jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE OGH 2008/7/2 7Ob17/08p

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 02.07.2008

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch die Senatspräsidentin Dr. Huber als Vorsitzende und die Hofräte Dr. Schaumüller, Dr. Hoch, Dr. Kalivoda und Dr. Roch als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Maria R*, vertreten durch Beneder Rechtsanwalts GmbH in Wien, gegen die beklagte Partei G* Versicherung AG, *, vertreten durch Dr. Herbert Salficky, Rechtsanwalt in Wien, wegen Feststellung, über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 17. Oktober 2007, GZ 30 R 37/07t-16, mit dem infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 22. Juni 2007, GZ 20 Cg 84/06s-12, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Die angefochtene Entscheidung wird dahin abgeändert, dass das Ersturteil wiederhergestellt wird.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 3.405,48 EUR bestimmten Kosten des Rechtsmittelverfahrens (darin enthalten 372,91 EUR an USt und 1.168 EUR an Barauslagen) binnen vierzehn Tagen zu ersetzen.

Text

Entscheidungsgründe:

Folgendes ist unstrittig:

Paul R* schloss mit der Beklagten eine Rechtsschutzversicherung mit Vertragsbeginn ab 1. 1. 2005 ab, der die Allgemeinen Bedingungen für die Rechtsschutz-Versicherung 2002 der Beklagten (im Folgenden: ARB/GEN 2002) zu Grunde liegen. Die Klägerin ist als Lebensgefährtin des Paul R* mitversichert, der seine Zustimmung dazu erteilt hat, dass die Klägerin den Deckungsanspruch gegenüber der Beklagten geltend macht.

Am 7. 8. 2005 erhielt die Klägerin eine an sie persönlich adressierte Zusendung des „P*-Versand im Hause D* Versand S.L." mit Sitz in den Niederlanden. Diese aus mehreren Blättern bestehende Zusendung, deren zitierte Passagen zum Teil optisch, etwa durch Fettdruck oder Großbuchstaben, hervorgehoben waren, hatte unter anderem nachstehenden Inhalt:

Erstes Blatt: „Dem Gewinner, und das ist 100 %ig sicher, Frau R*, wird ein 15.500,00 Euro-Scheck ausbezahlt. ... BESTÄTIGTER SOFORT-GEWINN: 15.500,00 Euro."

Zweites Blatt: „BESTÄTIGTER SOFORT-GEWINN: 15.500,00 Euro." Auf diesem zweiten Blatt fand sich weiters eine Anleitung, wonach ein bestimmtes Feld einer beiliegenden „Glücks-Marke" freizurubbeln war; im Gewinnfall sollte das Feld der freigerubbelten „Glücks-Marke" die „Glücks-Stadt" ergeben. Die freigerubbelte „Glücks-Marke" mit der richtigen Stadt sollte dann auf das „Anforderungs-Formular" geklebt werden und nach dem Text eines weiteren Blattes

innerhalb von vierzehn Tagen einlangen, damit der Scheck-Versand über 15.500 EUR erfolgen könne.

In der Zusendung befand sich auch ein „Scheck über 15.500,00 Euro", auf dem die freizurubbelnde „Glücks-Marke" angebracht war, und ein „Garantie-Brief", wonach „der Scheck über 15.500,00 Euro garantiert versendet wird", jedoch tue es dem - mit gedruckter Faksimilie-Unterschrift unterfertigenden - „Jens-Peter Falkenberg, Direktion" leid, falls der Adressat die falsche „Glücks-Stadt" haben sollte. Weiters war der Zusendung ein „Gewinn-Auszahlungs-Nachweis" beigelegt, der die anonymisierten Namen von vier weiteren Personen enthielt, denen der Scheck bereits übergeben worden sei. Auf diesem Blatt fand sich auch der gedruckte Vermerk, der seiner Form nach einem Stempel nachempfunden war: „Auszahlung von der Direktion genehmigt!"

Die Klägerin legte das Feld auf der „Glücks-Marke" frei. Dabei kam die „Glücks-Stadt" Madrid zum Vorschein. Diese Marke klebte sie auf das „Anforderungs-Formular" und unterschrieb an der vorgesehenen Stelle. Das „Anforderungs-Formular" enthielt eine vorgedruckte Bestellung für ein 21-teiliges Kaffee-Service und eine Schutzhülle für Gartenmöbel sowie auf der Rückseite die vorgedruckte Bestellung eines 24-teiligen Sets Gefrierbeutel-Clips. Am unteren Ende der Rückseite fand sich im Kleingedruckten folgende Passage: „Unabhängig von allen im werblichen Umfeld des Katalogs gemachten Gewinnzusagen oder vergleichbaren Mitteilungen und den durch die Gestaltung erweckten Eindruck, ist erst durch eine separate Einladung zur Preisvergabe die Sicherheit gewährleistet, einen größeren Preis zu erhalten."

Dieses „Anforderungs-Formular" schickte die Klägerin am 8. 8. 2005 eingeschrieben an den P*-Versand. Die Klägerin erhielt allerdings keine Gewinnauszahlung.

Mit Schreiben vom 19. 1. 2006 lehnte die Beklagte die von der Klägerin begehrte Rechtsschutzdeckung für einen Prozess gegen „D* Versand S.L." ab.

Die Klägerin begehrt die Feststellung der Deckungspflicht der Beklagten in Gestalt eines Haupt- und Eventualbegehrens. Die der Klägerin übermittelte Zusendung stelle ein bindendes Gewinnversprechen im Sinn des § 5j KSchG dar. Der daraus resultierende Anspruch sei entweder als vertraglicher Anspruch oder als Schadenersatzanspruch zu qualifizieren, sodass die Beklagte nach Art 23 ARB oder Art 19 ARB zur Deckung verpflichtet sei. Dennoch habe sie trotz ausreichender Prozesschancen die Deckung der gerichtlichen Durchsetzung der Gewinnzusage abgelehnt.Die Klägerin begehrt die Feststellung der Deckungspflicht der Beklagten in Gestalt eines Haupt- und Eventualbegehrens. Die der Klägerin übermittelte Zusendung stelle ein bindendes Gewinnversprechen im Sinn des Paragraph 5 j, KSchG dar. Der daraus resultierende Anspruch sei entweder als vertraglicher Anspruch oder als Schadenersatzanspruch zu qualifizieren, sodass die Beklagte nach Artikel 23, ARB oder Artikel 19, ARB zur Deckung verpflichtet sei. Dennoch habe sie trotz ausreichender Prozesschancen die Deckung der gerichtlichen Durchsetzung der Gewinnzusage abgelehnt.

Die Beklagte bestritt und führte im Wesentlichen - soweit für das Revisionsverfahren noch relevant - aus, bei Ansprüchen nach § 5j KSchG handle es sich weder um einen Schadenersatz- noch um einen Vertragsanspruch. Auch sei eine erfolgreiche Rechtsdurchsetzung durch die Klägerin nicht wahrscheinlich. Das Feststellungsbegehren sei auch zu unbestimmt.Die Beklagte bestritt und führte im Wesentlichen - soweit für das Revisionsverfahren noch relevant - aus, bei Ansprüchen nach Paragraph 5 j, KSchG handle es sich weder um einen Schadenersatz- noch um einen Vertragsanspruch. Auch sei eine erfolgreiche Rechtsdurchsetzung durch die Klägerin nicht wahrscheinlich. Das Feststellungsbegehren sei auch zu unbestimmt.

Das Erstgericht gab dem Hauptbegehren auf der Grundlage des eingangs zusammengefasst dargestellten Sachverhalts statt. Durch Zusendung einer Gewinnzusage durch ein Versandhandelsunternehmen trete dieses mit einem Verbraucher zu geschäftlichen Zwecken in Kontakt. Unabhängig von der Anordnung des § 5j KSchG entstehe dadurch ein vorvertragliches Schuldverhältnis, das Aufklärungs-, Schutz- und Sorgfaltspflichten begründe. Durch Statuierung einer Rechtspflicht des Absenders der Gewinnzusage auf Zuhaltung würden die Rechte und Pflichten aus dem vorvertraglichen Schuldverhältnis konkretisiert und präzisiert, und zwar einerseits durch Verpflichtung zur Leistung des Erfüllungsinteresses und andererseits durch die unwiderlegliche Vermutung eines Verschuldens durch die Gestaltung der Zusendung. Daher stelle sich ein auf § 5j KSchG gestützter Anspruch als Unterfall eines Anspruchs aus culpa in contrahendo dar und lasse sich somit unter Art 23.2.1. ARB 2002 subsumieren. Die Erfolgsaussichten einer Klage gegen das Versandhandelsunternehmen seien zu bejahen, da die inhaltliche Gestaltung der Zusendung im Sinn der Judikatur zweifellos den geforderten objektiven Eindruck einer Gewinnzusage erwecke. Die Beklagte habe der

Klägerin daher volle Deckung im Rahmen des Art 6 ARB 2002 zu gewähren.Das Erstgericht gab dem Hauptbegehren auf der Grundlage des eingangs zusammengefasst dargestellten Sachverhalts statt. Durch Zusendung einer Gewinnzusage durch ein Versandhandelsunternehmen trete dieses mit einem Verbraucher zu geschäftlichen Zwecken in Kontakt. Unabhängig von der Anordnung des Paragraph 5 j, KSchG entstehe dadurch ein vorvertragliches Schuldverhältnis, das Aufklärungs-, Schutz- und Sorgfaltspflichten begründe. Durch Statuierung einer Rechtspflicht des Absenders der Gewinnzusage auf Zuhaltung würden die Rechte und Pflichten aus dem vorvertraglichen Schuldverhältnis konkretisiert und präzisiert, und zwar einerseits durch Verpflichtung zur Leistung des Erfüllungsinteresses und andererseits durch die unwiderlegliche Vermutung eines Verschuldens durch die Gestaltung der Zusendung. Daher stelle sich ein auf Paragraph 5 j, KSchG gestützter Anspruch als Unterfall eines Anspruchs aus culpa in contrahendo dar und lasse sich somit unter Artikel 23 Punkt 2 Punkt eins, ARB 2002 subsumieren. Die Erfolgsaussichten einer Klage gegen das Versandhandelsunternehmen seien zu bejahen, da die inhaltliche Gestaltung der Zusendung im Sinn der Judikatur zweifellos den geforderten objektiven Eindruck einer Gewinnzusage erwecke. Die Beklagte habe der Klägerin daher volle Deckung im Rahmen des Artikel 6, ARB 2002 zu gewähren.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der Beklagten Folge und wies die Deckungsklage sowohl im Haupt- als auch im Eventualbegehren ab. Ob eine der Deckungskomponenten nach Art 19 und 23 ARB 2002 für eine Deckung von Ansprüchen nach § 5j KSchG in Betracht komme, hänge von der rechtlichen Qualifikation dieser Ansprüche ab, die nach wie vor umstritten sei. Nach Darstellung österreichischer und deutscher Lehrmeinungen, der Auffassung des BGH zur vergleichbaren Bestimmung des § 661a BGB sowie des EuGH schloss sich das Berufungsgericht der von Fenyves (Zur Deckung von Ansprüchen nach § 5j KSchG in der Rechtsschutzversicherung, VR 2003, 89) vertretenen Ansicht an, es handle sich beim Anspruch nach § 5j KSchG um einen solchen „sui generis". Daher falle die Geltendmachung von Gewinnansprüchen nach dieser Bestimmung nicht unter die Deckung des Allgemeinen Schadenersatz-Rechtsschutzes nach Art 19.2.1 ARB 2002, weil der normierte Erfüllungsanspruch kein Schadenersatzanspruch im Sinn der positiven Deckungsumschreibung sei. Die Möglichkeit der Deckung aus dem Allgemeinen Vertrags-Rechtsschutz nach dem Grundtatbestand scheide mangels Vertrags aus; sie könne auch nicht auf den Ergänzungstatbestand gestützt werden.Das Berufungsgericht gab der Berufung der Beklagten Folge und wies die Deckungsklage sowohl im Haupt- als auch im Eventualbegehren ab. Ob eine der Deckungskomponenten nach Artikel 19, und 23 ARB 2002 für eine Deckung von Ansprüchen nach Paragraph 5 j, KSchG in Betracht komme, hänge von der rechtlichen Qualifikation dieser Ansprüche ab, die nach wie vor umstritten sei. Nach Darstellung österreichischer und deutscher Lehrmeinungen, der Auffassung des BGH zur vergleichbaren Bestimmung des Paragraph 661 a, BGB sowie des EuGH schloss sich das Berufungsgericht der von Fenyves (Zur Deckung von Ansprüchen nach Paragraph 5 j, KSchG in der Rechtsschutzversicherung, VR 2003, 89) vertretenen Ansicht an, es handle sich beim Anspruch nach Paragraph 5 j, KSchG um einen solchen „sui generis". Daher falle die Geltendmachung von Gewinnansprüchen nach dieser Bestimmung nicht unter die Deckung des Allgemeinen Schadenersatz-Rechtsschutzes nach Artikel 19 Punkt 2 Punkt eins, ARB 2002, weil der normierte Erfüllungsanspruch kein Schadenersatzanspruch im Sinn der positiven Deckungsumschreibung sei. Die Möglichkeit der Deckung aus dem Allgemeinen Vertrags-Rechtsschutz nach dem Grundtatbestand scheide mangels Vertrags aus; sie könne auch nicht auf den Ergänzungstatbestand gestützt werden.

Das Berufungsgericht bewertete den Entscheidungsgegenstand mit 4.000 EUR, nicht jedoch 20.000 EUR übersteigend und erklärte die Revision für zulässig. Die Frage, ob für Ansprüche auf Einhaltung einer Gewinnzusage nach § 5j KSchG Deckungsschutz nach den ARB 2002 bestehe, sei vom Obersten Gerichtshof noch nicht entschieden worden. Angesichts der Häufigkeit von derartigen Gewinnzusagen komme dieser Frage auch erhebliche, über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung zu.Das Berufungsgericht bewertete den Entscheidungsgegenstand mit 4.000 EUR, nicht jedoch 20.000 EUR übersteigend und erklärte die Revision für zulässig. Die Frage, ob für Ansprüche auf Einhaltung einer Gewinnzusage nach Paragraph 5 j, KSchG Deckungsschutz nach den ARB 2002 bestehe, sei vom Obersten Gerichtshof noch nicht entschieden worden. Angesichts der Häufigkeit von derartigen Gewinnzusagen komme dieser Frage auch erhebliche, über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung zu.

Dagegen richtet sich die ordentliche Revision der Klägerin mit dem Antrag auf Abänderung dahin, „dass der Klage kostenpflichtig stattgegeben wird". Hilfsweise wird die Aufhebung des Urteils und die Zurückverweisung der Rechtssache zur ergänzenden Verhandlung und neuerlichen Entscheidung begehrt.

Dem tritt die Beklagte in ihrer Revisionsbeantwortung entgegen.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision ist aus den vom Berufungsgericht angeführten Gründenzulässig. Sie ist auch berechtigt.

1. Die Klägerin argumentiert in ihrem Rechtsmittel im Wesentlichen, die Notwendigkeit der Gewinnanforderungen durch den Verbraucher spreche für ein zweiseitiges Geschäft, also für einen schuldrechtlichen Vertrag, für dessen Geltendmachung die Rechtsschutzversicherung einzustehen habe. Es sei das falsche Signal für die Gewinnzusageunternehmen, plötzlich die österreichische Bevölkerung schutzlos Gewinnzusageaussendungen aus aller Welt auszusetzen, weil sich ein Durchschnittsverbraucher einen Prozess nicht leisten werde können. Der vertragliche Anspruch sei im vorliegenden Fall durch einen Anspruch aus culpa in contrahendo dahingehend konkretisiert worden, dass der Vertrauensschaden das Erfüllungsinteresse sei. Eine derartige Konstruktion sei der österreichischen Rechtsordnung nicht fremd, weshalb es keiner Berufung auf einen Anspruch sui generis bedürfe. Im Rahmen ihrer umfangreichen Kritik am - von der Klägerin so bezeichneten - „Gutachten" von Fenyves, dem sich das Berufungsgericht anschloss, rügt die Klägerin das Fehlen von Feststellungen zu ihren erstinstanzlichen Behauptungen, dieses „Gutachten" sei von der Versicherungswirtschaft in Auftrag gegeben und bezahlt worden, als sekundären Verfahrensmangel.

Dazu genügt allerdings der Hinweis, dass der zu VR 2003, 89, veröffentlichte Artikel die Lehrmeinung eines ordentlichen Universitätsprofessors der Universität Wien darstellt. Eine Auseinandersetzung mit ihrem Inhalt steht nicht nur der Klägerin, sondern unter anderem auch dem Obersten Gerichtshof offen. Keinesfalls bedarf es aber Feststellungen in einem Urteil zum Anlass und zu den Gegebenheiten der Äußerung der Lehrmeinung, weshalb es einer Verbreiterung der Sachverhaltsgrundlage dazu nicht bedurfte.

2.1. Die Bestimmung des § 5j KSchG wurde gelegentlich der (nicht jedoch in) Umsetzung der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (Fernabsatz-Richtlinie) durch BGBl I 185/1999 mit Geltung ab 1. 10. 1999 geschaffen und lautet2.1. Die Bestimmung des Paragraph 5 j, KSchG wurde gelegentlich der (nicht jedoch in) Umsetzung der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (Fernabsatz-Richtlinie) durch Bundesgesetzblatt Teil eins, 185 aus 1999, mit Geltung ab 1. 10. 1999 geschaffen und lautet:

„Unternehmer, die Gewinnzusagen oder andere vergleichbare Mitteilungen an bestimmte Verbraucher senden und durch die Gestaltung dieser Zusendung den Eindruck erwecken, dass der Verbraucher einen bestimmten Preis gewonnen habe, haben dem Verbraucher diesen Preis zu leisten; er kann auch gerichtlich eingefordert werden."

2.2. Der Gesetzgeber hat damit auf die seit einigen Jahren im Versandhandel zum Einsatz gelangenden Betriebs- und Marketingpraktiken reagiert, die nach den Gesetzesmaterialien aus wettbewerbs- und verbraucherschutzpolitischer Sicht höchst problematisch seien, nämlich auf Gewinnspiele, bei denen die Kunden persönlich adressierte Zusendungen mit unterschiedlichen „Gewinnversprechungen" erhielten; meist ergebe sich erst aus dem Kleingedruckten oder gar erst auf Nachfrage, dass es mit dem „Gewinn nicht weit her sei". Entgegen dem ursprünglichen Vorschlag, solche Gewinnspiele unter Verwaltungsstrafe zu stellen, sei im Begutachtungsverfahren angeregt worden, zivilrechtliche Instrumente nutzbar zu machen und den Adressaten solcher „Gewinnspiele" zivilrechtliche Ansprüche einzuräumen. Nach der geltenden Rechtslage stünden einem Anspruch auf Auszahlung des zugesagten Gewinns nämlich die allgemeinen Regeln des Zivilrechts, vor allem die §§ 1271 ff ABGB über die Unklagbarkeit von Wette und Spiel entgegen (EBzRV 1998 BlgNR XX. GP 13). In den meisten Fällen würden die betreffenden Unternehmen mit ihren - unterschiedlich geschickt gestalteten - Zusendungen gegen Bestimmungen des UWG verstoßen, dennoch sei es bisher nicht gelungen, solche Praktiken abzustellen. Es empfehle sich, die zivilrechtlichen Schranken der Einklagung solcher Zusagen zu beseitigen. Die Gründe, die den Gesetzgeber bewogen hätten, bestimmten Forderungen die Klagbarkeit zu verweigern, sollten nicht dazu missbraucht werden, sich im geschäftlichen Verkehr gegenüber Verbrauchern sittenwidrig zu verhalten und gegebene Zusagen nicht einzuhalten. Vor allen Dingen komme der Gedanke, dass Wett- und Spielschulden grundsätzlich unklagbar sein sollten, weil die Rechtsordnung kein Interesse daran habe, Verträge, bei denen oft Leichtsinn und Unbesonnenheit am Werk seien, unter denselben rechtlichen Schutz zu stellen wie andere Verträge, in den hier maßgeblichen Fällen von „Gewinnzusagen" von Unternehmen gegenüber persönlich adressierten Verbrauchern nicht zum Tragen (EBzRV 1998 BlgNR XX. GP 31).2.2. Der Gesetzgeber hat damit auf die seit einigen Jahren im Versandhandel zum

Einsatz gelangenden Betriebs- und Marketingpraktiken reagiert, die nach den Gesetzesmaterialien aus wettbewerbs- und verbraucherschutzpolitischer Sicht höchst problematisch seien, nämlich auf Gewinnspiele, bei denen die Kunden persönlich adressierte Zusendungen mit unterschiedlichen „Gewinnversprechungen" erhielten; meist ergebe sich erst aus dem Kleingedruckten oder gar erst auf Nachfrage, dass es mit dem „Gewinn nicht weit her sei". Entgegen dem ursprünglichen Vorschlag, solche Gewinnspiele unter Verwaltungsstrafe zu stellen, sei im Begutachtungsverfahren angeregt worden, zivilrechtliche Instrumente nutzbar zu machen und den Adressaten solcher „Gewinnspiele" zivilrechtliche Ansprüche einzuräumen. Nach der geltenden Rechtslage stünden einem Anspruch auf Auszahlung des zugesagten Gewinns nämlich die allgemeinen Regeln des Zivilrechts, vor allem die Paragraphen 1271, ff ABGB über die Unklagbarkeit von Wette und Spiel entgegen (EBzRV 1998 BlgNR römisch XX. Gesetzgebungsperiode 13). In den meisten Fällen würden die betreffenden Unternehmen mit ihren - unterschiedlich geschickt gestalteten - Zusendungen gegen Bestimmungen des UWG verstoßen, dennoch sei es bisher nicht gelungen, solche Praktiken abzustellen. Es empfehle sich, die zivilrechtlichen Schranken der Einklagung solcher Zusagen zu beseitigen. Die Gründe, die den Gesetzgeber bewogen hätten, bestimmten Forderungen die Klagbarkeit zu verweigern, sollten nicht dazu missbraucht werden, sich im geschäftlichen Verkehr gegenüber Verbrauchern sittenwidrig zu verhalten und gegebene Zusagen nicht einzuhalten. Vor allen Dingen komme der Gedanke, dass Wett- und Spielschulden grundsätzlich unklagbar sein sollten, weil die Rechtsordnung kein Interesse daran habe, Verträge, bei denen oft Leichtsinn und Unbesonnenheit am Werk seien, unter denselben rechtlichen Schutz zu stellen wie andere Verträge, in den hier maßgeblichen Fällen von „Gewinnzusagen" von Unternehmen gegenüber persönlich adressierten Verbrauchern nicht zum Tragen (EBzRV 1998 BlgNR römisch XX. Gesetzgebungsperiode 31).

2.3. Kurze Zeit später wurde in der Bundesrepublik Deutschland eine im Wesentlichen inhaltsgleiche Bestimmung, und zwar § 661a BGB eingeführt, für den § 5j KSchG als Vorbild diente (3 Ob 230/05b mwN).2.3. Kurze Zeit später wurde in der Bundesrepublik Deutschland eine im Wesentlichen inhaltsgleiche Bestimmung, und zwar Paragraph 661 a, BGB eingeführt, für den Paragraph 5 j, KSchG als Vorbild diente (3 Ob 230/05b mwN).

2.4. Zu beiden Bestimmungen wurden jeweils sowohl in Österreich als auch in der Bundesrepublik Deutschland ungewöhnlich viele und unterschiedliche Lehrmeinungen geäußert, auf deren aktuelle Darstellung bei Fenyves, § 5j KSchG im System des Zivilrechts, ÖJZ 2008, 303 f, verwiesen werden kann. Hervorzuheben sind daraus lediglich die folgenden (Kommentar-)Meinungen:2.4. Zu beiden Bestimmungen wurden jeweils sowohl in Österreich als auch in der Bundesrepublik Deutschland ungewöhnlich viele und unterschiedliche Lehrmeinungen geäußert, auf deren aktuelle Darstellung bei Fenyves, Paragraph 5 j, KSchG im System des Zivilrechts, ÖJZ 2008, 303 f, verwiesen werden kann. Hervorzuheben sind daraus lediglich die folgenden (Kommentar-)Meinungen:

2.4.1. Krejci (in Rummel³ [2002] § 5j KSchG Rz 6 ff) argumentiert (offenlassend), die Pauschalierung eines vom tatsächlichen Eintritt eines Schadens unabhängigen Schadenersatzanspruchs aus der Verletzung vorvertraglicher Schutz- und Sorgfaltspflichten widerspreche deren rechtsdogmatischem Ansatz erheblich, laufe sie doch darauf hinaus, dass das Vertrauensinteresse mit dem vollen Erfüllungsinteresse pauschaliert werde. Sofern man davon ausgehe, dass der Gesetzgeber den „Eindruck" der Mitteilung auf den Verbraucher, einen Gewinn gemacht zu haben, für die Annahme genügen lasse, dass zwischen Unternehmer und Verbraucher ein Vertrag über die Gewinnzusage zustandegekommen sei, so liege in der Tat ein vertraglicher Gewinnanspruch vor, den der Unternehmer zu erfüllen bzw für den er durch Ersatz des Erfüllungsinteresses zu haften habe. Gehe man hingegen davon aus, dass die Mitteilung keinen Vertrag zustandekommen lasse, also im Ergebnis der wahre Wille des Unternehmers halte und der Verbraucher nur einem Trugbild aufgesessen sei, so treffe den Unternehmer keine vertragliche Leistungspflicht, sondern nur eine Haftung aus missbrauchtem, für schutzwert gehaltenen Vertrauen des Verbrauchers, und der Unternehmer habe lediglich für das ausgelöste Vertrauensinteresse einzustehen. Dogmatisch sei diese Haftung wohl eine Variante der "culpa-in-contrahendo- Fälle". Diese Deutung tue sich freilich ungemein schwer, den Preis zuzusprechen. Denn den Preis zu zahlen heiße erfüllen und nicht bloß den Vertrauensschaden auszugleichen. Daher spreche mehr dafür, die Gesetzesregel so zu verstehen, dass der beim Verbraucher durch die Mitteilung des Unternehmers erweckte Eindruck eher im Sinn eines vertragsbegründenden objektiven Erklärungswerts zu verstehen sei. Dafür spreche eine gewisse Verwandtschaft dieses Tatbestands mit § 864a ABGB; denn die Mitteilungen seien so formuliert, dass die Entdeckung, dass kein Preis zustehe, für den Verbraucher überraschend sei.2.4.1. Krejci (in Rummel³ [2002] Paragraph 5 j, KSchG Rz 6 ff) argumentiert (offenlassend), die Pauschalierung eines vom tatsächlichen Eintritt eines Schadens unabhängigen Schadenersatzanspruchs aus der Verletzung vorvertraglicher Schutz- und

Sorgfaltspflichten widerspreche deren rechtsdogmatischem Ansatz erheblich, laufe sie doch darauf hinaus, dass das Vertrauensinteresse mit dem vollen Erfüllungsinteresse pauschaliert werde. Sofern man davon ausgehe, dass der Gesetzgeber den „Eindruck" der Mitteilung auf den Verbraucher, einen Gewinn gemacht zu haben, für die Annahme genügen lasse, dass zwischen Unternehmer und Verbraucher ein Vertrag über die Gewinnzusage zustandegekommen sei, so liege in der Tat ein vertraglicher Gewinnanspruch vor, den der Unternehmer zu erfüllen bzw für den er durch Ersatz des Erfüllungsinteresses zu haften habe. Gehe man hingegen davon aus, dass die Mitteilung keinen Vertrag zustandekommen lasse, also im Ergebnis der wahre Wille des Unternehmers halte und der Verbraucher nur einem Trugbild aufgesessen sei, so treffe den Unternehmer keine vertragliche Leistungspflicht, sondern nur eine Haftung aus missbrauchtem, für schutzwert gehaltenen Vertrauen des Verbrauchers, und der Unternehmer habe lediglich für das ausgelöste Vertrauensinteresse einzustehen. Dogmatisch sei diese Haftung wohl eine Variante der "culpa-in-contrahendo- Fälle". Diese Deutung tue sich freilich ungemein schwer, den Preis zuzusprechen. Denn den Preis zu zahlen heiße erfüllen und nicht bloß den Vertrauensschaden auszugleichen. Daher spreche mehr dafür, die Gesetzesregel so zu verstehen, dass der beim Verbraucher durch die Mitteilung des Unternehmers erweckte Eindruck eher im Sinn eines vertragsbegründenden objektiven Erklärungswerts zu verstehen sei. Dafür spreche eine gewisse Verwandtschaft dieses Tatbestands mit Paragraph 864 a, ABGB; denn die Mitteilungen seien so formuliert, dass die Entdeckung, dass kein Preis zustehe, für den Verbraucher überraschend sei.

2.4.2. Apathy (in Schwimann³ [2006] § 5j KSchG Rz 4) verweist zur Annahme eines vertraglichen Anspruchs darauf, dass der Anspruch durch die Zusendung des Unternehmens entstehe, also weder eine ausdrückliche noch eine konkludente Annahme durch den Verbraucher erfordere. Dazu komme, dass die Mitteilung, der Verbraucher habe einen bestimmten Preis gewonnen, als Wissenserklärung einzustufen sei und daher höchstens zu einer Vertrauenshaftung führen könne. Jedenfalls könne die Verpflichtung des Unternehmers nicht, wie etwa eine Auslobung, auf ein einseitig verpflichtendes Rechtsgeschäft gegründet werden. Ebenso lasse sich der Anspruch nicht als ein schadenersatzrechtlicher qualifizieren, ohne dass man mit wesentlichen Grundsätzen des Schadenersatzrechts breche oder Ausnahmen voraussetze. Könne man dem Unternehmer culpa in contrahendo vorwerfen, so hafte er dem Verbraucher allenfalls für den Vertrauensschaden, nicht aber für Erfüllung seiner Zusage. Gehe man davon aus, dass die Zusendung des Unternehmers als Wissenserklärung zu qualifizieren sei, so lasse sich § 5j KSchG aber auch in der Weise interpretieren, dass der Gesetzgeber das Vertrauen des Verbrauchers auf diese Wissenserklärung mit einem Erfüllungsanspruch sanktioniert habe.2.4.2. Apathy (in Schwimann³ [2006] Paragraph 5 j, KSchG Rz 4) verweist zur Annahme eines vertraglichen Anspruchs darauf, dass der Anspruch durch die Zusendung des Unternehmens entstehe, also weder eine ausdrückliche noch eine konkludente Annahme durch den Verbraucher erfordere. Dazu komme, dass die Mitteilung, der Verbraucher habe einen bestimmten Preis gewonnen, als Wissenserklärung einzustufen sei und daher höchstens zu einer Vertrauenshaftung führen könne. Jedenfalls könne die Verpflichtung des Unternehmers nicht, wie etwa eine Auslobung, auf ein einseitig verpflichtendes Rechtsgeschäft gegründet werden. Ebenso lasse sich der Anspruch nicht als ein schadenersatzrechtlicher qualifizieren, ohne dass man mit wesentlichen Grundsätzen des Schadenersatzrechts breche oder Ausnahmen voraussetze. Könne man dem Unternehmer culpa in contrahendo vorwerfen, so hafte er dem Verbraucher allenfalls für den Vertrauensschaden, nicht aber für Erfüllung seiner Zusage. Gehe man davon aus, dass die Zusendung des Unternehmers als Wissenserklärung zu qualifizieren sei, so lasse sich Paragraph 5 j, KSchG aber auch in der Weise interpretieren, dass der Gesetzgeber das Vertrauen des Verbrauchers auf diese Wissenserklärung mit einem Erfüllungsanspruch sanktioniert habe.

2.4.3. Nach Schurr (in Fenyves/Kerschner/Vonkilch [2006] § 5j KSchG Rz 11) handle es sich nicht um einen vertraglichen Anspruch im eigentlichen Sinn, weil die Voraussetzungen des Vertrags (Angebot und Annahme) nicht ersichtlich seien. Auch eine einseitige Willenserklärung des Unternehmers sei nicht vorhanden, weil sich dieser ja gerade nicht zur Leistung des Preises verpflichten wolle. Von einem deliktischen Anspruch im eigentlichen Sinn könne man auch nicht ausgehen, weil nicht der Schaden des Verbrauchers im Vordergrund des Anspruchs stehe. Vielmehr handle es sich um einen Anspruch sui generis, dessen eigenständige Rechtsnatur deutlich werde, wenn man sich die ratio der Vorschrift vor Augen führe. Der Gesetzgeber habe, statt einer verwaltungsstrafrechtlichen Regelung, welche schon länger geplant gewesen sei, eine effektivere Regelung schaffen wollen, um diese von vielen Unternehmen praktizierte Unsitte zu unterbinden. Der Anspruch sei auch gerichtlich einklagbar. Damit stelle diese Vorschrift eine verbraucherspezifische lex specialis zu §§ 1271 ff ABGB dar.2.4.3. Nach Schurr (in Fenyves/Kerschner/Vonkilch [2006] Paragraph 5 j, KSchG Rz 11) handle es sich nicht um einen vertraglichen Anspruch im eigentlichen Sinn, weil die Voraussetzungen des Vertrags (Angebot und Annahme) nicht ersichtlich seien. Auch eine einseitige Willenserklärung des Unternehmers sei nicht

vorhanden, weil sich dieser ja gerade nicht zur Leistung des Preises verpflichten wolle. Von einem deliktischen Anspruch im eigentlichen Sinn könne man auch nicht ausgehen, weil nicht der Schaden des Verbrauchers im Vordergrund des Anspruchs stehe. Vielmehr handle es sich um einen Anspruch sui generis, dessen eigenständige Rechtsnatur deutlich werde, wenn man sich die ratio der Vorschrift vor Augen führe. Der Gesetzgeber habe, statt einer verwaltungsstrafrechtlichen Regelung, welche schon länger geplant gewesen sei, eine effektivere Regelung schaffen wollen, um diese von vielen Unternehmen praktizierte Unsitte zu unterbinden. Der Anspruch sei auch gerichtlich einklagbar. Damit stelle diese Vorschrift eine verbraucherspezifische lex specialis zu Paragraphen 1271, ff ABGB dar.

2.4.4.1. Eingehend hat sich mit der Rechtsnatur des § 5j KSchG auch Fenyves auseinandergesetzt (Zur Deckung von Ansprüchen nach § 5j KSchG in der Rechtsschutzversicherung, VR 2003, 89). Er kam dabei zum Ergebnis, dass sich der Anspruch des Verbrauchers auf Einhaltung der Gewinnzusage weder aus allgemeinen rechtsgeschäftlichen noch aus allgemeinen schadenersatzrechtlichen Überlegungen ableiten lasse. Zu einer möglichen vertraglichen Grundlage sei festzuhalten, dass der aus § 5j KSchG erfließende Erfüllungsanspruch des Verbrauchers von einer irgendwie gearteten, allenfalls auch nur konkludent erteilten Zustimmung des Verbrauchers völlig unabhängig sei. Der Verbraucher wäre aber auch bei Zustimmung zur Gewinnzusage gar nicht in der Lage, eine vertragliche Verpflichtung des Unternehmers zu begründen, da die Mitteilung, dass der Verbraucher einen bestimmten Preis gewonnen habe, keine Willens-, sondern eine Wissenserklärung darstelle, die nicht angenommen werde, sondern höchstens zu einer Vertrauenshaftung führen könne. Aus denselben Gründen sei die Gewinnzusage auch nicht als einseitiges verpflichtendes Rechtsgeschäft zu qualifizieren. Er lasse sich auch nicht aus allgemeinen schadenersatzrechtlichen Grundsätzen ableiten, weil die „normalen" Regeln über das Verschulden bei Vertragsabschluss nicht in der Lage seien, den Erfüllungsanspruch nach § 5j KSchG zu begründen, da sie nur auf das Vertrauensinteresse gingen. Der Anspruch sei auch vom Nachweis eines Schadens unabhängig und nicht auf die Fälle der Vertragsanbahnung beschränkt, sondern auch auf „isolierte" Gewinnmitteilungen anwendbar. Der Gesetzgeber habe also in § 5j KSchG einen neuartigen Anspruch aus dem Motiv geschaffen, dass die von ihm verpönten Wettbewerbshandlungen von Unternehmen mit konventionellen Ansprüchen nicht wirksam zu bekämpfen gewesen seien. § 5j KSchG begründe also ein gesetzliches Schuldverhältnis, das noch am ehesten auf die Fiktion einer wirksamen einseitigen Verpflichtungserklärung hinauslaufe. Dieses gesetzliche Schuldverhältnis weise zwar vertrauenstheoretische Ansätze auf und möge auch (in den Warenbestellungsfällen) eine gewisse Verwandtschaft mit dem Institut des Verschuldens beim Vertragsabschluss haben; es überwiege aber ein generalpräventiver, pönaler Gedanke, der auch § 864 Abs 2 ABGB zu Grunde liege. Durch die Schaffung dieser beiden Normen sollten bestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen zurückgedrängt werden, die vom Gesetzgeber missbilligt würden. Beim Anspruch gemäß § 5j KSchG handle es sich also um einen Anspruch „sui generis", mit dem der Gesetzgeber Neuland betreten habe.2.4.4.1. Eingehend hat sich mit der Rechtsnatur des Paragraph 5 j, KSchG auch Fenyves auseinandergesetzt (Zur Deckung von Ansprüchen nach Paragraph 5 j, KSchG in der Rechtsschutzversicherung, VR 2003, 89). Er kam dabei zum Ergebnis, dass sich der Anspruch des Verbrauchers auf Einhaltung der Gewinnzusage weder aus allgemeinen rechtsgeschäftlichen noch aus allgemeinen schadenersatzrechtlichen Überlegungen ableiten lasse. Zu einer möglichen vertraglichen Grundlage sei festzuhalten, dass der aus Paragraph 5 j, KSchG erfließende Erfüllungsanspruch des Verbrauchers von einer irgendwie gearteten, allenfalls auch nur konkludent erteilten Zustimmung des Verbrauchers völlig unabhängig sei. Der Verbraucher wäre aber auch bei Zustimmung zur Gewinnzusage gar nicht in der Lage, eine vertragliche Verpflichtung des Unternehmers zu begründen, da die Mitteilung, dass der Verbraucher einen bestimmten Preis gewonnen habe, keine Willens-, sondern eine Wissenserklärung darstelle, die nicht angenommen werde, sondern höchstens zu einer Vertrauenshaftung führen könne. Aus denselben Gründen sei die Gewinnzusage auch nicht als einseitiges verpflichtendes Rechtsgeschäft zu qualifizieren. Er lasse sich auch nicht aus allgemeinen schadenersatzrechtlichen Grundsätzen ableiten, weil die „normalen" Regeln über das Verschulden bei Vertragsabschluss nicht in der Lage seien, den Erfüllungsanspruch nach Paragraph 5 j, KSchG zu begründen, da sie nur auf das Vertrauensinteresse gingen. Der Anspruch sei auch vom Nachweis eines Schadens unabhängig und nicht auf die Fälle der Vertragsanbahnung beschränkt, sondern auch auf „isolierte" Gewinnmitteilungen anwendbar. Der Gesetzgeber habe also in Paragraph 5 j, KSchG einen neuartigen Anspruch aus dem Motiv geschaffen, dass die von ihm verpönten Wettbewerbshandlungen von Unternehmen mit konventionellen Ansprüchen nicht wirksam zu bekämpfen gewesen seien. Paragraph 5 j, KSchG begründe also ein gesetzliches Schuldverhältnis, das noch am ehesten auf die Fiktion einer wirksamen einseitigen Verpflichtungserklärung hinauslaufe. Dieses gesetzliche Schuldverhältnis weise zwar vertrauenstheoretische Ansätze auf und möge auch (in den Warenbestellungsfällen) eine

gewisse Verwandtschaft mit dem Institut des Verschuldens beim Vertragsabschluss haben; es überwiege aber ein generalpräventiver, pönaler Gedanke, der auch Paragraph 864, Absatz 2, ABGB zu Grunde liege. Durch die Schaffung dieser beiden Normen sollten bestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen zurückgedrängt werden, die vom Gesetzgeber missbilligt würden. Beim Anspruch gemäß Paragraph 5 j, KSchG handle es sich also um einen Anspruch „sui generis", mit dem der Gesetzgeber Neuland betreten habe.

2.4.4.2. Jüngst untersuchte Fenyves neuerlich die genannte Bestimmung (§ 5j KSchG im System des Zivilrechts, ÖJZ 2008, 297) und hielt an seiner früher geäußerten Rechtsansicht grundsätzlich fest; er ergänzte, es versage auch die Möglichkeit der Deutung als Vertrauenshaftung, weil der Verbraucher den Anspruch auch dann habe, wenn er nicht im Vertrauen auf die Gewinnzusage disponiert habe und auch, wenn er die Gewinnzusage durchschaut, also gerade nicht auf deren Verbindlichkeit vertraut habe. Verstünde man § 5j KSchG so, dass diese Bestimmung nur dann zur Anwendung komme, wenn der objektive Erklärungswert einer Gewinnzusage zweifelsfrei auf das Vorliegen einer Willenserklärung hindeutete, würde das § 5j KSchG weitgehend entwerten und den von ihm angestrebten Zweck konterkarieren. Der Gesetzgeber habe für die Schutzwürdigkeit des Verbrauchers nämlich keineswegs am „objektiven Erklärungswert" der Mitteilung des Unternehmers angesetzt, sondern verlange vom Verbraucher weit weniger „Auslegungsarbeit" als etwa beim Abschluss eines Vertrags. § 5j KSchG enthebe den Verbraucher der Notwendigkeit zu beweisen, dass die Gewinnzusage des Unternehmers nach ihrem objektiven Erklärungswert als Willenserklärung zu verstehen sei. Konstruktiv gesehen könne man daher von einem gesetzlichen Schuldverhältnis ausgehen, dessen Wirkungen nicht durch eine Willenserklärung, sondern durch eine geschäftsähnliche Handlung (nämlich eine Wissenserklärung) ausgelöst werde. Es handle sich dabei um einen neuen Fall der normierten Willenserklärung, durch die eine einseitige Verpflichtung des Unternehmers entstehe. Der Gesetzgeber wolle die stets schwierige Frage, ob im Einzelfall eine Willens- oder Wissenserklärung vorliege, generell dahin lösen, dass die Gewinnzusage des Unternehmers bei Einhaltung der von § 5j KSchG aufgestellten Voraussetzungen die Wirkungen einer Willenserklärung habe. Beiden Lösungsansätzen sei gemeinsam, dass auf die Mitteilungen des Unternehmers grundsätzlich die Regeln über die Willenserklärung anzuwenden seien.2.4.4.2. Jüngst untersuchte Fenyves neuerlich die genannte Bestimmung (Paragraph 5 j, KSchG im System des Zivilrechts, ÖJZ 2008, 297) und hielt an seiner früher geäußerten Rechtsansicht grundsätzlich fest; er ergänzte, es versage auch die Möglichkeit der Deutung als Vertrauenshaftung, weil der Verbraucher den Anspruch auch dann habe, wenn er nicht im Vertrauen auf die Gewinnzusage disponiert habe und auch, wenn er die Gewinnzusage durchschaut, also gerade nicht auf deren Verbindlichkeit vertraut habe. Verstünde man Paragraph 5 j, KSchG so, dass diese Bestimmung nur dann zur Anwendung komme, wenn der objektive Erklärungswert einer Gewinnzusage zweifelsfrei auf das Vorliegen einer Willenserklärung hindeutete, würde das Paragraph 5 j, KSchG weitgehend entwerten und den von ihm angestrebten Zweck konterkarieren. Der Gesetzgeber habe für die Schutzwürdigkeit des Verbrauchers nämlich keineswegs am „objektiven Erklärungswert" der Mitteilung des Unternehmers angesetzt, sondern verlange vom Verbraucher weit weniger „Auslegungsarbeit" als etwa beim Abschluss eines Vertrags. Paragraph 5 j, KSchG enthebe den Verbraucher der Notwendigkeit zu beweisen, dass die Gewinnzusage des Unternehmers nach ihrem objektiven Erklärungswert als Willenserklärung zu verstehen sei. Konstruktiv gesehen könne man daher von einem gesetzlichen Schuldverhältnis ausgehen, dessen Wirkungen nicht durch eine Willenserklärung, sondern durch eine geschäftsähnliche Handlung (nämlich eine Wissenserklärung) ausgelöst werde. Es handle sich dabei um einen neuen Fall der normierten Willenserklärung, durch die eine einseitige Verpflichtung des Unternehmers entstehe. Der Gesetzgeber wolle die stets schwierige Frage, ob im Einzelfall eine Willens- oder Wissenserklärung vorliege, generell dahin lösen, dass die Gewinnzusage des Unternehmers bei Einhaltung der von Paragraph 5 j, KSchG aufgestellten Voraussetzungen die Wirkungen einer Willenserklärung habe. Beiden Lösungsansätzen sei gemeinsam, dass auf die Mitteilungen des Unternehmers grundsätzlich die Regeln über die Willenserklärung anzuwenden seien.

2.5.1. In der deutschen Rechtsprechung hat zunächst das Landesgericht Braunschweig (IPRax 2002, 213) den Anspruch aus § 661a BGB als einen gesetzlich normierten, pauschalierten Anspruch auf Schadenersatz aus culpa in contrahendo qualifiziert. Dafür spreche, dass es stets um Vertragsanbahnung gehe und der Gesetzgeber genau die Praxis sanktionieren habe wollen, dass Unternehmer Verbrauchern Mitteilungen über angebliche Gewinne zusenden, die sie auf Nachfrage nicht aushändigen, sondern stattdessen versuchen, die Verbraucher zur Abnahme von Waren zu bewegen. Gegen eine Bewertung als Anspruch aus culpa in contrahendo spreche nicht, dass § 661a BGB einen Anspruch auf Erfüllung gewähre. Auch bei Ansprüchen aus culpa in contrahendo könne der Vertauensschaden im Einzelfall an das Erfüllungsinteresse heranreichen. Im Fall der Gewinnzusage bestehe - abgesehen von der Belästigung

- die Gefahr für den Verbraucher darin, dass er den Eindruck habe, über den angekündigten Gewinn verfügen zu können und im Hinblick darauf bereits Verpflichtungen eingehe, unter anderem auch durch Bestellung der beworbenen Waren. Eine Vermögensgefährdung des Verbrauchers bestehe daher bis zur Höhe des angekündigten Gewinns, sodass es nur konsequent sei, den möglichen Vertrauensschaden auf das Erfüllungsinteresse zu pauschalieren.2.5.1. In der deutschen Rechtsprechung hat zunächst das Landesgericht Braunschweig (IPRax 2002, 213) den Anspruch aus Paragraph 661 a, BGB als einen gesetzlich normierten, pauschalierten Anspruch auf Schadenersatz aus culpa in contrahendo qualifiziert. Dafür spreche, dass es stets um Vertragsanbahnung gehe und der Gesetzgeber genau die Praxis sanktionieren habe wollen, dass Unternehmer Verbrauchern Mitteilungen über angebliche Gewinne zusenden, die sie auf Nachfrage nicht aushändigen, sondern stattdessen versuchen, die Verbraucher zur Abnahme von Waren zu bewegen. Gegen eine Bewertung als Anspruch aus culpa in contrahendo spreche nicht, dass Paragraph 661 a, BGB einen Anspruch auf Erfüllung gewähre. Auch bei Ansprüchen aus culpa in contrahendo könne der Vertauensschaden im Einzelfall an das Erfüllungsinteresse heranreichen. Im Fall der Gewinnzusage bestehe - abgesehen von der Belästigung - die Gefahr für den Verbraucher darin, dass er den Eindruck habe, über den angekündigten Gewinn verfügen zu können und im Hinblick darauf bereits Verpflichtungen eingehe, unter anderem auch durch Bestellung der beworbenen Waren. Eine Vermögensgefährdung des Verbrauchers bestehe daher bis zur Höhe des angekündigten Gewinns, sodass es nur konsequent sei, den möglichen Vertrauensschaden auf das Erfüllungsinteresse zu pauschalieren.

2.5.2. Der BGH qualifizierte die Ansprüche aus Gewinnmittteilungen aus der Sicht des deutschen Rechts weder als vertraglich noch als deliktisch. Eine vertragliche Qualifikation scheitere bereits daran, dass die Haftung einer Gewinnzusage nicht an ein Versprechen des Versenders anknüpfe; der Versender wolle in der Regel gerade nicht einen Anspruch auf den Gewinn begründen. Eine Annahme der Zusage sei nicht vonnöten. Es komme nur darauf an, dass die dem Verbraucher zugegangene Zusendung eines Unternehmers - nach Inhalt und Gestaltung - abstrakt geeignet sei, bei einem durchschnittlichen Verbraucher in der Lage des Empfängers den Eindruck zu erwecken, er werde einen - bereits gewonnenen - Preis erhalten. Auf das subjektive Verständnis der Zusendung durch den Empfänger komme es nicht an. Letztlich gehe es um die Haftung aus einem gesetzlichen Schuldverhältnis, dass für eine geschäftliche Handlung, eben die Versendung der Gewinnzusage oder vergleichbarer Mitteilungen an einen Verbraucher, begründet worden sei. Deliktisch sei die Haftung indes nicht. Zwar ziele § 661a BGB auf die Unterbindung wettbewerbswidrigen Verhaltens. Der Gesetzgeber selbst habe die Haftung wegen Gewinnzusage aber nicht der unerlaubten Handlung unterstellt, sondern in die Nähe der einseitigen Rechtsgeschäfte Auslobung und Preisausschreiben gerückt. Zudem sei die von § 661a BGB bestimmte Rechtsfolge, dass der Versender Erfüllung schulde, der Systematik der unerlaubten Handlung fremd; sie begründe nicht Erfüllungs-, sondern Schadenersatzansprüche. Mittels des § 661a BGB wollte der Gesetzgeber die wettbewerbswidrige Praxis zurückdrängen, dass Unternehmer mit angeblichen Preisgewinnen Verbraucher zu ködern suchen, Waren zu bestellen. Der unlauter handelnde Unternehmer solle für sein täuschendes Versprechen „bestraft" werden, indem er dem Verbraucher gemäß § 661a BGB auf Erfüllung hafte (III ZR 191/03 Rz 25 bis 27 und 36). Daran hielt der BGH im Wesentlichen fest (IX ZR 117/07). Der Anspruch nach § 661a BGB beruhe auf einer einseitigen schuldrechtlichen Verpflichtung des Mitteilenden. Nach dem Wortlaut der Bestimmung entstehe der gesetzliche Anspruch auf Auszahlung des scheinbar gewonnenen Preises bereits mit der Zusendung der Gewinnzusage. Das entspringe der gesetzgeberischen Intention, wettbewerbswidriges Verhalten mittels einer spürbaren zivilrechtlichen Sanktion zu unterbinden. Vor diesem Hintergrund wäre es zweckwidrig, wollte man für die Entstehung des Anspruchs zusätzlich fordern, der Verbraucher müsse sich so verhalten, wie vom Versender der Gewinnzusage (wettbewerbswidrig) beabsichtigt. § 661a BGB schütze nicht nur den einzelnen Verbraucher, sondern auch die Redlichkeit des Wettbewerbs. Die Anspruchsvoraussetzungen verwirkliche der Sender allein durch unlautere Werbemethoden, ohne dass es einer Mitwirkung des Verbrauchers als Opfer der unlauteren Werbemethode oder eines sonstigen Täuschungserfolgs bedürfe (IV ZR 4/05 Rz 23, 28 und 29).2.5.2. Der BGH qualifizierte die Ansprüche aus Gewinnmittteilungen aus der Sicht des deutschen Rechts weder als vertraglich noch als deliktisch. Eine vertragliche Qualifikation scheitere bereits daran, dass die Haftung einer Gewinnzusage nicht an ein Versprechen des Versenders anknüpfe; der Versender wolle in der Regel gerade nicht einen Anspruch auf den Gewinn begründen. Eine Annahme der Zusage sei nicht vonnöten. Es komme nur darauf an, dass die dem Verbraucher zugegangene Zusendung eines Unternehmers - nach Inhalt und Gestaltung - abstrakt geeignet sei, bei einem durchschnittlichen Verbraucher in der Lage des Empfängers den Eindruck zu erwecken, er werde einen - bereits gewonnenen - Preis erhalten. Auf das subjektive Verständnis der Zusendung durch den Empfänger komme es nicht an.

Letztlich gehe es um die Haftung aus einem gesetzlichen Schuldverhältnis, dass für eine geschäftliche Handlung, eben die Versendung der Gewinnzusage oder vergleichbarer Mitteilungen an einen Verbraucher, begründet worden sei. Deliktisch sei die Haftung indes nicht. Zwar ziele Paragraph 661 a, BGB auf die Unterbindung wettbewerbswidrigen Verhaltens. Der Gesetzgeber selbst habe die Haftung wegen Gewinnzusage aber nicht der unerlaubten Handlung unterstellt, sondern in die Nähe der einseitigen Rechtsgeschäfte Auslobung und Preisausschreiben gerückt. Zudem sei die von Paragraph 661 a, BGB bestimmte Rechtsfolge, dass der Versender Erfüllung schulde, der Systematik der unerlaubten Handlung fremd; sie begründe nicht Erfüllungs-, sondern Schadenersatzansprüche. Mittels des Paragraph 661 a, BGB wollte der Gesetzgeber die wettbewerbswidrige Praxis zurückdrängen, dass Unternehmer mit angeblichen Preisgewinnen Verbraucher zu ködern suchen, Waren zu bestellen. Der unlauter handelnde Unternehmer solle für sein täuschendes Versprechen „bestraft" werden, indem er dem Verbraucher gemäß Paragraph 661 a, BGB auf Erfüllung hafte (römisch III ZR 191/03 Rz 25 bis 27 und 36). Daran hielt der BGH im Wesentlichen fest (römisch IX ZR 117/07). Der Anspruch nach Paragraph 661 a, BGB beruhe auf einer einseitigen schuldrechtlichen Verpflichtung des Mitteilenden. Nach dem Wortlaut der Bestimmung entstehe der gesetzliche Anspruch auf Auszahlung des scheinbar gewonnenen Preises bereits mit der Zusendung der Gewinnzusage. Das entspringe der gesetzgeberischen Intention, wettbewerbswidriges Verhalten mittels einer spürbaren zivilrechtlichen Sanktion zu unterbinden. Vor diesem Hintergrund wäre es zweckwidrig, wollte man für die Entstehung des Anspruchs zusätzlich fordern, der Verbraucher müsse sich so verhalten, wie vom Versender der Gewinnzusage (wettbewerbswidrig) beabsichtigt. Paragraph 661 a, BGB schütze nicht nur den einzelnen Verbraucher, sondern auch die Redlichkeit des Wettbewerbs. Die Anspruchsvoraussetzungen verwirkliche der Sender allein durch unlautere Werbemethoden, ohne dass es einer Mitwirkung des Verbrauchers als Opfer der unlauteren Werbemethode oder eines sonstigen Täuschungserfolgs bedürfe (römisch IV ZR 4/05 Rz 23, 28 und 29).

3. Die vielfach in der Diskussion angesprochenen Entscheidungen des EuGH betreffend die internationale Zuständigkeit für auf § 5j KSchG gestützte Klagen brauchen hier deshalb nicht erörtert zu werden, weil sie primär aus der vertragsautonomen Auslegung des EuGVÜ resultieren, während im vorliegenden Verfahren die Rechtsnatur eines Anspruchs nach § 5j KSchG nach nationalem Recht zu beurteilen ist. Da die genannte Bestimmung auch nicht auf einer Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates beruht, besteht bei ihrer Auslegung auch keine Vorlagepflicht an den EuGH (vgl 8 Ob 14/05z; Apathy in Schwimann³ § 5j KSchG Rz 1).3. Die vielfach in der Diskussion angesprochenen Entscheidungen des EuGH betreffend die internationale Zuständigkeit für auf Paragraph 5 j, KSchG gestützte Klagen brauchen hier deshalb nicht erörtert zu werden, weil sie primär aus der vertragsautonomen Auslegung des EuGVÜ resultieren, während im vorliegenden Verfahren die Rechtsnatur eines Anspruchs nach Paragraph 5 j, KSchG nach nationalem Recht zu beurteilen ist. Da die genannte Bestimmung auch nicht auf einer Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates beruht, besteht bei ihrer Auslegung auch keine Vorlagepflicht an den EuGH vergleiche 8 Ob 14/05z; Apathy in Schwimann³ Paragraph 5 j, KSchG Rz 1).

4. In seinem Erkenntnis vom 14. 6. 2005, G 20/05, hat der Verfassungsgerichtshof den Individualantrag zweier Gesellschaften mbH, der auf die Aufhebung des § 5j KSchG wegen Verstoßes gegen die Erwerbsausübungsfreiheit, die Meinungsfreiheit, die Grundsätze „in dubio pro reo" und „nulla poena sine lege" sowie die Kompetenzaufteilung zwischen Straf- und Zivilgerichten, Eigentumsverletzung, Gleichheitswidrigkeit und fehlender Bestimmtheit gerichtet war, als unbegründet abgewiesen. Zum Kern des Antragsvorbringens, nämlich der Befürchtung, die Gewinnzusagen (oder andere vergleichbare Mitteilungen) würden von den antragstellenden Gesellschaften nicht gewollte - möglicherweise ruinöse - Rechtsfolgen auslösen, die als überschießende Sanktionen für ein unerwünschtes Verhalten mit dem Charakter einer Strafe zu werten seien, führte der Verfassungsgerichtshof unter anderem aus:4. In seinem Erkenntnis vom 14. 6. 2005, G 20/05, hat der Verfassungsgerichtshof den Individualantrag zweier Gesellschaften mbH, der auf die Aufhebung des Paragraph 5 j, KSchG wegen Verstoßes gegen die Erwerbsausübungsfreiheit, die Meinungsfreiheit, die Grundsätze „in dubio pro reo" und „nulla poena sine lege" sowie die Kompetenzaufteilung zwischen Straf- und Zivilgerichten, Eigentumsverletzung, Gleichheitswidrigkeit und fehlender Bestimmtheit gerichtet war, als unbegründet abgewiesen. Zum Kern des Antragsvorbringens, nämlich der Befürchtung, die Gewinnzusagen (oder andere vergleichbare Mitteilungen) würden von den antragstellenden Gesellschaften nicht gewollte - möglicherweise ruinöse - Rechtsfolgen auslösen, die als überschießende Sanktionen für ein unerwünschtes Verhalten mit dem Charakter einer Strafe zu werten seien, führte der Verfassungsgerichtshof unter anderem aus:

„Dass das Motiv des Gesetzgebers für eine Regelung, die das Risiko eines Missverständnisses dem Erklärenden

aufbürdet, die Unterbindung täuschender Praktiken ist, macht die getroffene Lösung weder zu einer Strafe noch zu einer schadenersatzrechtlichen Sanktion. Wird beim Empfänger einer Zusendung durch deren Gestaltung der Eindruck erweckt, dass er einen bestimmten Preis gewonnen habe, so entspricht es dem Grundgedanken rechtsgeschäftlicher Privatautonomie, den Zusagenden zur Leistung dieses Preises an den Empfänger zu verhalten. Damit erledigen sich alle Bedenken des Antrags, die mit dem Gewicht der Rechtsfolgen oder dem Missverhältnis von Fehler und Sanktion argumentieren."

5. Der Oberste Gerichtshof hat zwar zur Rechtsnatur dieses vom Gesetzgeber geschaffenen Erfüllungsanspruchs nach § 5j KSchG bisher noch nicht Stellung genommen; er hat sich aber schon vielfach mit auf § 5j KSchG gestützten Ansprüchen befasst und dabei im Wesentlichen folgende Rechtssätze geprägt:5. Der Oberste Gerichtshof hat zwar zur Rechtsnatur dieses vom Gesetzgeber geschaffenen Erfüllungsanspruchs nach Paragraph 5 j, KSchG bisher noch nicht Stellung genommen; er hat sich aber schon vielfach mit auf Paragraph 5 j, KSchG gestützten Ansprüchen befasst und dabei im Wesentlichen folgende Rechtssätze geprägt:

5.1. Der Erfüllungsanspruch des Verbrauchers gemäß § 5j KSchG setzt einen unmittelbar mit der Anbahnung des Kaufs von Waren verknüpfte Gewinnzusage des Unternehmers nicht voraus. Es genügt vielmehr jede auf einer erkennbaren Gewinnabsicht beruhende unseriöse Gewinnzusage, mit der der Unternehmer das Verhalten von Verbrauchern am Markt unsachlich beeinflussen will. Die gerichtliche Einforderung einer Gewinnzusage ist daher nicht von der Aufforderung zu einer gleichzeitigen Bestellung abhängig (RIS-Justiz RS0117775 [T7]). Für die Berechtigung des Klagebegehrens ist ausschlaggebend, ob der Unternehmer bei Verbrauchern nach einem objektiven, durch die Maßfigur eines „verständigen Verbrauchers" determinierten Maßstab den Eindruck des im Mittelpunkt seiner Mitteilung stehenden Gewinns hervorgerufen hat, wobei der durch die Zusendung vermittelte Gesamteindruck entscheidend ist (2 Ob 34/05x). Gesetzeszweck ist es, auch die Verständigung von angeblichen Gewinnen verschiedener Art als verpönte Werbemethode durch das Gewähren klagbarer Erfüllungsansprüche des Verbrauchers hintanzuhalten. Nur solche Zusendungen sind vom Anwendungsbereich der Regelung ausgenommen, die schon von vornherein keine Zweifel offen lassen, dass der Gewinner eines Preisausschreibens erst in einer Ziehung oder auf andere Weise ermittelt werden muss (RIS-Justiz RS0117343). Um den angestrebten Gesetzeszweck zu erreichen, ist es erforderlich, die Rechtsfolgen des § 5j KSchG - in insoweit sinngemäßer Anwendung - auch dann eintreten zu lassen, wenn die angesprochenen Verbraucher zwar keinen sicheren Eindruck haben, gewonnen zu haben, dies aufgrund der unklaren, verwirrenden oder sogar bewusst missverständlichen Gestaltung der Zusendung aber zumindest ernstlich für möglich halten dürfen (RIS-Justiz RS0117341). Da es auf das subjektive Verständnis der Zusendung durch den konkreten Empfänger nicht ankommt, ist es nicht erforderlich, dass dieser dem Schreiben tatsächlich Glauben schenkt; auch ein Verbraucher, der die Gewinnzusage als bloßes Werbemittel durchschaut oder durchschauen könnte, kann nach § 5j KSchG (ebenso wie nach § 661a BGB) die Leistung des angeblich gewonnenen Preises verlangen (RIS-Justiz RS0115084 [T8]; RS0117852). Die nachträgliche Aufklärung des Verbrauchers durch fachkundige Dritte über den wahren Erklärungswert einer Gewinnzusage, die hinter deren Verständnis vor dem Horizont der Maßfigur eines verständigen Verbrauchers zurückbleibt, kann einen nach § 5j KSchG schon entstandenen Erfüllungsanspruch nicht mehr beseitigen (RIS-Justiz RS0117852). Gewinnzusagen im Sinn des § 5j KSchG sollen Verbraucher nach dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers somit immer schon dann einen klagbaren Leistungsanspruch gewähren, wenn das jeweils maßgebende Handeln des Unternehmers auf Gewinnabsicht beruht, der Unternehmer Verbrauchern jedoch in Wahrheit nicht mehr als eine Gewinnchance einräumen bzw einen geringwertigen oder wertlosen Gewinn ausfolgen will (1 Ob 33/05t).5.1. Der Erfüllungsanspruch des Verbrauchers gemäß Paragraph 5 j, KSchG setzt einen unmittelbar mit der Anbahnung des Kaufs von Waren verknüpfte Gewinnzusage des Unternehmers nicht voraus. Es genügt vielmehr jede auf einer erkennbaren Gewinnabsicht beruhende unseriöse Gewinnzusage, mit der der Unternehmer das Verhalten von Verbrauchern am Markt unsachlich beeinflussen will. Die gerichtliche Einforderung einer Gewinnzusage ist daher nicht von der Aufforderung zu einer gleichzeitigen Bestellung abhängig (RIS-Justiz RS0117775 [T7]). Für die Berechtigung des Klagebegehrens ist ausschlaggebend, ob der Unternehmer bei Verbrauchern nach einem objektiven, durch die Maßfigur eines „verständigen Verbrauchers" determinierten Maßstab den Eindruck des im Mittelpunkt seiner Mitteilung stehenden Gewinns hervorgerufen hat, wobei der durch die Zusendu

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, http://www.ogh.gv.at

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at