechtsgeschäftes (Kaufzwang) oder Leistung eines vermögensrechtlichen Einsatzes als Teilnahmevoraussetzung.
> b) Gewährung eines vermögenswerten Vorteils als Gewinn.
> c) Zufällige Ermittlung der Gewinner oder der Höhe der Gewinne (Verlosung), so dass die Geschicklichkeit des Teilnehmers nicht mehr wesentlich erscheint.
> d) Planmässigkeit des Spiels, indem der Veranstalter sein eigenes Spielrisiko limitiert.»

Für weitere Einzelheiten sei auf zwei Aufsätze des Autors verwiesen: «Möglichkeiten und Grenzen von Publikums-Wettbewerben», erschienen in «Werbung – Publicité» Nr. 9/77, sowie «Der psychologische Kaufzwang» (Rubrik «Rechtsprechung in Werbesachen»), erschienen in «Werbung – Publicité» Nr. 11/78.

VI. Folgerung für die Praxis

Nicht wenige Werbepraktiker mag es erstaunen, dass der Werbeaussage in der Regel keine schuldrechtliche Wirkung zukommt. Der Empfänger kann ihre Er-

füllung weder erzwingen noch bei der Verweigerung der Erfüllung Schadenersatz fordern.
Verfehlt wäre es aber, deswegen zu glauben, dass damit der Werbeaussage «Tür und Tor» geöffnet würde. Im Gegenteil, jede werbliche Anpreisung tatsächlichen Inhalts, die in der Folge nicht zum angekündigten Ziel führt, kann — gewollt oder ungewollt — einen Lockvogel darstellen, mithin als unrichtig, eventuell als irreführend, und damit als unlauter gelten.
Wenn auch die gewöhnliche Werbeaussage schuldrechtlich — und nicht wettbewerbsrechtlich — ohne Folgen bleibt, trifft dies nicht für jene werblichen Anpreisungen zu, die das mit der Werbung letztlich beabsichtigte Hauptgeschäft absichern wollen. Zwar sind diese Leistungen meistens akzessorisch zum Hauptgeschäft, doch entfalten sie (kummulativ) wettbewerbsrechtliche und schuldrechtliche Wirkungen.
Während somit die gewöhnliche Werbeaussage — unter Umständen — für den Vertrag oder seine Auslegung von Bedeutung werden kann, stellen die (qualifizierten) Werbeversprechen sehr konkrete geldwerte Verpflichtungen dar, die der Werbetreibende nötigenfalls einzulösen (und der Werbeberater dem Werbetreibenden zu verantworten) hat. Vorbehalten bleibt dabei — in allen Fällen — die wettbewerbsrechtliche Verantwortlichkeit.