

§ 18 SPIEL UND WETTE (OR 513-515)

Literatur:

K. Aмом, SPR VII/2, p. 457-477; B. Aubin u.a., Die rechtliche Regelung der Glücksspiele und Spielautomaten in europäischen Ländern, Stuttgart 1981; B. v. Büren, p. 225-232; S. Giovanoli, OR 513-515.

BGB §§ 762-764; fr.CC 1965-1967; je mit Verweisungen auf Sondergesetzgebung.

I. Allgemeines

Aus volkswirtschaftlichen und sozialpolitischen Gründen greift der Gesetzgeber regelnd in den Bereich von Spiel und Wette ein: Gewisse Spiele verbietet er schlechweg (unten Zif. II), für andere Spiele verlangt er eine behördliche Bewilligung (unten Zif. III); in OR 513-515 wird auf privatrechtlicher Ebene die Durchsetzbarkeit der vertraglichen Ansprüche im verbleibenden Bereich der zulässigen Spiele eingeschränkt (dazu unten Zif. IV).

Eine Unterscheidung zwischen Spiel und Wette ist heute gegenstandslos: Sie ist ein Ueberbleibsel aus der gemeinrechtlichen Doktrin, wo Forderungen aus Wette klagbar und Forderungen aus Spiel unklagbar waren.

II. Verbotene Spiele

1. Lotterien

Das Bundesgesetz betreffend die Lotterien und die gewerbsmässigen Wetten vom 8.6.1923 (LotG; SR 935.51) verbietet Lotterien, dh. Veranstaltungen, bei denen "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" (LotG 1). Untersagt sind - abweichende kantonale Regelung vorbehalten - auch die gewerbsmässigen Wetten auf Pferderennen, Fussballkämpfe und ähnliche Veranstaltungen (LotG 33 f.).

Zu den teilweise gewichtigen Ausnahmen vom Lotterieverbot (Sporttoto, Zahlenlotto etc.) vgl. unten III.

2. Spielbanken

BV 35/I und das Bundesgesetz über die Spielbanken vom 5.10.1929 (SR 935.52) verbieten Errichtung und Betrieb von Spielbanken, dh. von Unternehmungen, die Glücksspiele betreiben (Art. 1 und 2/I). Den Glücksspielunternehmungen gleichgestellt wird eine Vereinigung von Spielern, welche gewohnheitsmässig Glücksspiele betreibt, falls die Teilnahme jedermann freisteht (Art. 4). Als Glücksspiele gelten diejenigen Spiele, bei denen "gegen Leistung eines Einsatzes ein Geldgewinn in Aussicht steht, der ganz oder vorwiegend vom Zufall abhängt" (Art. 2/II).

3. Rechtswirkung: Nichtigkeit

Verstösst ein Spiel gegen das Lotterie- oder Spielbankengesetz, ist die Rechtsfolge der Widerrechtlichkeit die Nichtigkeit der vertraglichen Beziehungen (OR 20/I). Ausbezahlte Gewinne und auch Einsatz können zurückgefordert werden (kein Anwen-

dungsfall von OR 66, da der Einsatz nicht zur Ermöglichung der Lotterie geleistet wird; vgl. Giovanoli, OR 515 N. 10).

III. Spiele, die einer behördlichen Bewilligung bedürfen

1. Gemeinnützige oder wohltätige Lotterien/Boulespiel/Prämienanleihen

- Vom allgemeinen Verbot ausgenommen sind die Lotterien, die gemeinnützigen oder wohltätigen Zwecken dienen (LotG 3). sie bedürfen jedoch einer Bewilligung der zuständigen kant. Behörde (LotG 5, 14 f.).

Bei den in OR 515/I erwähnten Ausspielgeschäften besteht der allfällige Gewinn - anders als bei den gewöhnlichen Lotterien - nicht in Geld, sondern in Waren.

Da LotG 6 Lotterien von Unternehmen mit Sitz im Ausland verbietet, ist OR 515/III obsolet.

- Liegt eine kant. Bewilligung vor, so dürfen die Kursaalgesellschaften das Boulespiel durchführen (Maximaleinsatz: Fr. 5.-; BV 35/II und III und Art. 1 und 9 der Verordnung über den Spielbetrieb in Kursälen vom 1.3.1929; SR 935.53).
- Die Ausgabe von Prämienanleihen - Anleiensobligationen mit i.d.R. tiefem Nennwert und langen Laufzeiten, wobei die fehlende oder geringe Verzinsung kompensiert wird durch die Aussicht, bei der Rückzahlung ev. mehr als den einbezahlten Nennwert zu erhalten - bedarf der Bewilligung des Bundesrates (LotG 17/I). Die ausführliche und einschränkende Regelung im LotG hat das Aussterben der Prämienanleihen bewirkt; die letzte schweizerische Prämienanleihe wurde 1982 zurückbezahlt.

2. Rechtswirkung

Liegt die behördliche Bewilligung vor, so entstehen auf beiden Seiten voll klagbare Forderungen (OR 515/I). Fehlt die erforderliche Bewilligung, so werden die Forderungen wie gewöhnliche Spielforderungen behandelt (OR 515/II und unten IV).

IV. Spiel und Wette i.e.S. (OR 513/514)

1. Anwendungsbereich; insbesondere Lieferungsverträge mit Spielcharakter (Spiel- oder "Differenzeinwand")

Spielverträge im engeren Sinn sind Gewinnabreden ausserhalb des Bereiches ökonomischer Tätigkeit, wobei der Spieldausgang von Geschicklichkeit oder Zufall oder von beidem zusammen abhängen kann.

Nach OR 513/II gilt Unklagbarkeit bzw. Spieleinrede auch bei "Differenzgeschäften und solchen Lieferungsgeschäften über Waren oder Börsenpapiere, die den Charakter eines Spieles oder einer Wette haben." Die Abgrenzung dieser Lieferungsgeschäfte vom wirtschaftlich gerechtfertigten und rechtlich gebilligten Terminhandel ist nicht einfach, zumal in der Schweiz im Gegensatz zur BRD keine börsenrechtlichen Sonderbestimmungen bestehen (vgl. das deutsche Börsengesetz §§ 50 ff., insbes. § 58).

Nach der früheren Rechtsprechung liegt immer dann ein unklagbares Geschäft vor, wenn die Parteien Recht und Pflicht zur wirklichen Lieferung und Abnahme der gekauften oder verkauften Ware durch ausdrückliche oder stillschweigende Willenseini-

gung ausgeschlossen haben, "so dass in Wirklichkeit lediglich die Kursdifferenz Gegenstand des Vertrages bildet" (BGE 62 II 114). Seit BGE 65 II 21 ff (bestätigt in 78 II 61 ff.) stellt das Bundesgericht nicht mehr auf den vertraglichen Ausschluss der Effektivlieferung ab, sondern beurteilt den Spielcharakter nach den gesamten Umständen jedes einzelnen Falles. Als Indizien der Spielabsicht können gelten: Wahl- und Planlosigkeit im Abschluss der Geschäfte, das Fehlen von Kenntnissen im Börsenwesen, Missverhältnis zwischen den vorhandenen Mitteln und dem Verlustrisiko, Fehlen eines Zusammenhanges zwischen der fraglichen Transaktion und dem Beruf des Spekulanten. Das spielerische Element muss der Gegenpartei bekannt oder zumindest leicht erkennbar sein. Die Beweislast für den Spielcharakter eines Lieferungsgeschäftes obliegt der Partei, die sich darauf beruft.

Vgl. zum Ganzen (insbes. zu Optionsgeschäften): D.C. Hauser, Spekulative Waretermingeschäfte, Diss. Zürich 1987; U. Pulver, Börsenmässige Optionsgeschäfte, Diss. Zürich 1986; E. Stauber, Der Spieleinwand ("Differenzeinwand"), Zürich 1988; sowie den (unveröffentlichten) BGE vom 5.11.1980 (dazu auch P. Forstmoser/U. Pulver, Der Optionshandel in der Schweiz, Sonderbeilage zu WM 37 (1988), p. 12 ff).

Hilfsgeschäfte zu Spielzwecken (Darlehen und Vorschüsse, "die wissentlich zum Behufe des Spieles oder der Wette gemacht werden") sind durch OR 513/II den gewöhnlichen Spielverträgen gleichgestellt.

2. Rechtswirkung: Unklagbarkeit der Forderungen

Zu den sanktionslosen (unvollkommenen) Obligationen vgl. OR/AT § 6

- a) Die Leistungsverpflichtungen können nicht durch Klage und Vollstreckung erzwungen, wohl aber vom Schuldner freiwillig erfüllt werden (OR 513/I; so auch BGB § 762, ABGB § 1271 f., fr.CC art. 1965, it. CC art. 1933).

Es liegt nicht eine Nicht-Schuld vor; die freiwillig erbrachte Leistung kann nicht als ungerechtfertigte Bereicherung zurückgefordert werden, es sei denn, das Spiel habe überhaupt nicht stattgefunden (BGE 77 II 48; vgl. weiter OR/AT § 23/III/5), oder die planmässige Ausführung sei durch Zufall oder durch den Empfänger vereitelt worden, oder dieser habe sich einer Unredlichkeit schuldig gemacht (OR 514/II).

- b) Ausstellung eines abstrakten Schuldversprechens (OR 17) oder eines Wechsels bewirkt keine Novation der bisherigen Schuld (OR 116/II): Dem Spielschuldner bleibt die Spieleinrede gewahrt (so explizit OR 514/I). Gutgläubige Dritte werden nach Wechselrecht geschützt (vgl. OR 1007). Als Dritter gilt jedermann, der nicht an der Spiel- oder Wettabrede beteiligt ist, u.U. also auch der Remittent (Giovannoli, OR 514 N. 2).

