

PD Dr. Arnold F. Rusch / Eva Maissen

Gutscheine mit Einlösefrist

Wer einen Geschenkgutschein kauft, bezahlt im Voraus. Die Anbieter honorieren dieses Entgegenkommen jedoch keineswegs, sondern beschränken die Einlösefrist oft auf ein Jahr. Ist das im Lichte der zwingenden Verjährungsregeln zulässig? Gehört eine Befristung auf dem Gutschein selbst überhaupt zum Vertragsinhalt? Die Autoren widmen die nachfolgenden Gedanken dem Korrektiv zur Befristung von Gutscheinen.

Rechtsgebiet(e): OR besonderer Teil; Beiträge

Zitiervorschlag: Arnold F. Rusch / Eva Maissen, Gutscheine mit Einlösefrist, in: Jusletter 12. Dezember 2011

Inhaltsübersicht

- I. Problemstellung
- II. Rechtliche Konstruktion
 1. Wertpapierrechtliche Einordnung
 2. Vertrag zugunsten des Papierinhabers oder Kauf des Inhaberpapiers?
 3. Inhalt des Gutscheins
 - a. Recht auf Vertragsleistung oder Vertragsabschluss
 - b. Recht auf Ersetzungsbefugnis
 - c. Kombination der Varianten?
- III. Zwingende Verjährungsbestimmungen
- IV. AGB-Korrektiv
 1. Keine Geltung ohne Übernahme
 2. Ungewöhnlichkeitsregel
 3. Unklarheitenregel
 4. Künftige Inhaltskontrolle
- V. Vertragliche Ansprüche
- VI. Schlusswort
- Literaturverzeichnis

I. Problemstellung

[Rz 1] Jedermann kennt Gutscheine mit Einlösefrist. Was vordergründig als alltägliches und einfach zu verstehendes Phänomen erscheint, zeigt bei genauerer Betrachtung eine *stupende Komplexität*. In einem *ersten* Schritt richtet sich der Fokus auf die rechtliche Einordnung der Verträge zum Erwerb des Gutscheins. Die relevante Frage lautet: Geht es um den Kauf eines Gutscheins oder um einen zukünftigen Warenkauf, zu dessen Abwicklung der Gutschein dient? In einem *zweiten* Schritt widmet sich die Abhandlung dem Problem, wie und ob die Befristung in den Vertrag gelangt und ob diese gültig ist.

II. Rechtliche Konstruktion

1. Wertpapierrechtliche Einordnung

[Rz 2] Es handelt sich bei den Gutscheinen zumeist um Karten und Marken des täglichen Verkehrs mit Wertpapiercharakter. Gutscheine ohne Namensnennung sind Inhaberpapiere (vgl. Art. 978 Abs. 1 OR).¹ Das Papier ist zur Geltendmachung des

Rechtes zu Lasten des Berechtigten und des Verpflichteten, also beidseitig *notwendig* (einfache Wertpapier- bzw. doppel-seitige Präsentationsklausel). Die Präsentation ist aber auch beidseitig *ausreichend*. Der Papierinhaber muss nur das Papier zeigen und das Warenhaus darf keinen weiteren Nachweis der Berechtigung verlangen.²

2. Vertrag zugunsten des Papierinhabers oder Kauf des Inhaberpapiers?

[Rz 3] Ist der Gutschein bloss eine Draufgabe? Denkt man sich den Gutschein weg, zeigt sich ein leicht verständliches Bild. Ein Warenhaus oder ein Dienstleister verspricht einer Person, an ihn oder eine andere Person auf deren Verlangen zu leisten. Dies ist ein echter Vertrag zugunsten Dritter (Art. 112 Abs. 2 OR).³ *Erst jetzt* ergibt sich die Notwendigkeit

Rektazeichen sein, und zwar meist in der Form qualifizierter Legitimationszeichen (...). Häufiger handelt es sich um Inhaberzeichen. Entscheidend für die Zuordnung ist auch hier der Zweck, den der Aussteller mit der Ausgabe des Zeichens verfolgt. Wenn er nur einer bestimmten, in dem Zeichen benannten Person verpflichtet sein will, liegt ein Rektazeichen vor (...). So verhält es sich namentlich bei den Netzkarten der Verkehrsunternehmen (...). Ist der Verpflichtungswille des Ausstellers dagegen darauf gerichtet, die Leistung an jeden Inhaber zu erbringen, so handelt es sich um ein Inhaberzeichen; (...).» und ZWICKEL, NJW 2011, 2753 ff., 2754.

² Zu diesen Klauseln vgl. MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, § 1 N 28 ff.; zur wertpapierrechtlichen Einordnung AHRENS, BB 1996, 2477 ff., 2477 f.

³ Vgl. AHRENS, BB 1996, 2477 ff., 2477, mit weiteren Hinweisen; vgl. ZK-JÄGGI, OR 965 N 297, insb. zweitletzter Abschnitt: «Demgegenüber tritt die Bedeutung der einfachen WP-Klausel zurück. Sie ist nicht bei allen unbenannten Ausweispapieren gegeben und liegt bei keinem der dazu gehörenden Urkundentypen klar auf der Hand. (...) Das Versprechen, dem Inhaber zu leisten, richtet sich daher beim unbenannten Ausweispapier vorab an den ersten Nehmer. Im Gegensatz dazu stellt die einfache WP-Klausel vorab eine Äusserung an die später berechtigten Urkundeninhaber dar, da in der Regel nur diese, nicht der erste Nehmer, daran interessiert sind, dass nicht ohne Vorweisung der Urkunde geleistet wird.»; vgl. die Argumentation in OLG München, Urteil vom 17. Januar 2008 – 29 U 3193/07, Erw. II.2.b.aa in NJW-RR 2008, 1233 ff., 1234: «Entgegen der Auffassung der Bkl. ist dabei ohne Belang, dass die von ihr ausgegebenen Geschenkgutscheine von ihren Vertragspartnern regelmässig als Geschenke an Dritte weitergegeben werden, die ihrerseits nicht Vertragspartner der Bkl. sind. Denn in den Schutz des § 307 Abs. 1 BGB sind auch die Interessen solcher Dritter einbezogen, die Rechte aus dem Vertrag herleiten können oder durch diesen unmittelbar berechtigt sind (...). Im Streitfall ist die Weitergabe der Gutscheine – die die Bkl. selbst unter der Bezeichnung Geschenkgutscheine anbietet – eine vertragsgemässe Verwendung, nach der dem Gutscheininhaber gegen die Bkl. ein Anspruch auf Lieferung der von ihm gewählten Ware mit einem den Gutscheinwert nicht übersteigenden Kaufpreis zusteht. Da der Gutscheininhaber unmittelbare Rechte aus dem durch die angegriffenen Klauseln geregelten Vertrag herleiten kann, sind seine Interessen in die Angemessenheitsprüfung des § 307 Abs. 1 S. 1 BGB einzubeziehen.»; vgl. auch OLG Düsseldorf, Urteil vom 21. Januar 1993 – 18 U 190/92 in NJW-RR 1993, 823 ff., 824: «Diese Beförderungsbedingungen der Bkl. sind Vertragsinhalt geworden. Für ihre Einbeziehung in den Vertrag war es nicht erforderlich, die Kl. etwa bei Abschluss des Beförderungsvertrages gem. § 2 Absatz 1 AGB-Gesetz auf die Beförderungsbedingungen hinzuweisen. Denn der Beförderungsvertrag ist nicht zwischen den Kl. und der Bkl., sondern zwischen der im eigenen Namen handelnden A-Flugreisen GmbH und der Bkl. geschlossen worden. Der zwischen der

¹ Vgl. die Überlegungen zum vergleichbaren Kino- und Theaterbilletts bei MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, § 2 N 138 f. mit ablehnendem Bezug auf BGE 80 II 26 ff., 34 f. wo das Bundesgericht die Inhaberpapierqualität eines Kinobilletts verneint; ebenso bejaht CHK-KUHN, OR 965 N 26 die Wertpapierqualität eines Kinobilletts; WÄLSER, 226 ff. und 232 ff. bejaht die Wertpapierqualität von Karten und Marken des täglichen Verkehrs; die Wertpapierqualität verneinend ZK-JÄGGI, OR 965 N 299, mit weiteren Ausnahmen in N 300, ebenso JÄGGI/DREYER/VON GREYERZ, 88 f.; vgl. auch die Erwägungen in ZR 1971 Nr. 66, 201 ff.. Das deutsche Recht erfasst diese Urkunden als Inhaberkarten und -marken in § 807 BGB – das Obligationenrecht erwähnt diese Kategorie im Unterschied zur Lehre nicht; vgl. auch MK-HABERSACK, BGB 807 N 5: «Das Zeichen ist Wertpapier, wenn seine Vorlage für die Ausübung des Rechts erforderlich ist (...). Das ist anzunehmen, wenn der Schuldner die Person des jeweils Berechtigten ohne das Zeichen nicht oder nur unter Schwierigkeiten feststellen kann, weil er seine Leistung massenweise erbringt. Karten oder Marken dieser Art können

einer effizienten Abwicklung dieses Vertrages mit einem Gutscheine. Einfacher ist es, einen Gutschein auszustellen, als alle Mitarbeiter des Warenhauses über das Forderungsrecht des meist unbekannten Dritten zu informieren.⁴ Der Gutschein hat dann eine Ausweis-, Quittungs-, Organisations- und Kontrollfunktion.⁵

[Rz 4] Denkbar ist auch der reine Fahrniskauf des Gutscheins, der das Forderungsrecht verkörpert.⁶ Denkt man diese Konstruktion weiter, würde sie aus vielen Verträgen blosse Kaufverträge machen. Ein Kino- oder Theaterbesuch wäre nicht mehr Werkvertrag, sondern Kauf eines Tickets.⁷ Dass die blosse Ausstellung eines Papiers über die Berechtigung und Abwicklung auf die Qualifikation des Vertrages generell einen derartigen Einfluss ausüben könnte, ist schwer vorstellbar, es sei denn, ein Dritter verkaufe die Tickets oder Gutscheine. Bei Geschenk-, Waren- oder Dienstleistungsgutscheinen aber richtet sich der Vertragsinhalt tatsächlich eher auf den Papiererwerb des bereits existenten Gutscheins und nicht so sehr auf das ohnehin noch nicht konkretisierte Geschäft.⁸ Der Gutschein ist insofern nicht bloss für das

Warenhaus, sondern auch für den Käufer wichtig, weil man ihn schenkweise und auch zu anderen Zwecken leicht übertragen kann, was stark für die Qualifikation als Inhaberpapier spricht.

[Rz 5] Die einheitliche Behandlung aller Verträge mit Gutscheinen oder Tickets ist nicht notwendig.⁹ Jedenfalls bei Waren- und Geschenkgutscheinen gibt es einen auf den Erwerb des Gutscheins begründbaren Vertragswillen. Diese Erkenntnis ist deshalb relevant, weil sie für den Einbezug der allgemeinen Geschäftsbedingungen entscheidend ist. Kommt es auf den Kaufvertrag des Gutscheins, den darin verkörpert Hauptvertrag (zugunsten Dritter) oder den wertpapierrechtlichen Begebungsvertrag an? Um es gleich vorwegzunehmen: Für den Einbezug der Gutscheins-Einlösefristen kann einzig der Begebungsvertrag relevant sein.¹⁰

[Rz 6] Es sprechen mehrere Punkte gegen die AGB-rechtliche Relevanz des Erwerbsvorgangs des Inhaberpapiers. Der Erwerbsvorgang *des Inhaberpapiers* und der Erwerbsvorgang *aus dem Inhaberpapier* sind *erstens* nicht identisch. Der Inhalt richtet sich einmal auf den Erwerb des Papiers, während das verbrieft Recht sich auf einen Waren- oder Dienstleistungserwerb richtet. Die Festlegung des Gutscheininhalts erfolgt aber einzig durch den Begebungsvertrag. Müsste der Einbezug beim Erwerb des Gutscheins erfolgen, wäre ein erneuter Einbezug der AGB bei jeder weiteren Veräusserung des Inhaberpapiers notwendig. Dies würde dem Papier jegliche Verkehrsfähigkeit nehmen, während die Begebung – für

Fluggesellschaft und dem Reiseveranstalter abgeschlossene Chartervertrag begründet als Vertrag zugunsten Dritter für den Reisenden lediglich einen selbständigen Anspruch auf Beförderung gegen die Fluggesellschaft (...); vgl. WOLF/LINDACHER/PFEIFFER-PFEIFFER, BGB 305 N 64: «Die Absätze [d.h. § 305 Abs. 2 und 3 BGB] gelten auch für die erstmalige Begebung von Wertpapieren mit AGB, gleichgültig, ob Inhaber-, Order- oder Rekta-Papiere, nicht jedoch bei deren Übertragung, weil der Inhalt der Rechte aus dem Papier jedenfalls im Falle der Fremdemission dann durch den Übernahmevertrag bereits festgelegt ist.»

⁴ Vgl. dazu die ablehnenden Überlegungen bei SENFF, 100 ff. und 105 ff.

⁵ Vgl. zu diesen Funktionen ZK-JÄGGI, OR 965 N 297.

⁶ Vgl. BGE 107 II 419 ff., 422: «Ein solches Rechtsgeschäft ist nach den Bestimmungen über den Fahrniskauf (Art. 187 ff. OR) zu beurteilen, selbst wenn die Aktien nicht herausgegeben, folglich auch nicht in Wertpapieren verbrieft worden sind; Art. 187 Abs. 1 OR beschränkt den Gegenstand des Kaufes nicht auf verurkundete Rechte oder körperliche Sachen (...). Die gesetzliche Gewährleistung bezieht sich aber nicht auf die Vermögenswerte der Gesellschaft, sondern ist auch bei einem Verkauf aller Aktien bloss für den Bestand und Umfang der damit veräusserten Rechte gegeben.»

⁷ Vgl. zum Kinobesuch und -billett BGE 80 II 26 ff., 34 f.; vgl. die Konstruktion bei einer 11er-Karte für den Saunabesuch in AG Wuppertal, Urteil vom 19. Januar 2009 – 35 C 39/08 in NJOZ 2010, 502 f., 502: «Mit Erwerb einer 11-er Karte am 29. 11. 2005 durch die Kl. wurde zwischen den Parteien ein Benutzungsvertrag geschlossen, der die Kl. berechtigte, die Bade- und Saunalandschaft der Bekl. elf Mal zu nutzen.»

⁸ Vgl. KNÖFEL, ACP 2010, 666: «Demgegenüber wird der Gutschein im Verkehr weit stärker als Papier wahrgenommen, dessen Sacheigenschaft und geläufige Präsentierbarkeit dominiert, zumal wenn es sich um Gutscheinvergabe im anonymen Massengeschäft handelt, das die klaren Umrisse eines bipolaren Schuldverhältnisses ohnedies vermissen oder verblassen lässt.»; vgl. ZWICKEL, NJW 2011, 2754: «Eine andere Möglichkeit ist, für das Gutscheingeschäft insgesamt die Regeln des Hauptvertrags zur Anwendung zu bringen. Das Papier ist dann die Gegenleistung für die aus dem Hauptvertrag geschuldete Leistung. Diese Auffassung erkennt jedoch, dass sich zum Beispiel beim Gutscheinkauf eine Hauptleistungspflicht des Verkäufers zunächst auf Verschaffung des Papiers und des darin verbrieften Rechts richtet. Es kann daher nicht ausschliesslich auf den Hauptvertrag abgestellt werden.»

⁹ Vgl. KNÖFEL, ACP 2010, 663: «Gutscheine changieren zwischen Wertpapierrecht und Vertragsrecht. Sie stehen phänotypisch zwischen der Begebung eines Papiers, das verbrieft wirkt, indem es privatrechtliche Rechte oder Ansprüche mit einer Urkunde verklammert, und der Anbahnung oder dem Abschluss eines «gewöhnlichen» Umsatzgeschäfts. Zuweilen hat man jede wertpapierrechtliche Dimension des Coupengeschäfts geleugnet, und Gutscheine nur nach den allgemeinen Regeln der Rechtsgeschäftslehre oder des Vertragsrechts erfassen wollen. Abgesehen von einer älteren, ganz vereinzelter Ansicht, die Werbegutscheine als Auslobungen (§ 657 BGB) betrachtet, diesen Weg aber ausdrücklich nicht allgemein empfiehlt, sondern nur für Sammelgutscheine, kommt hier im Wesentlichen in Betracht, die Gutscheine als Sonderformen in das Recht der Willenserklärungen zu integrieren.»

¹⁰ Vgl. dazu MK-HABERSACK, BGB 793 N 45; vgl. SENFF, 190 f.; vgl. BGH, Urteil vom 24. Januar 2008 – III ZR 79/07 in NJW-RR 2008, 562 ff., 563, Rz. 12; vgl. OLG Köln, Urteil vom 23. August 2000 – 6 U 202/99 in MMR 2001, 167 ff., 167: «Dies vermag indessen die inhaltliche Beurteilung der in Rede stehenden Regelung bzw. die Frage, ob diese überhaupt einer Inhaltskontrolle unterworfen ist, nicht massgeblich zu beeinflussen, da Anknüpfungspunkt der hier vorzunehmenden Prüfung nicht die Telefonkarten selbst, sondern der ihrer Ausgabe zu Grunde liegende Begebungsvertrag ist. Nur bei diesem, nicht aber bei den die hierdurch schuldrechtlich begründete Forderung verbrieftenden Telefonkarten handelt es sich um AGB i.S.d. in § 1 Abs. 1 AGBG getroffenen Definition, die allein dem Anwendungsbereich des AGBG unterfallen.»; vgl. BGH, Urteil vom 12. Juni 2001 – XI ZR 274/00, Erw. II.1. in NJW 2001, 2635 ff., 2636: «Zu Recht hat das BerGer. allerdings in der streitigen Gültigkeitsbeschränkung eine AGB i.S. des § 1 Abs. 1 AGBG gesehen und hierbei zutreffend nicht auf die Telefonkarte als solche, sondern auf den ihrer Ausgabe zu Grunde liegenden Vertrag abgestellt.»

Verkehrszwecke optimal – nur einmal stattfindet.¹¹ Der Verkäufer, der mit dem Aussteller des Gutscheins nicht identisch zu sein braucht, hat *zweitens* meist kein Interesse an einem Einbezug und an der Durchsetzung der AGB des Ausstellers beim Verkauf der Gutscheine.¹² Ebenfalls nicht mit der Verkehrsfähigkeit der Gutscheine vereinbar ist *drittens* der Gedanke, dass sich der Papierinhaber je nach dem konkreten Erwerb des Inhaberpapiers auf den Nichteinbezug der AGB mit der Einlösefrist berufen könnte. Da der Geschenkgutschein kaum für die mehrfache Übertragung gedacht ist, fällt dies faktisch vielleicht nicht so stark ins Gewicht. Ob und wie oft aber der Gutschein tatsächlich die Hand wechselt, ist unklar und für die Inhaberpapierqualität und deren Folgen auch nicht relevant.

[Rz 7] Der Einbezug muss folglich im Rahmen des Begebungsvertrages, nicht aber bei jeder weiteren Übertragung der Papiere erfolgen. Dies bedeutet, dass die Einlösefristen auf den Gutscheinen selbst theoretisch nicht enthalten sein müssen – was aber unlauter wäre.¹³ Die Definition des Begebungsvertrages vertritt sich mit der Einbeziehung auf der Urkunde selbst: *«Der Begebungsvertrag ist eine im Gesetz nicht näher geregelte Vereinbarung, ein Innominatkontrakt. Aussteller und Nehmer (Empfänger) vereinbaren darin, dass das in der Urkunde Erklärte gelten soll.»*¹⁴ Dies impliziert eine vorgängige Existenz der Klausel mit Bezugnahme darauf, was als Einbezug vollumfänglich genügt. Dass der Begebungsvertrag als solcher keine schriftliche Fixierung findet, ändert an der AGB-Qualität und der Vorformulierung für beliebig viele Verträge nichts.¹⁵ Vorliegend wäre der kritische

Inhalt des Begebungsvertrages aufgrund des Aufdrucks sogar schriftlich feststellbar. Diese Erkenntnis zeigt, dass die Einlösefristen Teil des Begebungsvertrages und der Urkunde geworden sind. Der Fokus der weiteren Untersuchung richtet sich jetzt auf die Gültigkeit von Einlösefristen in Individualverträgen und allgemeinen Geschäftsbedingungen, was eine vorgängige Analyse des im Gutschein enthaltenen Rechts voraussetzt. Bejaht man die Gültigkeit der Einlösefristen, bleibt noch die Prüfung, ob sich aus dem Kauf des Gutscheins Ansprüche ableiten lassen.

3. Inhalt des Gutscheins

[Rz 8] Es sind grundsätzlich zwei Varianten möglich. In der ersten Variante verkörpert der Gutschein ein Recht auf einen Vertragsschluss oder eine Vertragsleistung. Die zweite Variante erfasst den Gutschein als «Ersatzgeld», d.h. als ein Recht auf Ersetzungsbefugnis.

a. Recht auf Vertragsleistung oder Vertragsabschluss

[Rz 9] Das Inhaberpapier verkörpert ein Recht aus einem Vorvertrags-, Vertrags- oder Optionsrechtsverhältnis. Auf der Hand liegt primär die Annahme einer Forderung aus Vorvertrag auf Abschluss eines Hauptvertrages. Der Inhaber des Gutscheins kann den Abschluss des Hauptvertrages über das ausgewählte Vertragsobjekt verlangen. Der direkte Abschluss des Hauptvertrages ist nicht praktikabel, weil die Leistung aus einem ganzen Sortiment erfolgen kann, aus dem der Gutscheininhaber den Vertragsgegenstand noch auswählen muss. Aber auch in dieser Konstellation ist die Annahme eines bereits geschlossenen Hauptvertrages möglich. Das Forderungsrecht richtet sich dann auf eine bestimmte Sache oder eine Wahlschuld, bei der das Wahlrecht aus dem Sortiment des Warenhauses dem Inhaber des Gutscheins zusteht. Geht es um eine aus einem Optionsvertrag resultierende Forderung, kann er den Vertragsschluss mit Hilfe des Gestaltungsrechts herbeiführen.¹⁶ Vorvertrag und Optionsvertrag lassen sich bei den Gutscheinen nicht unterscheiden. Während bei klar definierten Leistungen der Optionsvertrag einschlägig sein könnte, bei den Warengutscheinen mit Auswahlmöglichkeit jedoch mangels Bestimmtheit nicht, ist aus Gründen der Einheitlichkeit und der Interessenlage von Vorverträgen auszugehen.¹⁷ Auch Folgenerwägungen rechtfertigen dies. Optionsrechte als Gestaltungsrechte würden keiner Verjährung und folglich auch nicht dem Abänderungsverbot von Art. 129 OR unterliegen, doch gebietet die identische Interessenlage und die fehlende Unterscheidbarkeit im Alltag, alle Inhaber von Gutscheinen insofern

¹¹ Vgl. SENFF, 193.

¹² Vgl. HOFBAUER/HAHN, MMR 2002, 589 ff, 593.

¹³ Vgl. DAVID/REUTTER, 81: «Sowohl Gratis- wie Geschenkgutscheine müssen auf dem Gutschein selbst die Bedingungen enthalten, zu denen die Waren oder Leistungen erhältlich sind; fehlen solche Angaben, so darf angenommen werden, dass die Gutscheine unbefristet sind und ohne Einschränkung eingelöst werden können.»; vgl. die Erwägungen in BGH, Urteil vom 28. Juni 2005 – XI ZR 363/04 in NJW 2005, 2917 ff., 2917 f.; vgl. auch STAUDINGER/SCHLOSSER, BGB 305 N 9: «Inwieweit Bedingungen in Wertpapieren, die zum Publikumsabsatz geschaffen wurden, AGB sind, wurde längere Zeit kontrovers erörtert, nachdem der BGH in der sogenannten Klöckner-Entscheidung den AGB-Charakter von Genussscheinbedingungen angenommen hatte (...). Unter Hinweis auf die Wahrung der Eigen- und Emittenteninteressen und weniger der Anlegerinteressen durch die Emissionsbanken wurde dem gelegentlich gefolgt (...). Verwender ist dann nicht die Bank, sondern der Emittent. Andere leugneten dies tendenziell generell oder jedenfalls dann, wenn die Emissionsbanken selbst die ersten Nehmer sind (...). Die Problematik dürfte aber mit der sehr klaren Entscheidung des XI. Senats des BGH vom 28. Juni 2005 (NJW 2005, 2917 = BB 2005, 1871) bereinigt sein, der Anleihebedingungen von Inhaberschuldverschreibungen zwar als AGB ansprach, aber wegen der Verkehrsfähigkeit der Papiere die Anwendung von § 2 AGBG (= § 305 Abs 2 BGB) ablehnte.»; vgl. OLG Frankfurt/M, Urteil vom 21. Oktober 1993 – 16 U 198/92 in ZIP 1994, 26 ff., 27; vgl. auch die Hinweise bei Fn. 10.

¹⁴ MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, § 3 N 10; vgl. die identische Definition in JÄGGI/DRUEY/VON GREYERZ, 17.

¹⁵ Vgl. BGH, Urteil vom 12. Juni 2001 – XI ZR 274/00, Erw. II.2. in NJW 2001, 2635 ff., 2636.

¹⁶ Das wäre dann bei einem Warengutschein eine Wahlschuld, auszuwählen aus dem ganzen Warenhaussortiment, vgl. SENFF, 155 ff., insb. 166; zum Optionsrecht 167; vgl. auch AHRENS, BB 1996, 2477 ff., 2478.

¹⁷ So auch ZWICKEL, NJW 2011, 2755.

gleich zu behandeln und in den Genuss des in Art. 129 OR enthaltenen Abänderungsverbots kommen zu lassen.¹⁸

b. Recht auf Ersetzungsbefugnis

[Rz 10] Auch denkbar ist das Konzept des Gutscheins als blosser Ersatz der Geldzahlung im Sinne einer Übergabe an Erfüllung statt. Konsequenz daraus ist die fehlende Verpflichtung zu einem Vertragsabschluss oder zur Erbringung einer Leistung.¹⁹ Auf diese Weise ist ein Gutschein nur im Falle einer Kontrahierungspflicht wirklich etwas wert. Ausserhalb der Kontrahierungspflicht kann sich sonst der Anbieter jeder Verpflichtung entziehen, indem er einfach keinen Vertrag mit dem Inhaber des Gutscheins abschliesst.²⁰

c. Kombination der Varianten?

[Rz 11] Eine Kombination der beiden Varianten erfasst den gewöhnlichen Warengutschein auf den ersten Blick optimal. Der Gutschein verkörpert die Forderung aus Vorvertrag auf Abschluss eines Hauptvertrages mit Hingabe des Gutscheins an Stelle der Geldzahlung. Denkt man diese Kombination weiter, müsste der Verkäufer bei einer Wandlung des Kaufobjekts lediglich den Gutschein zurückgeben oder einen neuen Gutschein ausstellen.²¹ Der Vertragswille dürfte sich indes eher auf eine identische Behandlung wie bei einer Geldzahlung richten. Dies spricht dafür, das im Gutschein verkörperte Recht lediglich als Forderung aus Vorvertrag auf Abschluss eines Hauptvertrages über einen bestimmten oder noch auszuwählenden Leistungsgegenstand anzusehen, für den keine Zahlung mehr nötig ist, weil sie schon erfolgt ist.

III. Zwingende Verjährungsbestimmungen

[Rz 12] Art. 129 OR verbietet die vertragliche Abänderung der in Art. 114–142 OR enthaltenen Fristen. Sowohl Verlängerung wie auch Verkürzung fallen unter dieses Verbot.²² Mietgerichte haben die Zulässigkeit der Verabredung kurzer Fristen zur Geltendmachung von Ansprüchen stets mit dem Argument geschützt, ein auf Art. 129 OR gestütztes Verbot stelle im Ergebnis einen zu grossen Eingriff in die Vertragsfreiheit dar.²³ Bei allgemeinen Geschäftsbedingungen ist dieses

Argument ohnehin nicht stichhaltig. Hinzu kommt, dass auf die meisten in Gutscheinen verkörperten Forderungen nicht die Frist von zehn Jahren gemäss Art. 127 OR, sondern die Fünfjahresfrist des Art. 128 OR Anwendung findet. BGE 132 III 285 ff., 290 hält jetzt aber unmissverständlich fest, dass die Bedingung, Forderungen innert zwei Jahren gerichtlich geltend zu machen, gegen Art. 129 OR verstösst.²⁴ Dass dies nur Fristen zur *gerichtlichen* Geltendmachung erfassen soll, wie es die Mehrheit der Autoren festhält,²⁵ ist nicht einsichtig.²⁶ Die *aussergerichtliche* Einlösefrist als Verwirkungsfrist für Gutscheine verfolgt dasselbe, von Art. 129 OR verpönte Ziel, die zwingenden Verjährungsfristen von Art. 127 f. OR zu verkürzen und damit abzuändern.²⁷ Art. 129 OR soll alle

280 ff., 284 f.; Appellationsgericht Basel-Stadt, Urteil vom 23. Mai 1985 in MP 1988, 56 ff., 58.

²⁴ Vgl. BGE 132 III 285 ff., 290: «Dies schliesst zwar nicht aus, dass eine Forderung von einer Resolutivbedingung abhängig gemacht werden kann. Allerdings ist eine Bedingung, wonach die Forderung binnen bestimmter Frist irgendwie gerichtlich einzuklagen sei, der Abkürzung der Verjährungsfrist gleichzustellen. Indem die Vorinstanz Art. 22 Abs. 3 des FIFA-Reglements im Ergebnis als Abkürzung der gesetzlichen Verjährungsfrist (Art. 127 OR) ausgelegt hat, hat sie die zwingende Norm von Art. 129 OR des schweizerischen Rechts missachtet, das die Parteien in Ziffer 3 des Vertrages gewählt haben.»

²⁵ So BSK-DÄPPEN, OR 129 N 5, CHK-KILLIAS, OR 129 N 4 und von TUHR/ESCHER, 217 und 270.

²⁶ Vgl. die entsprechende, aber letztlich abgelehnte Argumentation in Appellationsgericht Basel-Stadt, Urteil vom 23. Mai 1985 in MP 1988, 56 ff., 58, in Appellationsgericht Basel-Stadt, Urteil vom 31. Oktober 1958 in BJM 1958, 280 ff., 284 f. und in Appellationsgericht Basel-Stadt, Urteil vom 16. April 1984 in BJM 1984, 297 ff., 299 f.: «Zurecht wird aber im Urteil des Appellationsgerichts vom 31.10.1958 darauf hingewiesen, dass zumindest indirekt auch dann ein Eingriff in die Verjährungsordnung vorliegt, «wenn kraft Parteiabrede die Forderung untergehen soll, sofern der Gläubiger nicht fristgerecht ausserrechtliche Massnahmen trifft (welche für ihn möglicherweise weit umständlicher sind als das Erwirken eines Zahlungsbefehls)». Es erscheint denn auch die vom Beschwerdeführer angeführte neuere Lehre insofern wenig überzeugend, als sie gerade hier die Unterscheidung zwischen zulässiger Verwirkung und unzulässiger Verjährungsverkürzung vornimmt: So soll eine zulässige Verwirkungsfrist vorliegen, wenn der Gläubiger innert einer bestimmten Frist eine ausserrechtliche Massnahme (z.B. Feststellung von Schäden durch nicht ordnungsgemässes Benützen der Mietsache) zu treffen habe, während es einen unzulässigen Eingriff in die gesetzliche Verjährungsordnung bedeute, wenn der Gläubiger eine rechtliche Massnahme (z.B. das Erwirken eines Zahlungsbefehls) vorzunehmen habe. Angesichts dieser problematischen Abgrenzungskriterien und angesichts des Umstandes, dass Art. 129 OR, welcher die vertragliche Verkürzung von Verjährungsfristen schlechthin untersagt, dem Bedürfnis der Praxis, insbesondere bei mietrechtlichen Streitigkeiten möglichst rasch eine Klärung der Rechtslage zu erzielen, keine Rechnung trägt, sollte diese Bestimmung restriktiv interpretiert werden. Eine Übertragung der für die Verjährung geltenden Grundsätze auf die Vereinbarung von Verwirkungsfristen in Fällen, in denen beide Parteien an der raschen Klärung des Tatbestandes interessiert sind, drängt sich daher nicht unbedingt auf.»

²⁷ Vgl. DAVID/REUTTER, 81: «Dabei ist aber auch der Frage nachzugehen, ob der Aussteller eines Gutscheins berechtigt ist, dessen Gültigkeit auf eine relativ kurze Zeit, beispielsweise auf zwei Jahre, zu beschränken. Dies ist zu verneinen, denn die zeitliche Befristung eines Gutscheins stellt eine verkappte Abkürzung der gesetzlichen Verjährungsfristen dar. Der Aussteller

¹⁸ Vgl. dazu SENFF, 168 f., mit zustimmungswürdigem Fazit auf S. 171. Zur Nichtanwendung der Verjährungsbestimmungen auf Gestaltungsrechte vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 3272.

¹⁹ Vgl. dazu SENFF, 143 ff.; vgl. WALSER, 211 f., der Gutscheine als «Privatgeld» bezeichnet.

²⁰ Vgl. SENFF, 143 und ZWICKEL, NJW 2011, 2754.

²¹ Vgl. Art. 109 Abs. 1 OR («...das Geleistete zurückfordern...»); vgl. BSK-WIEGAND, OR 109 N 5 («in natura»); ZWICKEL, NJW 2011, 2757 wendet für diesen Fall die Störung der Geschäftsgrundlage an (§ 313 BGB), was ebenfalls zu einer Rückzahlung des Geldes führt.

²² Vgl. CHK-KILLIAS, OR 129 N 3, mit weiteren Hinweisen.

²³ Vgl. Basler Appellationsgericht, Urteil vom 31. Oktober 1958 in BJM 1958,

mittelbar und unmittelbar wirkenden Regelungen erfassen, zu deren Zwecken die gesetzliche Verjährung dient.²⁸ Warenhäuser rechtfertigen die Befristung der Gutscheine gerade mit dem Aufwand der buchhalterischen Erfassung und der technischen Abwicklung von Gutscheinen.²⁹ Diese Argumente entsprechen der *ratio legis* aller Verjährungsnormen. Überdies fällt dieser Aufwand auch bei beschränkter Gültigkeitsdauer in weitgehend gleichem Ausmass an.³⁰ Niemand soll Forderungen durchsetzen können, deren Beweisbarkeit nur mit unzumutbaren Aufbewahrungsfristen gegeben ist. Dieses Argument darf folglich nicht dazu dienen, die gesetzlichen Fristen zu kürzen. Die Ursache der gekünstelten Unterscheidung zwischen privaten und gerichtlichen Fristen zur Geltendmachung eines Anspruchs liegt wohl in der zwingend anwendbaren Verjährungsregelung. In Deutschland kann

eines Gutscheins kann zwar einseitig auf die Einrede der Verjährung verzichten, doch ist es nicht zulässig, die gesetzlichen Verjährungsfristen durch Verfügung der Beteiligten abzuändern. Da diese für den Kleinverkauf von Waren fünf Jahre beträgt, geht es nicht an, Warengutscheine auf eine kürzere Zeitspanne zu befristen.»

²⁸ Vgl. die entsprechende Aussage bei SPIRO, 868: «Massgebend müssen die Verjährungsvorschriften des Gesetzes vielmehr überall dort bleiben, wo die Geltendmachung des Rechts gegen den Schuldner innert einer bestimmten Frist zum Schutze eben jener Interessen gefordert wird, die zu wahren das Gesetz der Verjährung als Aufgabe zuweist, also die Geltendmachung zum Schutze vor unbegründeten, unerwarteten oder bloss befürchteten Ansprüchen befristet wird.» Allerdings zieht er im nächsten Satz einen Schluss, der zu den obigen Ausführungen gerade nicht passt, indem er Fristen für die Vorlage, Vorbereitungshandlungen und sonstige Mitteilungen als zulässig erachtet.

²⁹ Vgl. die Argumentation eines Warenhauses in LG München, Urteil vom 5. April 2007, 12 O 22084/06, BeckRS 2007, 06736: «Die Bekl. müsse für jeden Gutschein ein entsprechendes Konto führen, auf dem die Bewegungen festgehalten werden müssten. Es müsse also der Beschenkte sich registrieren lassen, es müsse ein Konto eröffnet und so lange verwaltet werden, bis der Gutschein vollumfänglich verbraucht sei. Bei einer langen Einlösungsdauer müsse ein solches Konto entsprechend länger geführt werden, es sei offensichtlich, dass damit ein erheblicher Verwaltungs- und Arbeitsaufwand verbunden sei, der Kosten verursache (...). Die Begrenzung auf ein Jahr liege somit im Rationalisierungsinteresse der Bekl. und im Interesse an der Vereinfachung von Arbeitsabläufen zur Herabsetzung des Verwaltungsaufwandes und zur Kostenreduzierung. Hinzu kämen bilanztechnische Interessen der Bekl.. Bei einer längeren Einlösungsdauer von Gutscheinen müssten diese als Forderung gegen die Bekl. gebucht und – solange sie bestünden, ggf. über mehrere Jahre hinweg – in den Bilanzen berücksichtigt werden, was ebenfalls zu einem erheblichen Kosten- und Verwaltungsaufwand führen würde (...).»; vgl. die ähnlichen Argumente in AG Wuppertal, Urteil vom 19. Januar 2009 – 35 C 39/08 in NJOZ 2010, 502 f., 503.

³⁰ Vgl. die Erwägung in OLG München, Urteil vom 17. Januar 2008 – 29 U 3193/07, Erw. II.2.b.dd.1 in NJW-RR 2008, 1233 ff., 1234: «Auch bei nur einjähriger Gültigkeit der Gutscheine müssen die jeweils noch offenen Gutscheinwerte in Konten geführt und am Ende des Geschäftsjahrs bilanziert werden. Zu dem Umfang des mit der Führung der Konten über ein Jahr hinaus mindestens bis zum Ablauf der regelmässigen Verjährungsfrist verbundenen zusätzlichen Aufwands, der durch die angegriffenen Klauseln vermieden werden soll, ist von der Bekl. trotz entsprechenden Hinweises des LG nicht näher vorgetragen worden; dieser Aufwand erscheint bei der praktizierten Kontoführung mittels elektronischer Datenverarbeitung vernachlässigbar gering.»

man die Verjährung vertraglich regeln (§ 202 BGB). Folgerichtig geben auch alle zu, dass die Vereinbarung einer Einlösefrist eine Änderung der Verjährungsregelung darstellt.³¹

[Rz 13] Einzuräumen ist, dass man auf Forderungen verzichten und diesen Verzicht bei Unterlassung gewisser Handlungen fingieren kann. Ein entsprechender Wille zur Fiktion einer Willenserklärung geht aus den auf den Gutscheinen enthaltenen Vermerken nicht hervor.³² Das angebliche Faktum, dass Kunden Gutscheine nur während einer gewissen Zeit einlösen würden, genügt nicht zur Annahme eines fingierten Verzichts.³³ Geht ein entsprechender Wille aus der Formulierung hervor, stellte dieser eine Umgehung zum verjährungsrechtlichen Abänderungsverbot dar. Hinzu kommt, dass bei einer Erklärungsfiktion das AGB-Korrektiv besonders massiv eingreift. Erklärungsfiktionen ohne Einräumung einer angemessenen Frist zur Abgabe einer expliziten Erklärung und ohne Erinnerung an die Bedeutung des Schweigens bei Fristbeginn – was bei unpersönlichen Gutscheinen kaum denkbar ist – sind nach dem künftigen Art. 8 UWG auch in der Schweiz in Übereinstimmung mit der deutschen Regelung in § 308 Nr. 5 BGB wohl nichtig.³⁴

[Rz 14] Diese Erwägungen zur Verjährung passen indes nicht auf alle Gutscheine. Aktionen oder «Schnäppchengutscheine» kennen meist einen zeitlich sehr eng begrenzten Erfüllungszeitraum. Bei solchen Gutscheinen verkörpert der Gutschein aufgrund des Vertragswillens wohl nur die Forderung oder ein Wahlrecht aus einem *relativen Fixschuldverhältnis*,

³¹ Vgl. OLG München, Urteil vom 17. Januar 2008 – 29 U 3193/07, Erw. II.2.a in NJW-RR 2008, 1233 ff., 1233: «Das bürgerliche Recht kennt für Verpflichtungen aus schuldrechtlichen Verträgen im Allgemeinen nur das in den §§ 194ff. BGB im Einzelnen geregelte Rechtsinstitut der Verjährung, nicht dagegen besondere, von der Frage der Verjährung unabhängige Ausschlussfristen. Auch für den mit einem Geschenkgutschein verknüpften Anspruch gegen die Bekl. ist (...) keine gesetzlich vorgesehene Ausschlussfrist ersichtlich. Die Gültigkeitsbefristung der Geschenkgutscheine der Bekl. enthält daher eine Abweichung von den gesetzlichen Vorschriften des bürgerlichen Rechts.»

³² Aus Formulierungen wie «Einlösbar während zwei Jahren ab Ausstellung» oder «Gültig zwei Jahre ab Ausstellung» lässt sich keine Erklärungsfiktion ableiten; anders bei der Formulierung «...ansonsten Verzicht angenommen wird.» in Appellationsgericht Basel-Stadt, Urteil vom 23. Mai 1985 in MP 1988, 56 ff., 56 und Appellationsgericht Basel-Stadt, Urteil vom 31. Oktober 1958 in BJM 1958, 280 ff., 280 f.

³³ Ein Warenhaus hat sich in seiner Argumentation auf dieses Faktum gestützt: «Zu berücksichtigen sei hier, dass die Gültigkeitsdauer der Gutscheine 24 Monate betrage. Es ergebe sich, dass die ganz überwiegende Anzahl der Gutscheine im ersten Jahr eingelöst werde, die Einlösequoten im zweiten Jahr seien verschwindend gering. (...) Das bestätige die Behauptung der Bekl., dass Gutscheine, die nicht eingelöst werden, bewusst nicht eingelöst würden und auch nicht eingelöst werden würden, wenn die Einlösedauer der gesetzlichen Verjährungsregelung entspräche. Dem entspreche auch, dass die Bekl. nur verschwindend geringe Kundenbeschwerden im Hinblick auf die Einlösedauer der Gutscheine zu verzeichnen habe, nämlich unter fünf pro Jahr.» (LG München I, Urteil vom 5. April 2007, 12 O 22084/06, BeckRS 2007, 06736).

³⁴ Vgl. die Hinweise zu Erklärungsfiktionen bei RUSCH/MAISSEN, recht 2010, 102.

dessen Erfüllung nach Ablauf der kurzen Frist aufgrund der Parteiabrede ausgeschlossen ist.³⁵ In diesen Fällen ist es nicht möglich, sich auf das zwingende Recht gemäss Art. 129 OR zu berufen. Immerhin verbleibt aber die Möglichkeit, das AGB-Korrektiv bezüglich der Festlegung der Fixschuld anzurufen. Zusätzlich wäre es wohl rechtsmissbräuchlich, sich bei Sonderpromotionen während einer zeitlich begrenzten Konsumflaute auf eine fünf- oder zehnjährige Verjährungsfrist zu berufen.

IV. AGB-Korrektiv

[Rz 15] Die Einlösefrist des Gutscheins steht bei Vertragsschluss für gewöhnlich nicht zur Verhandlung. Der Anbieter setzt diese selbst fest.³⁶ Es handelt sich daher um allgemeine Geschäftsbedingungen, die einer besonderen vertrags- und lauterkeitsrechtlichen Kontrolle unterliegen. Dieses Korrektiv ist aber nur dann anwendbar und notwendig, wenn vertragliche Einlösefristen nicht schon gegen die zwingenden Verjährungsbestimmungen (Art. 129 OR) verstossen. Wir bejahen die Anwendbarkeit von Art. 129 OR auf Einlösefristen bei Gutscheinen (siehe oben, Titel III). Verneint man dies, muss sich die grundsätzlich gültige Einlösefrist dem AGB-Korrektiv stellen.

1. Keine Geltung ohne Übernahme

[Rz 16] Die obigen Erwägungen zum Einbezug der allgemeinen Geschäftsbedingungen haben gezeigt, dass es nur auf den Begebungsvertrag ankommt.³⁷ Es ist deshalb *diesbezüglich*³⁸ unproblematisch, dass die Beschränkung meistens erst bei Erhalt des Gutscheins oder bei dessen Geltendmachung zum Vorschein tritt.

2. Ungewöhnlichkeitsregel

[Rz 17] Es stellt sich vorliegend die Frage, ob die Einlösefrist auf einem Gutschein ungewöhnlich sein könnte. Als ungewöhnlich gelten gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung überraschende Klauseln, mit denen der Kunde vernünftigerweise nicht rechnen musste und auf die der

AGB-Verwender nicht besonders hingewiesen hat.³⁹ Da man nicht weiss, wer im entscheidenden Moment als Kunde auftritt, kann nur eine *generalisierte Prüfung* erfolgen.⁴⁰ Es geht um geschäftsfremde Klauseln, die entweder die Vertragsnatur wesentlich verändern oder aus dem gesetzlichen Rahmen eines bestimmten Vertragstypus fallen.⁴¹ Sollen die Verjährungsbestimmungen der Art. 127 f. OR nicht ohnehin zwingend zur Anwendung kommen,⁴² so sind sie hier zumindest zur Begründung der Ungewöhnlichkeit dienlich. Eine kürzere als die zehn- oder fünfjährige Frist zur Geltendmachung einer Forderung würde dann klar vom gesetzlichen Leitbild abweichen. Je kürzer die Frist, desto ungewöhnlicher wäre die Klausel.

[Rz 18] Dass die meisten Gutscheine eine Einlösefrist vorsehen, ist heutzutage aber allseits bekannt.⁴³ Dagegen lässt sich vorbringen, dass viele Gutscheine verfallen, weil deren Inhaber nicht an das Verfalldatum denken. Stossend ist zwar nach wie vor die fehlende Honorierung der Vorauszahlung. Die Ungewöhnlichkeitsregel stösst aber insoweit an ihre Grenzen, als bei einer weit verbreiteten Bekanntheit kein Überraschungseffekt mehr vorliegt, sofern es sich um eine «gewöhnliche» Einlösefrist handelt.⁴⁴ Eine Einlösefrist kann aber dann weiterhin ungewöhnlich sein, wenn sie so kurz bemessen ist, dass eine tatsächliche Nutzung des Gutscheins stark erschwert wird.⁴⁵ Eine Ungewöhnlichkeit würde jedoch auch bei diesen Klauseln entfallen, wenn bei Vertragsschluss besonders auf sie hingewiesen wurde. Beim Vertragsschluss und damit bei der Einbeziehung der AGB auf dem Gutschein kommt es auf den Begebungsvertrag an (vgl. oben, ab N 5). Dieser Vertragsschluss erfolgt jedoch stillschweigend.⁴⁶ Ein Hinweis durch die grundsätzlich zulässige, aber generell

³⁵ Vgl. SENFF, 148; zum relativen Fixgeschäft CHK-FURRER/WEY, OR 108 N 17.

³⁶ Zum Begriff der allgemeinen Geschäftsbedingungen siehe Urteil des Bundesgerichts 4P.135/2002, Erw. 3.1; CHK-KUT/SCHNYDER, OR 1 N 47, 49. Als individuell vereinbart gilt die Einlösefrist nur dann, wenn die Parteien darüber verhandelt haben. Das Abänderungsverbot in Art. 129 OR gilt aber ohnehin auch für individuelle Vereinbarungen.

³⁷ Würde es nicht auf den Begebungsvertrag ankommen, müsste bei jeder erneuten Übertragung des Gutscheines erneut und vor Vertragsschluss auf die allgemeinen Bestimmungen aufmerksam gemacht und dem Erwerber des Gutscheins die Einsichtnahme in zumutbarer Weise ermöglicht werden. Die notwendige Verkehrsfähigkeit des Gutscheines würde dadurch jedoch unverhältnismässig eingeschränkt, vgl. oben, ab N 5.

³⁸ Die Nichterwähnung der Befristung beim Verkauf eines Gutscheins könnte als *culpa in contrahendo* dennoch relevant sein, vgl. unten N 23.

³⁹ Urteil des Bundesgerichts 4C.282/2003 vom 15. Dezember 2003, Erw. 3.1; BGE 119 II 443 ff., 446, Erw. 1a; BGE 109 II 452 ff., 458, Erw. 5b; eingehend zu den Kriterien der objektiven und subjektiven Ungewöhnlichkeit KOLLER, AJP 2008, 947 ff.

⁴⁰ So auch MK-HABERSACK, BGB 793 N 46.

⁴¹ BGE 135 III 1 ff., 7 f., Erw. 2.1, BGE 119 II 443 ff., 446, Erw. 1a, GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1141 ff.

⁴² Siehe oben, ab N 12.

⁴³ So auch OLG München, Urteil vom 17. Januar 2008 – 29 U 3193/07 Erw. II.2.b.bb in NJW-RR 2008, 1233 ff. 1234; oder LG München I, Urteil vom 5. April 2007 – 12 O 22084/06, Erw. 4a, BeckRS 2007, 06736; wie auch BGH, Urteil vom 12. Juni 2001 – XI ZR 274/00, Erw. III.3.a in NJW 2001, 2635 ff., 2637; zur weiten Verbreitung befristeter Gutscheine AHRENS, BB 1996, 2479.

⁴⁴ Vgl. dazu BAUDENBACHER, UWG 8 N 14.

⁴⁵ Siehe das Beispiel einer 11-er Karte zur Saunabnutzung mit einer Beschränkung auf lediglich ein Jahr in einem Urteil des AG Wuppertal vom 19. Januar 2009 – 35 C 39/08 in NJOZ 2010, 502 f.

⁴⁶ Vgl. BGH, Urteil vom 12. Juni 2001 – XI ZR 274/00, Erw. II.2 in NJW 2001, 2635 ff., 2636: «Daher reicht eine mit dem Abschluss des Telefonkartenvertrags regelmässig verbundene stillschweigende Abrede, dass die Nutzung des Kartenguthabens nach Massgabe des jeweils aufgedruckten Datums befristet ist, für die Einordnung als AGB aus.»

sinnlose⁴⁷ Hervorhebung durch Fettdruck ungelesener AGB-Klauseln fällt deshalb weg. Ebenso ist ein mündlicher Hinweis bei einem stillschweigenden Vertrag nicht zielführend.

3. Unklarheitenregel

[Rz 19] Das Problem allgemeiner Geschäftsbedingungen liegt meist nicht in einer unklaren Formulierung, sondern vielmehr in deren Tiefe und Komplexität. Sollte die Befristung auf dem Gutschein jedoch trotzdem einmal so formuliert sein, dass zwei mögliche Auslegungsergebnisse bestehen, muss sich der Verwender die für ihn ungünstigere Auslegungsvariante entgegenhalten lassen.⁴⁸ Eine unklare Formulierung könnte allenfalls dann vorliegen, wenn bei einer Fristdauer das Anfangsdatum unbekannt ist.⁴⁹ Auslegungsschwierigkeiten sind überdies denkbar, wenn aus dem Gutschein nicht eindeutig hervorgeht, ob nur die *Geltendmachung* des Anspruchs oder auch die *ganze Erbringung* einer Dienstleistung während der Einlösefrist erfolgen müssen. Stellt z.B. ein Hotel einen Gutschein über einen einwöchigen Hotelaufenthalt aus, so kann sich der Gast bei entsprechend unklarer Formulierung auf den Standpunkt stellen, dass lediglich die *Einlösung* innert Frist erfolgen muss, der *ganze Aufenthalt* diese aber überdauern kann.⁵⁰

4. Künftige Inhaltskontrolle

[Rz 20] Wie bereits ausgeführt, handelt es sich bei den Verjährungsbestimmungen in Art. 127 f. OR gemäss Art. 129 OR um zwingende Bestimmungen, die durch Parteiabrede nicht abgeändert werden können.⁵¹ Geht man – entgegen der hier vertretenen Ansicht – trotzdem von einer Abänderbarkeit der gesetzlichen Fristen aus, wären diese weiter einer inhaltlichen AGB-Kontrolle zu unterziehen.

[Rz 21] Mit Inkrafttreten des neuen Wortlautes in Art. 8 UWG am 1. Juli 2012 hat der Gesetzgeber ein wirksames Mittel zur inhaltlichen Kontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen zugunsten der Konsumentinnen und Konsumenten geschaffen. Er hat sich dabei am Wortlaut von Art. 3 Abs. 1 der europäischen Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche

Klauseln in Verbraucherverträgen orientiert.⁵² Neu soll demnach auf ein erhebliches, ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten abgestellt werden,⁵³ wobei der Grundsatz des Handelns nach Treu und Glauben als Massstab dient.⁵⁴ Auch wenn in neu Art. 8 UWG nicht mehr auf eine Abweichung von der «unmittelbar oder sinngemäss anwendbaren gesetzlichen Ordnung», sondern in erster Linie auf ein Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten abgestellt wird, ist weiterhin das Gesetz oder das «gesetzliche Leitbild» für die Beurteilung eines Missverhältnisses massgebend.⁵⁵ Bei Fehlen einer gesetzlichen Regelung oder eines gesetzlichen Leitbilds zur betreffenden Frage richtet sich die Beurteilung des Missverhältnisses jeweils auch auf die vertragliche Interessenlage der Parteien.⁵⁶ Dass sich bei der Geltendmachung des Gutscheins nicht die ursprünglichen Parteien gegenüberstehen, sondern der Anbieter und der Gutscheininhaber, ist unschädlich. Die Wirkungen eines übertragbaren Gutscheins betreffen aufgrund der Übertragbarkeit gewollt eine Drittperson. Das Missverhältnis prüft sich deshalb anhand der bei ihr eintretenden Wirkungen.⁵⁷

[Rz 22] Für die Begründung eines Missverhältnisses im

⁵² Art. 3 Abs. 1 der RL lautet wie folgt: «Eine Vertragsklausel, die nicht im einzelnen ausgehandelt wurde, ist als missbräuchlich anzusehen, wenn sie entgegen dem Gebot von Treu und Glauben zum Nachteil des Verbrauchers ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner verursacht.»

⁵³ Der neue Art. 8 UWG (Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen) lautet wie folgt: «Unlauter handelt insbesondere, wer allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen.»

⁵⁴ Siehe WOLF/LINDACHER/PFEIFFER-WOLF, RL 3 N 12 zu Art. 3 der Richtlinie, an der sich auch der neue Art. 8 UWG orientiert: «Das Gebot von Treu und Glauben ist der entscheidende Massstab, gegen den bei einer Gesamtbewertung der einzelnen Vertragsklauseln nicht verstossen werden darf.» Auf das Erfordernis einer Irreführung, welches bis anhin eine wirksame Inhaltskontrolle weitgehend verunmöglicht hat, wurde im neuen Wortlaut bewusst verzichtet.

⁵⁵ Siehe GRABITZ/HILF-PFEIFFER, A 5, RL 3 N 55: «Zur Feststellung eines vertraglich-inhaltlichen Missverhältnisses bzw. eines Ungleichgewichts bedarf es Klarheit darüber, welches Verhältnis angemessen ist bzw. wann die Rechte und Pflichten der Parteien im Gleichgewicht stehen. Hierfür kann es von Gesetzes wegen nur einen Massstab geben, nämlich das Gesetz selbst.» Dies gilt umso mehr, als schon bis anhin Art. 8 lit. b UWG (der Vertragsnatur widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten) als Auffangtatbestand für Art. 8 lit. a UWG (Abweichung von der gesetzlichen Ordnung) galt, lit. a somit von lit. b umfasst war, dazu BAUDENBACHER, UWG 8 N 51. Deswegen ändert die Streichung der Orientierung am Gesetz auch am Verständnis des neuen Art. 8 UWG nichts.

⁵⁶ Siehe GRABITZ/HILF-PFEIFFER, A 5, RL 3 N 55: «Im übrigen ist insbesondere bei gesetzlich nicht ausdrücklich geregelten Fragen zu beachten, dass sich deren zutreffende Lösung aus der Berücksichtigung der vertraglichen Interessenlage ergeben kann.»; so auch WOLF/LINDACHER/PFEIFFER-WOLF, RL 3 N 6.

⁵⁷ Vgl. OLG München, Urteil vom 17. Januar 2008 – 29 U 3193/07, Erw. II.2.b.aa in NJW-RR 2008, 1233 ff., 1234 (vgl. das wörtliche Zitat in Fn. 3).

⁴⁷ Siehe dazu ZELLWEGE-GUTKNECHT, recht 2011, 83: «Zu unterstellen, dass der Unerfahrene aufgrund eines blossen Fettdrucks auch den Bedeutungsgehalt der Klausel versteht – insbesondere daraus eine für ihn belastende, ungewöhnliche Verteilung der Rechte und Pflichten ableitet und akzeptiert –, widerspricht hingegen jeder Lebenserfahrung».

⁴⁸ Zur Unklarheitenregel siehe BGE 132 III 264 ff., 266 f., Erw. 2.2, GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1231, CHK-KUT/SCHNYDER, OR 1 N 61.

⁴⁹ Siehe z.B. den Sachverhalt in OLG Brandenburg, Urteil vom 16. November 2004 – 6 U 38/04 in NJW-RR 2005, 552 f.

⁵⁰ Im Arbeitsrecht reicht der Zugang der Kündigung vor Ablauf der Probezeit zur Einhaltung der siebentägigen Kündigungsfrist aus, auch wenn diese die Probezeit überdauert, siehe dazu ZK-STAEHELIN/VISCHER, OR 335b N 7; CHK-EMMEL, OR 335b N 2. Ansonsten ergibt sich eine Verkürzung der Probezeit und hier der Einlösefrist.

⁵¹ Siehe oben ab N 12.

Rahmen der Inhaltskontrolle sind – gleich wie bei einer Ungewöhnlichkeitskontrolle – die gesetzlichen Vorgaben der in Art. 127 f. OR geregelten Verjährung massgebend.⁵⁸ Betrachtet man die *vertragliche Interessenlage*, fällt sofort die nicht honorierte Vorleistung des Gutscheinerwerbers nachteilig auf. Bereits bei den gewöhnlichen Beschränkungen auf ein oder zwei Jahre wäre die Abweichung vom Gesetz (bei einer zehnjährigen Frist noch viel mehr als bei einer fünfjährigen) fraglos als erheblich einzustufen.⁵⁹ Dem Interesse des Gutscheininhabers an einer möglichst langen Frist zur Geltendmachung und einer Honorierung der durch Vorauszahlung erfolgten Bindung steht das Interesse des Gutscheinausstellers an einer raschen Abfertigung gegenüber. Die Aussteller machen geltend, dass der nicht eingelöste Gutschein einen grösseren Buchführungs- und Bilanzierungsaufwand generiere, die Führung eines Kontos über die ausstehenden Gutscheine über eine lange Dauer hinweg einen unzumutbaren Mehraufwand darstelle oder dass mit der Zeit das Risiko gefälschter Gutscheine im Umlauf steige.⁶⁰ Diese *nur zum Teil berechtigten Interessen*⁶¹ rechtfertigen indes die Beschränkung wohl nur dann, wenn der Aussteller sich zur Rückerstattung oder Ausstellung eines neuen Gutscheins über den nicht beanspruchten Betrag verpflichtet.⁶² Ansonsten reichen die angegebenen Interessen aber aus den in N 12 bereits genannten Gründen ohnehin nicht aus, um die kurzen, von Art. 127 f. OR abweichenden Einlösefristen zu rechtfertigen.

⁵⁸ Dies gilt unabhängig davon, wie die Einlösefristen rechtlich qualifiziert würden, da die Verjährungsbestimmungen immer zu berücksichtigen sind, wenn es um eine zeitliche Einschränkung der Geltendmachung von Forderungen aus einem Vertragsverhältnis geht (vgl. dazu auch N 12 ff.).

⁵⁹ Vgl. z.B. OLG München, Urteil vom 17. Januar 2008 – 29 U 3193/07 Erw. II.2.b.cc in NJW-RR 2008, 1233 ff., 1234, das bereits eine Abweichung von zwei Jahren von der dreijährigen Regelverjährung als unangemessene Benachteiligung betrachtet. Wenn im Übrigen nicht auf die gesetzlichen Verjährungsbestimmungen, sondern subsidiär auf den Äquivalenzgedanken mit einer Analyse der Interessenlage der Parteien abgestellt würde, müsste eine zu kurze Einlösefrist zur Geltendmachung der vertraglichen Forderung wohl ebenso als missbräuchlich qualifiziert werden.

⁶⁰ Siehe dazu und zur Begründung, weshalb diese Interessen grundsätzlich nicht zur Rechtfertigung von kurzen Einlösefristen herangezogen werden können, schon die Ausführungen in N 12 und OLG München, Urteil vom 17. Januar 2008 – 29 U 3193/07, Erw. II.2.b.dd.1. in NJW-RR 2008, 1233 ff., 1234.

⁶¹ Vgl. oben, N 12.

⁶² Vgl. BGH, Urteil vom 12. Juni 2001 – XI ZR 274/00, Erw. 3d in NJW 2001, 2635 ff., 2638: «Die Befristung der von der Bkl. ausgegebenen Telefonkarten wäre daher unter Berücksichtigung ihrer eigenen Interessen und derjenigen ihrer Kunden nur dann zu rechtfertigen, wenn die Bkl. zugleich eine Regelung getroffen hätte, nach der die Kunden den Gegenwert der noch nicht verbrauchten Gesprächseinheiten erstattet erhalten oder zumindest beim Kauf einer neuen Telefonkarte angerechnet bekommen.» Die Anrechnung eines Guthabens sollte – anders als hier gefordert – nicht mit dem Kauf einer neuen Telefonkarte verbunden werden können, da sich der Kunde in dieser Situation zum Kauf gezwungen sähe, um sein Guthaben nicht gänzlich zu verlieren. Sinnvoller wäre es daher, dem Kunden eine neue Karte mit dem verbleibenden Teilguthaben auszustellen.

V. Vertragliche Ansprüche

[Rz 23] Die obigen Ausführungen haben gezeigt, dass die Einlösefrist zwar Teil des Gutscheins wird, aber aus mehreren Gründen nichtig ist. Verneint man diese Ansichten, könnte sich das Korrektiv zu den Einlösefristen aus dem Vertragsrecht ergeben. Die Argumentation stützt sich auf die *culpa in contrahendo* und statuiert eine Aufklärungspflicht bezüglich erwartungskonträrer Eigenschaften des Gutscheins. Nach Treu und Glauben muss man aber nur dann informieren, wenn die Gegenpartei sich über den relevanten Sachverhalt nicht bei «*gehöriger Aufmerksamkeit selber Kenntnis verschaffen kann und muss*».⁶³ Da der Käufer in der Regel den Gutschein erst nach Vertragsschluss erhält, wäre die vorgängige Information über die Einlösefrist geboten. Im Falle des gültigen Abschlusses des Vertrages absorbiert die Vertragshaftung die Haftung aus *culpa in contrahendo*.⁶⁴ Diese Pflicht besteht zwischen einem Warenhaus als Verkäufer und dem ersten Nehmer, wohl aber kaum zwischen dem Käufer des Gutscheins und der Person, an die er den Gutschein meist schenkweise überträgt. Gewagt, aber keineswegs abwegig ist es, die Ausstellung des Gutscheins bereits als Vertragsanbahnung zwischen dem späteren Inhaber des Papiers und dem Warenhaus anzusehen.⁶⁵ Auch in diesem Verhältnis gelten Aufklärungs- und Schutzpflichten. Daraus lässt sich wohl im besten Falle eine Pflicht ableiten, dass der Gutschein die Einlösefrist an prominenter Stelle offenlegen muss. Ein mündlicher Hinweis ist nicht denkbar, weil sich die Parteien gar nicht kennen. Der Schadenersatz richtet sich auf den Vermögensstand, der bei richtiger Aufklärung über die Einlösefrist bestanden hätte,⁶⁶ d.h. der Inhaber des Gutscheins ist so zu stellen, wie wenn er auf die Gültigkeit des Gutscheins nicht vertraut hätte. Dies kann nur bedeuten, dass er den Gutschein vor Ablauf der Frist eingelöst hätte. Ist die Einlösefrist so kurz bemessen, dass sie den Bedürfnissen des Erwerbers nicht gerecht werden konnte, hätte er vom Erwerb des Gutscheins abgesehen. Somit wäre in beiden Fällen der Wert des Gutscheins zurückzuerstatten. Die *culpa in contrahendo* befindet sich folglich während der möglichen Einlösefrist im vielzitierten «Dornröschenschlaf»⁶⁷, um nach Ablauf der Einlösefrist neue Rechtsfolgen zu bewirken.

VI. Schlusswort

[Rz 24] Wer die Anwendbarkeit des zwingenden Abänderungsverbots auf Einlösefristen verneint, findet einzig in der

⁶³ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.358/2004 vom 22. November 2004, Erw. 2.2.

⁶⁴ Vgl. GONZENBACH, 50 f., FARGNOLI, SJZ 2011, 173 ff., 174 ff., SJ 1999 I 113 ff., 116.

⁶⁵ Vgl. den Ansatz bei HOFBAUER/HAHN, MMR 2002, 589 ff., 594.

⁶⁶ Vgl. HARTMANN, N 299.

⁶⁷ Vgl. das Zitat bei GONZENBACH, 51, mit weiteren Hinweisen; vgl. auch FARGNOLI, SJZ 2011, 173 ff., 176.

neuen AGB-Kontrolle ab Juli 2012 ein *wirksames Korrektiv* zu Gutscheinen mit Einlösefrist. Doch ist diese ab dann auch auf die heuer erworbenen Weihnachts-Geschenkgutscheine anwendbar? Wahrscheinlich nicht, denn Art. 1 SchIT ZGB sieht keine Rückwirkung vor.⁶⁸ Die ausnahmsweise Rückwirkung zur Wahrung der Sittlichkeit und der *öffentlichen Ordnung* (Art. 2 SchIT ZGB) lässt sich nur schwer begründen.⁶⁹ Deren Anwendung auf Altverträge, deren Abschluss im Vertrauen auf die damalige Rechtslage erfolgt ist, würde eine grosse Rechtsunsicherheit bewirken.

Literaturverzeichnis

- AHRENS MARTIN, Gutscheine, BB 1996, 2477 ff.
- AMSTUTZ MARC/BREITSCHMID PETER/FURRER ANDREAS/GIRSBERGER DANIEL/HUGUENIN CLAIRE/MÜLLER-CHEN MARKUS/ROBERTO VITO/RUMO-JUNGO ALEXANDRA/SCHNYDER ANTON K. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007 (zitiert: CHK-VERFASSEN).
- BAUDENBACHER CARL, Lauterkeitsrecht, Basel/Genf/München 2001.
- DAVID LUCAS/REUTTER MARK A., Schweizerisches Werberecht, 2. A., Zürich 2001.
- FARGNOLI IOLE, Culpa in contrahendo im «Dornröschenschlaf»? SJZ 2011, 173 ff.
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I und II, 9. A., Zürich 2008.
- GONZENBACH RAINER, Culpa in contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht, Diss. Bern 1987 = ASR Heft 510, Bern 1987.
- GRABITZ EBERHARD/HILF MEINHARD, Das Recht der europäischen Union, Band IV, Sekundärrecht, A. Verbraucher- und Datenschutzrecht (herausgegeben von Manfred Wolf), 40. Ergänzungslieferung, München 2009 (zitiert: GRABITZ/HILF-VERFASSEN).
- HABERSACK MATHIAS, Münchener Kommentar zu § 793-808a BGB, 5. A., München 2009 (zitiert: MK-HABERSACK).
- HARTMANN STEPHAN, Die vorvertraglichen Informationspflichten und ihre Verletzung, Diss. Fribourg 2000.
- HOFBAUER HANS JOACHIM/HAHN BERNHARD, Die Rechtsnatur der Telefonkarte Voraussetzungen einer wirksamen «Verfallsregelung», MMR 2002, 589 ff.
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. A., Basel 2011 (zitiert: BSK-VERFASSEN).
- JÄGGI PETER, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V, Obligationenrecht, 7. Teil, Die Wertpapiere, Art. 965-989 und 1145-1155 OR, Zürich 1959 (zitiert: ZK-JÄGGI).
- JÄGGI PETER/DRUEY JEAN NICOLAS/VON GREYERZ CHRISTOPH, Wertpapierrecht, Basel/Frankfurt am Main 1985.
- KNÖFEL OLIVER L., Werbegutscheine im Bürgerlichen Recht, AcP 2010, 654 ff.
- KRAMER ERNST A., Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, Das Obligationenrecht, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, Unterteilband 1a, Inhalt des Vertrages, Kommentar zu Art. 19-22 OR, Bern 1991 (zitiert BK-KRAMER).
- KOLLER THOMAS, Einmal mehr: das Bundesgericht und seine verdeckte AGB-Inhaltskontrolle, AJP 2008, 943 ff.
- MEIER-HAYOZ ARTHUR/VON DER CRONE HANS CASPAR, Wertpapierrecht, 2.A., Bern 2000.
- SCHLOSSER PETER, Kommentar zu § 305-310 BGB, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Berlin 2006 (zitiert: STAUDINGER-SCHLOSSER).
- SENFF HOLGER, Die Gutscheine: zugleich ein wertpapierrechtlicher Beitrag zu den Karten und Marken des täglichen Verkehrs unter besonderer Berücksichtigung des § 807 BGB, Diss. Göttingen 2003.
- SPIRO KARL, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen, Band I und II, Bern 1975.
- STAEHELIN ADRIAN/VISCHER FRANK, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband V 2c, Der Arbeitsvertrag, Art. 319–362, 3. Aufl., Zürich 1996 (zitiert ZK-STAEHELIN/VISCHER).
- VON TUHR ANDREAS/ESCHER ARNOLD, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3. A., Zürich 1974.
- WALSER CHRISTIAN, Die materiellrechtliche Bedeutung der Karten und Marken des täglichen Verkehrs nach schweizerischem Recht, Diss. Basel 1958.
- WOLF MANFRED/LINDACHER WALTER F./PFEIFFER THOMAS (Hrsg.), AGB-Recht, Kommentar, 5. Aufl., München 2009 (zitiert: WOLF/LINDACHER/PFEIFFER-VERFASSEN).

⁶⁸ So haben auch deutsche Gerichte neu geschaffene AGB-Kontrollkriterien nicht auf Altverträge angewendet, vgl. BGH, Urteil vom 18. Dezember 1986 – IX ZR 11/86, Erw. 2a in NJW 1987, 904 ff., 906 und BAG, Urteil vom 18. März 2009 – 10 AZR 281/08, N 21 in NJW 2009, 2475 ff., 2477.

⁶⁹ Ein Teil der Lehre bejaht zwar die AGB-Kontrolle gestützt auf das Kriterium der *öffentlichen Ordnung* (vgl. BK-KRAMER, OR 19-20 N 158, mit weiteren Hinweisen und BSK-HUGUENIN, OR 19/20 N 26), was für die Rückwirkung sprechen würde.

- ZELLWEGER-GUTKNECHT CORINNE, Finanzmarktprivatrecht, Rechtsprechungschronik 2009/2010 (Teil 1), recht 2011, 82 ff.
- ZWICKEL MARTIN, Vertragsbeziehungen, Leistungsstörungen und Gestaltungsmöglichkeiten beim Gutscheingeschäft, NJW 2011, 2753 ff.

Rechtsanwalt PD Dr. Arnold F. Rusch LL.M. ist Lehrbeauftragter an der Universität Zürich. Lic. iur. Eva Maissen ist Auditorin am Bezirksgericht Horgen und Lehrbeauftragte an der Universität Zürich.

* * *