

# TE OGH 2001/12/19 7Ob290/01z

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 19.12.2001

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Schalich als Vorsitzenden sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Baumann, Hon. Prof. Dr. Danzl, Dr. Schaumüller und Dr. Kalivoda als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Rudolf G\*\*\*\*\*\*, vertreten durch Brauneis, Klauser & Prändl, Rechtsanwälte OEG in Wien, gegen die beklagte Partei P\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Peter Sparer, Rechtsanwalt in Innsbruck, wegen Herausgabe oder Zahlung (S 300.000 sA) über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Innsbruck als Berufungsgericht vom 27. Juli 2001, GZ 4 R 138/01b-14, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Landesgerichtes Innsbruck vom 26. Februar 2001, GZ 40 Cg 111/00k-8, (in der Hauptsache) bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei zu Handen ihrer Vertretung binnen 14 Tagen die mit S 15.499,80 (hierin enthalten S 2.583,30 Umsatzsteuer) bestimmten Kosten der Revisionsbeantwortung zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Die beklagte Partei betreibt einen Versandhandel. Bereits vor dem Jahre 2000 hatte der Kläger bei der Beklagten diverse Waren bestellt, diese jedoch üblicherweise innerhalb der ihm beklagtenseits eingeräumten Rücktrittsfrist wieder retourniert. Außerdem hat der Kläger bereits an mehreren "Gewinnspielen" der beklagten Partei teilgenommen und - bislang allerdings stets vergeblich - auch mehrfach versucht, Gewinnzusagen der beklagten Partei zu realisieren. Diesbezüglich sind außer dem vorliegenden Rechtsstreit noch weitere Verfahren zwischen den Parteien anhängig.

In den ersten Monaten des Jahres 2000 wurden dem Kläger von der beklagten Partei mehrere Werbeaussendungen mit Bestellaufforderung zugesandt, die vom Erstgericht als Beilagen A bis F zum integrierenden Bestandteil seiner Urteilsfeststellungen gemacht wurden.

Daraus ist hervorzuheben, dass der Kläger nach Erhalt derselben das auf seinen Namen lautende "Rubbellos" (Beilage F), näherhin die dort abgebildete "Nummerntafel" des dort abgebildeten PKW der Marke VW-Golf Cabrio aufrubbelte, sodann mit den vier auf diesem "Rubbellos" links daneben aufscheinenden Nummern verglich und feststellte, dass die dritte Nummer von oben tatsächlich mit der von ihm aufgerubbelten "Nummerntafel" exakt übereinstimmte. Der Kläger ging deshalb davon aus, dass er damit eine "gültige und gewinnende" Nummer aufgerubbelt hatte. In Zusammenschau mit dem Text des Begleitbriefes (Beilage A), den Beilagen E und der Beilage B samt F vertraute der Kläger darauf, diesen PKW Marke VW-Golf Cabrio im Wert von S 300.000 tatsächlich bereits gewonnen zu haben - dies insbesondere aufgrund des in der Zusendung Beilage A aufscheinenden Satzes: "Kontrollieren Sie dann, ob diese Nummer bei den ausgewählten Nummern steht. Wenn dem so ist, dann steht dem Wegfahren nichts mehr im Weg.

Das wird ein sehr schöner Sommer für Sie. Darauf dürfen Sie nicht verzichten."

Auf den am unteren Ende des Rubbelkupons (mit den vier "Nummerntafeln") in wesentlich kleinerer Größe und Gestaltung in der Randverzierung aufscheinenden Satz "Die Teilnahmebedingungen finden Sie auf der Innenseite des Versandumschlages", hat der Kläger allerdings nicht geachtet und die dort aufscheinenden Teilnahmebedingungen (die lediglich die Teilnahme an der Ziehung einer Gewinn-Nummer vorsehen) demgemäß auch nicht gelesen. In der Folge hat der Kläger seine "Marke" (die aufgerubbelte Nummer) an der hiefür vorgesehenen Stelle des Bestellscheines (Beilage C) aufgeklebt, das dort bereits vorab ausgeführte Warenangebot (10 Videos) durch Ankreuzen des Ja-Feldes ausgenutzt, Barzahlung binnen 10 Tagen nach Erhalt mittels Erlagschein zugesichert, den Bestellschein mit 27. 4. 2000 datiert, unterschrieben und noch am selben Tag an die beklagte Partei retourniert, wo diese Urkunden auch tatsächlich eingelangt sind.

Den in den erwähnten Zusendungsunterlagen genannten und auch abgebildeten PKW VW-Golf Cabrio hat der Kläger allerdings in der Folge nicht erhalten.

Mit der am 4. 9. 2000 eingebrachten Klage begehrte der Kläger unter Hinweis auf die von der beklagten Partei erfolgte Gewinnzusage gemäß § 5j KSchG die Verurteilung der beklagten Partei, einen fabriksneuen PKW der Marke Volkswagen, Type Golf Cabrio, zu übergeben oder S 300.000 sA zu bezahlen. In der Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung vom 19. 2. 2001 wurde dieses Begehren um das weitere Eventualbegehren ergänzt, dass mit Rechtswirksamkeit zwischen den Streitteilen festgestellt werde, dass die beklagte Partei schuldig sei, der klagenden Partei spätestens zum 31. 12. 2001 einen solchen PKW (fabriksneu) zu übergeben oder S 300.000 samt 4 % p.a. Zinsen seit dem 1. 1. 2002 zu bezahlen. Mit der am 4. 9. 2000 eingebrachten Klage begehrte der Kläger unter Hinweis auf die von der beklagten Partei erfolgte Gewinnzusage gemäß Paragraph 5 j, KSchG die Verurteilung der beklagten Partei, einen fabriksneuen PKW der Marke Volkswagen, Type Golf Cabrio, zu übergeben oder S 300.000 sA zu bezahlen. In der Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung vom 19. 2. 2001 wurde dieses Begehren um das weitere Eventualbegehren ergänzt, dass mit Rechtswirksamkeit zwischen den Streitteilen festgestellt werde, dass die beklagte Partei schuldig sei, der klagenden Partei spätestens zum 31. 12. 2001 einen solchen PKW (fabriksneu) zu übergeben oder S 300.000 samt 4 % p.a. Zinsen seit dem 1. 1. 2002 zu bezahlen.

Die beklagte Partei bestritt das Klagebegehren. Ihre zunächst erfolgte Außerstreitstellung, dass es sich beim Kläger um einen Verbraucher im Sinne des KSchG handle, wurde vor Schluss der Verhandlung erster Instanz von ihr wiederum widerrufen. Das Erstgericht verurteilte die beklagte Partei, dem Kläger binnen 14 Tagen zu Handen seiner Vertreter einen fabriksneuen PKW der Marke VW-Golf Cabrio 1,6 zu übergeben oder S 300.000 sA zu bezahlen. Es beurteilte den eingangs zusammengefasst wiedergegebenen Sachverhalt rechtlich dahin, dass nach dem objektiven Erklärungswert der an den Kläger von der beklagten Partei persönlich gerichteten Begleitschreiben jeder verständige Verbraucher (und so auch der Kläger) darauf vertrauen habe dürfen, den PKW tatsächlich bereits gewonnen zu haben und nicht etwa darauf, noch an einem nachfolgenden Auslosungsverfahren erst teilnehmen zu müssen. Der Hinweis auf die Teilnahmebedingungen, welche zudem auf der Innenseite des Versandumschlages abgedruckt gewesen seien, sei deutlich kleiner als der übrige Text des Rubbelkupons. Abgesehen davon stünde der Text der Teilnahmebedingungen in mehrfacher Hinsicht in offenem Widerspruch zu den Beilagen A und E. Der an unauffälliger Stelle platzierte Hinweis auf die - auf der Innenseite des Versandumschlages abgedruckten - Teilnahmebedingungen trete bei objektiver Betrachtung durch jeden verständigen Verbraucher völlig in den Hintergrund. Dieser Hinweis könne die Eignung zur Irreführung durch den Gesamterklärungswert der Aussendung nicht beseitigen.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der beklagten Partei nicht und bloß einem Kostenrekurs der klagenden Partei Folge. Das Berufungsgericht sprach weiters aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstandes S 260.000 übersteige und die (ordentliche) Revision zulässig sei. Das Berufungsgericht übernahm die Feststellungen des Erstgerichtes und schloss sich auch dessen rechtlicher Beurteilung an. Dem Erstgericht sei darin beizupflichten, dass ein Durchschnittsadressat - selbst höherer Bildungsstufe - aufgrund des Textes des übermittelten Rubbelloses einerseits und der zugesandten Begleitschreiben andererseits annehmen habe können, Gewinner des VW-Golf Cabrios zu sein. Aufgrund dieses äußersten Erscheinungsbildes der Ankündigung habe er auch nicht mit den dazu in Widerspruch stehenden Klauseln in den Teilnahmebedingungen, die sich lediglich auf der Innenseite des Umschlages befanden (Gefahr des Wegwerfens vor dem Durchlesen und auf die lediglich in winzigem, in der Randverzierung versteckten Text hingewiesen worden sei), rechnen müssen. Die beklagte Partei habe damit dem Kläger als Verbraucher den Preis zu leisten.

Die ordentliche Revision wurde gemäß § 502 Abs 1 ZPO für zulässig erklärt, da - soweit für das Berufungsgericht ersichtlich - Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes zu § 5j KSchG nicht vorliege. Die ordentliche Revision wurde gemäß Paragraph 502, Absatz eins, ZPO für zulässig erklärt, da - soweit für das Berufungsgericht ersichtlich - Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes zu Paragraph 5 j, KSchG nicht vorliege.

Gegen dieses Urteil richtet sich die auf den Revisionsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung gestützte Revision der beklagten Partei mit dem Antrag, die bekämpfte Entscheidung im Sinne einer Abweisung des Klagebegehrens abzuändern; hilfweise wird auch ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die klagende Partei hat eine Revisionsbeantwortung erstattet, in der beantragt wird, dem gegnerischen Rechtsmittel keine Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist aus dem vom Berufungsgericht formulierten Grunde zulässig, jedoch nicht berechtigt. Der Oberste Gerichtshof hatte sich nämlich tatsächlich bislang noch nicht mit einem auf § 5j KSchG gestützten Herausgabe- und/oder Zahlungsbegehren meritorisch zu befassen; seine diese Gesetzesstelle betreffenden Beschlüsse 5 Nd 522/99, 3 Nd 515/99, 7 Nd 520/99, 6 Nd 510/00, 10 Nd 506/00 und 3 Nd 504/01 betrafen allesamt nur Ordinationsanträge gemäß § 28 JN im Zusammenhang mit im Inland nach den Zuständigkeitsbestimmungen des EuGVÜ auf Zuhaltung von abgegebenen Gewinnzusagen geklagten ausländischen Versandhausfirmen, in welchen Fällen sich der Oberste Gerichtshof zur Anhängigmachung eines Vorabentscheidungsverfahrens vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) verpflichtet erachtete (RIS-Justiz RS0113168; siehe hiezu auch Klauser, Durchsetzbarkeit von Gewinnzusagen, ecolex 2000, 188). Inhaltliche Ausführungen zu § 5j KSchG finden sich hierin - vereinzelt - nur insoweit, als es für das Verständnis der formulierten Auslegungsfragen notwendig und erforderlich war. Eine veröffentlichte (und offenbar unbekämpft in Rechtskraft erwachsene) Rechtsmittelentscheidung zu diesem Themenkreis liegt - soweit überschaubar - hingegen bloß seitens eines einzigen Gerichtshofes zweiter Instanz vor, nämlich eben jenes Berufungsgerichtes, von dem auch die verfahrensgegenständliche Berufungsentscheidung stammt, also des Oberlandesgerichtes Innsbruck vom 14. 11. 2000, 1 R 228/00i (= KRES 10/134, 353). Auch in dieser Entscheidung wurde die dortige beklagte Partei verurteilt, der klagenden Konsumentin das laut zugesandter Werbeaussendung als "tatsächlich gewonnen" deklarierte "Gewinnzertifikat" in Höhe von S 200.000 zu bezahlen. In der ua in SZ 71/36 veröffentlichten (und somit vor Inkrafttreten des neuen § 5j KSchG ergangenen) Entscheidung 4 Ob 53/98t hat der Oberste Gerichtshof bereits einer Verbraucherin, die das Opfer eines gleichgelagerten unlauteren Wettbewerbs (im Rahmen eines vergleichbaren Gewinnspiels) geworden war, den Ersatz jener Auslagen, die sie im Vertrauen auf den vermeintlich gewonnenen Hauptpreis aufgewendet hatte, um anwaltlichen Rat zur Aufklärung über ihre Ansprüche einzuhören, als adäquaten Vertrauenschaden, den der beklagte Unternehmer durch sein wettbewerbswidriges Handeln verursacht und deshalb auch zu ersetzen hat, zugesprochen. Nach § 5j KSchG - welche Bestimmung durch Art I Z 2 Fernabsatz-Gesetz BGBI I 1999/185 neu eingeführt wurde, am 1. 10. 1999 in Kraft trat und gemäß § 41a Abs 7 Satz 2 KSchG auf Gewinnzusagen und andere vergleichbare Mitteilungen anzuwenden ist, die einem bestimmten Verbraucher (diese Eigenschaft des Klägers wird in der Revision nicht mehr in Zweifel gezogen) nach dem 1. 10. 1999 zugegangen sind - haben "Unternehmer, die Gewinnzusagen oder andere vergleichbare Mitteilungen an bestimmte Verbraucher senden und durch die Gestaltung dieser Zusendungen den Eindruck erwecken, dass der Verbraucher einen bestimmten Preis gewonnen habe, dem Verbraucher diesen Preis zu leisten. Er kann auch gerichtlich eingefordert werden." Nach dem Willen des Gesetzgebers (RV 1998 BlgNR 20. GP, 30 f und Bericht des Justizausschusses 2062 BlgNR 20. GP 1) sowie in Beachtung der von Österreich umgesetzten Fernabsatz-Richtlinie der Europäischen Gemeinschaft 97/7/EG (AbI. Nr. L 144 vom 4. 6. 1997, 19; vgl hiezu auch Grabitz/Hilf, Das Recht der EU, Komm Bd III, Abschn A3 [FernabsatzRL] Rn 139 und 142) sollte hiedurch - als Reaktion auf die "dubiose Vertriebspraxis mancher Unternehmen" (Klauser, Der Anspruch nach § 5j KSchG in dogmatischer und kollisionsrechtlicher Hinsicht, ecolex 1999, 752) und Beschwerden von Verbrauchern, die immer wieder in persönlich an sie adressierten Zusendungen von angeblichen "Gewinnen" verschiedenster Art verständigt worden waren, wobei sich erst später herausstellte, dass entweder lediglich eine Teilnahme an einem Gewinnspiel ermöglicht oder ein geringwertiger bzw sogar völlig wertloser "Gewinn" tatsächlich geleistet wurde (RV, aaO 30) - der zivilrechtliche Weg der Einklagung eröffnet werden. Der noch im ministeriellen Begutachtungsentwurf vorgeschlagene Weg einer bloßen verwaltungsstrafrechtlichen Ahndung derartiger Verhaltenspraktiken wurde gleichzeitig als zu wenig effektiv fallengelassen (RV, aaO). Nach diesen Erläuternden Bemerkungen (weitestgehend wörtlich wiedergegeben auch in 5

Nd 522/99) muss die (von der neuen Norm umfasste und damit verpönte) Zusendung "durch ihre Gestaltung den Eindruck erwecken, dass der Verbraucher einen bestimmten Preis gewonnen habe. Das kann nun beispielsweise in der Form erfolgen, dass dem Verbraucher ein bestimmter Bargeldpreis in Aussicht gestellt wird; aber auch die Ankündigung eines 'Hauptpreises' (der freilich - wie sich erst in der Folge zeigt - später ausgespielt werden soll oder unter Umständen überhaupt nicht geleistet wird) wird darunter fallen... Wesentlich ist immer, dass der Unternehmer beim Verbraucher den Eindruck des Gewinns hervorruft. Dabei wird ein objektiver Maßstab anzulegen sein. Maßfigur ist auch hier der verständige Verbraucher. Zusendungen, die schon von vornherein keinen Zweifel offenlassen, dass der Gewinner eines Preisausschreibens erst an einer Ziehung oder auf andere Weise ermittelt werden muss, fallen nicht unter die Regelung. Zusendungen, bei denen deutlich erst im 'Kleingedruckten', an unauffälliger Stelle oder gar erst auf Nachfrage der Dinge klargestellt werden und bei denen selbst Fachleute in die Irre geführt werden, sollen dagegen klagbar sein. Dabei kommt es nicht darauf an, dass der bedungene Preis 'wirklich entrichtet oder hinterlegt worden ist' (§ 1271 ABGB). Die im Allgemeinen für die Wette oder ein Spiel geltenden Regelungen sollen... dort nicht gelten, wo ein Unternehmer auf unzulässige Weise und zum Nachteil der Konkurrenten und der Verbraucher diese Regelungen für sich ausnützen will...." (RV, aaO - Fettdruckhervorhebungen teilweise vom Original abweichend zur besonderen Hervorhebung durch den erkennenden Senat vorgenommen). Klauser hat die neue Bestimmung einer systematischen Analyse hinsichtlich Rechtsnatur und in kollisionsrechtlicher Hinsicht (bei Sitz des die irreführende Gewinnzusage machenden Unternehmers im Ausland) unterzogen (ecolex 1999, 752 ff). Letzterer Aspekt kann unerörtert bleiben, weil ein derartiger (internationaler) Fall nicht zu beurteilen ist und insoweit über die bereits eingangs zitierten Vorabentscheidungsersuchen des Obersten Gerichtshofes noch keine Entscheidung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften vorliegt. Aber auch der erstere Aspekt - Glücksvertrag, Auslobung, Schenkung (ohne wirkliche Übergabe), culpa in contrahendo im Zusammenhang mit einem Kaufvertrag, außervertraglicher Schadenersatzanspruch aus unlauterem Wettbewerb (vgl hiezu auch Fitzal, Fernabsatzrichtlinie - Änderungen im KSchG, JAP 2000/2001, 109 [113 f]); Klauser kommt zusammenfassend zum Ergebnis, dass der Anspruch gemäß § 5j KSchG als "pauschalierter und schadensunabhängiger Schadenersatz des Verbrauchers aus culpa in contrahendo in Bezug auf den vom Unternehmer in Wahrheit intendierten Vertrag (idR ein Kaufvertrag)" zu qualifizieren sei - bedarf keiner umfassenden dogmatischen Vertiefung, weil die Klagbarkeit eines derartigen Anspruches ungeachtet seiner exakten Rechtsfigur jedenfalls bei (wie hier) Fehlen einer Auslandskomponente durch den Gesetzgeber ausdrücklich klargestellt wurde und die noch offenen Fragestellungen im Vorabentscheidungsersuchen vom 15. 2. 2000 (5 Nd 522/99 samt Folgeentscheidungen) ausschließlich vor dem Hintergrund der Gerichtsstandklärung nach dem EuGVÜ formuliert worden sind. Auch die Revisionswerberin und Beklagte selbst bekämpft in ihren Rechtsmittelaustrführungen die Anwendbarkeit des Tatbestandes des § 5j KSchG auf die hier vorliegende Fallgestaltung nur (mehr) insoweit, als die Vorinstanzen (und speziell das Berufungsgericht) ihre Aussendung(en) im Sinne einer (klagbaren) Gewinnzusage nach den verba legalia interpretierten und dem Kläger insoweit den Schutz eines bloß durchschnittlichen Adressaten und Verbrauchers zubilligten; insoweit sei weder Mehrdeutigkeit gegeben noch dürfe bei der erforderlichen Gesamtbetrachtung der (übrige) Inhalt ihrer Teilnahmebedingungen außer Acht gelassen werden. Die Revision ist aus dem vom Berufungsgericht formulierten Grunde zulässig, jedoch nicht berechtigt. Der Oberste Gerichtshof hatte sich nämlich tatsächlich bislang noch nicht mit einem auf Paragraph 5 j, KSchG gestützten Herausgabe- und/oder Zahlungsbegehren meritorisch zu befassen; seine diese Gesetzesstelle betreffenden Beschlüsse 5 Nd 522/99, 3 Nd 515/99, 7 Nd 520/99, 6 Nd 510/00, 10 Nd 506/00 und 3 Nd 504/01 betrafen allesamt nur Ordinationsanträge gemäß Paragraph 28, JN im Zusammenhang mit im Inland nach den Zuständigkeitsbestimmungen des EuGVÜ auf Zuhaltung von abgegebenen Gewinnzusagen geklagten ausländischen Versandhausfirmen, in welchen Fällen sich der Oberste Gerichtshof zur Anhängigmachung eines Vorabentscheidungsverfahrens vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) verpflichtet erachtete (RIS-Justiz RS0113168; siehe hiezu auch Klauser, Durchsetzbarkeit von Gewinnzusagen, ecolex 2000, 188). Inhaltliche Ausführungen zu Paragraph 5 j, KSchG finden sich hierin - vereinzelt - nur insoweit, als es für das Verständnis der formulierten Auslegungsfragen notwendig und erforderlich war. Eine veröffentlichte (und offenbar unbekämpft in Rechtskraft erwachsene) Rechtsmittelentscheidung zu diesem Themenkreis liegt - soweit überschaubar - hingegen bloß seitens eines einzigen Gerichtshofes zweiter Instanz vor, nämlich eben jenes Berufungsgerichtes, von dem auch die verfahrensgegenständliche Berufungsentscheidung stammt, also des Oberlandesgerichtes Innsbruck vom 14. 11. 2000, 1 R 228/00i (= KRES 10/134, 353). Auch in dieser Entscheidung wurde die dortige Beklagte Partei verurteilt, der klagenden Konsumentin das laut zugesandter Werbeaussendung als "tatsächlich gewonnen" deklarierte

"Gewinnzertifikat" in Höhe von S 200.000 zu bezahlen. In der ua in SZ 71/36 veröffentlichten (und somit vor Inkrafttreten des neuen Paragraph 5 j, KSchG ergangenen) Entscheidung 4 Ob 53/98t hat der Oberste Gerichtshof bereits einer Verbraucherin, die das Opfer eines gleichgelagerten unlauteren Wettbewerbs (im Rahmen eines vergleichbaren Gewinnspiels) geworden war, den Ersatz jener Auslagen, die sie im Vertrauen auf den vermeintlich gewonnenen Hauptpreis aufgewendet hatte, um anwaltlichen Rat zur Aufklärung über ihre Ansprüche einzuholen, als adäquaten Vertrauensschaden, den der beklagte Unternehmer durch sein wettbewerbswidriges Handeln verursacht und deshalb auch zu ersetzen hat, zugesprochen. Nach Paragraph 5 j, KSchG - welche Bestimmung durch Art römisch eins Ziffer 2, Fernabsatz-Gesetz BGBl römisch eins 1999/185 neu eingeführt wurde, am 1. 10. 1999 in Kraft trat und gemäß Paragraph 41 a, Absatz 7, Satz 2 KSchG auf Gewinnzusagen und andere vergleichbare Mitteilungen anzuwenden ist, die einem bestimmten Verbraucher (diese Eigenschaft des Klägers wird in der Revision nicht mehr in Zweifel gezogen) nach dem 1. 10. 1999 zugegangen sind - haben "Unternehmer, die Gewinnzusagen oder andere vergleichbare Mitteilungen an bestimmte Verbraucher senden und durch die Gestaltung dieser Zusendungen den Eindruck erwecken, dass der Verbraucher einen bestimmten Preis gewonnen habe, dem Verbraucher diesen Preis zu leisten. Er kann auch gerichtlich eingefordert werden." Nach dem Willen des Gesetzgebers (RV 1998 BlgNR 20. GP, 30 f und Bericht des Justizausschusses 2062 BlgNR 20. GP 1) sowie in Beachtung der von Österreich umgesetzten Fernabsatz-Richtlinie der Europäischen Gemeinschaft 97/7/EG (ABI. Nr. L 144 vom 4. 6. 1997, 19; vergleiche hiezu auch Grabitz/Hilf, Das Recht der EU, Komm Bd römisch III, Abschn A3 [FernabsatzRL] Rn 139 und 142) sollte hiedurch - als Reaktion auf die "dubiose Vertriebspraxis mancher Unternehmen" (Klauser, Der Anspruch nach Paragraph 5 j, KSchG in dogmatischer und kollisionsrechtlicher Hinsicht, ecolex 1999, 752) und Beschwerden von Verbrauchern, die immer wieder in persönlich an sie adressierten Zusendungen von angeblichen "Gewinnen" verschiedenster Art verständigt worden waren, wobei sich erst später herausstellte, dass entweder lediglich eine Teilnahme an einem Gewinnspiel ermöglicht oder ein geringwertiger bzw sogar völlig wertloser "Gewinn" tatsächlich geleistet wurde (RV, aaO 30) - der zivilrechtliche Weg der Einklagung eröffnet werden. Der noch im ministeriellen Begutachtungsentwurf vorgeschlagene Weg einer bloßen verwaltungsstrafrechtlichen Ahndung derartiger Verhaltenspraktiken wurde gleichzeitig als zu wenig effektiv fallengelassen (RV, aaO). Nach diesen Erläuternden Bemerkungen (weitestgehend wörtlich wiedergegeben auch in 5 Nd 522/99) muss die (von der neuen Norm umfasste und damit verpönte) Zusendung "durch ihre Gestaltung den Eindruck erwecken, dass der Verbraucher einen bestimmten Preis gewonnen habe. Das kann nun beispielsweise in der Form erfolgen, dass dem Verbraucher ein bestimmter Bargeldpreis in Aussicht gestellt wird; aber auch die Ankündigung eines 'Hauptpreises' (der freilich - wie sich erst in der Folge zeigt - später ausgespielt werden soll oder unter Umständen überhaupt nicht geleistet wird) wird darunter fallen... Wesentlich ist immer, dass der Unternehmer beim Verbraucher den Eindruck des Gewinns hervorruft. Dabei wird ein objektiver Maßstab anzulegen sein. Maßfigur ist auch hier der verständige Verbraucher. Zusendungen, die schon von vornherein keinen Zweifel offenlassen, dass der Gewinner eines Preisausschreibens erst an einer Ziehung oder auf andere Weise ermittelt werden muss, fallen nicht unter die Regelung. Zusendungen, bei denen deutlich erst im 'Kleingedruckten', an unauffälliger Stelle oder gar erst auf Nachfrage der Dinge klargestellt werden und bei denen selbst Fachleute in die Irre geführt werden, sollen dagegen klagbar sein. Dabei kommt es nicht darauf an, dass der bedungene Preis 'wirklich' entrichtet oder hinterlegt worden ist' (Paragraph 1271, ABGB). Die im Allgemeinen für die Wette oder ein Spiel geltenden Regelungen sollen... dort nicht gelten, wo ein Unternehmer auf unzulässige Weise und zum Nachteil der Konkurrenten und der Verbraucher diese Regelungen für sich ausnützen will...." (RV, aaO - Fettdruckhervorhebungen teilweise vom Original abweichend zur besonderen Hervorhebung durch den erkennenden Senat vorgenommen). Klauser hat die neue Bestimmung einer systematischen Analyse hinsichtlich Rechtsnatur und in kollisionsrechtlicher Hinsicht (bei Sitz des die irreführende Gewinnzusage machenden Unternehmers im Ausland) unterzogen (ecolex 1999, 752 ff). Letzterer Aspekt kann unerörtert bleiben, weil ein derartiger (internationaler) Fall nicht zu beurteilen ist und insoweit über die bereits eingangs zitierten Vorabentscheidungsersuchen des Obersten Gerichtshofes noch keine Entscheidung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften vorliegt. Aber auch der erstere Aspekt - Glücksvertrag, Auslobung, Schenkung (ohne wirkliche Übergabe), culpa in contrahendo im Zusammenhang mit einem Kaufvertrag, außervertraglicher Schadenersatzanspruch aus unlauterem Wettbewerb vergleiche hiezu auch Fitzal, Fernabsatzrichtlinie - Änderungen im KSchG, JAP 2000/2001, 109 [113 f]); Klauser kommt zusammenfassend zum Ergebnis, dass der Anspruch gemäß Paragraph 5 j, KSchG als "pauschalierter und schadensunabhängiger Schadenersatz des Verbrauchers aus culpa in contrahendo in Bezug auf den vom Unternehmer in Wahrheit intendierten Vertrag (idR ein Kaufvertrag)" zu qualifizieren sei - bedarf keiner umfassenden dogmatischen Vertiefung,

weil die Klagbarkeit eines derartigen Anspruches ungeachtet seiner exakten Rechtsfigur jedenfalls bei (wie hier) Fehlen einer Auslandskomponente durch den Gesetzgeber ausdrücklich klargestellt wurde und die noch offenen Fragestellungen im Vorabentscheidungsersuchen vom 15. 2. 2000 (5 Nd 522/99 samt Folgeentscheidungen) ausschließlich vor dem Hintergrund der Gerichtsstandklärung nach dem EuGVÜ formuliert worden sind. Auch die Revisionswerberin und Beklagte selbst bekämpft in ihren Rechtsmittelausführungen die Anwendbarkeit des Tatbestandes des Paragraph 5 j, KSchG auf die hier vorliegende Fallgestaltung nur (mehr) insoweit, als die Vorinstanzen (und speziell das Berufungsgericht) ihre Aussendung(en) im Sinne einer (klagbaren) Gewinnzusage nach den verba legalia interpretieren und dem Kläger insoweit den Schutz eines bloß durchschnittlichen Adressaten und Verbrauchers zubilligten; insoweit sei weder Mehrdeutigkeit gegeben noch dürfe bei der erforderlichen Gesamtbetrachtung der (übrige) Inhalt ihrer Teilnahmebedingungen außer Acht gelassen werden.

Diese Argumentation lässt sich freilich mit den hiezu von den Vorinstanzen getroffenen Feststellungen nicht in Einklang bringen. Es entspricht nämlich der ständigen (und vom Berufungsgericht beachteten) Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes, dass im geschäftlichen Wettbewerb derjenige, der mehrdeutige Äußerungen macht, stets die für ihn ungünstigste Auslegung gegen sich gelten lassen muss (RIS-Justiz RS0079648 mit zahlreichen weiteren Nachweisen). Bei dieser Beurteilung kommt es immer auf den Gesamtzusammenhang und den dadurch vermittelten Gesamteindruck der beanstandeten Äußerungen an; das Verständnis des unbefangenen Durchschnittslesers bzw Empfängers, nicht aber der subjektive Wille des Erklärenden ist maßgebend (RIS-Justiz RS0031883), zu dessen Nachteil daher solche Wendungen grundsätzlich auszulegen sind (RIS-Justiz RS0078548). Eine solche Auslegung, abgestellt auf einen mündigen und zumindest durchschnittlich kritischen Verbraucher, legte der Oberste Gerichtshof auch in der Entscheidung 4 Ob 313/99d (ZfRV 2000, 115), in dem es ebenfalls um ein (ähnliches) "Gewinnspiel" ging, zugrunde (vgl weiters auch SZ 71/36). Diese Argumentation lässt sich freilich mit den hiezu von den Vorinstanzen getroffenen Feststellungen nicht in Einklang bringen. Es entspricht nämlich der ständigen (und vom Berufungsgericht beachteten) Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes, dass im geschäftlichen Wettbewerb derjenige, der mehrdeutige Äußerungen macht, stets die für ihn ungünstigste Auslegung gegen sich gelten lassen muss (RIS-Justiz RS0079648 mit zahlreichen weiteren Nachweisen). Bei dieser Beurteilung kommt es immer auf den Gesamtzusammenhang und den dadurch vermittelten Gesamteindruck der beanstandeten Äußerungen an; das Verständnis des unbefangenen Durchschnittslesers bzw Empfängers, nicht aber der subjektive Wille des Erklärenden ist maßgebend (RIS-Justiz RS0031883), zu dessen Nachteil daher solche Wendungen grundsätzlich auszulegen sind (RIS-Justiz RS0078548). Eine solche Auslegung, abgestellt auf einen mündigen und zumindest durchschnittlich kritischen Verbraucher, legte der Oberste Gerichtshof auch in der Entscheidung 4 Ob 313/99d (ZfRV 2000, 115), in dem es ebenfalls um ein (ähnliches) "Gewinnspiel" ging, zugrunde vergleiche weiters auch SZ 71/36).

Ausgehend von diesen Grundsätzen ist aber die vom Berufungsgericht getroffene Schlussfolgerung, ein "Durchschnittsadressat" (in der Person des Klägers) habe aufgrund der unzweideutigen Inhalte der Ankündigungsschreiben insgesamt "durchaus" der Meinung sein können (und dürfen), den angepriesenen PKW bereits tatsächlich gewonnen zu haben, nicht zu beanstanden. Dem Kläger wurde nicht bloß in einer Massenzusendung, sondern in mehreren durch seine Namensnennung personenbezogenen Begleittexten der Gewinn als "Chance Ihres Lebens" vorgestellt; unter der - von ihm auch tatsächlich erfüllten - Voraussetzung, dass sein "gültiger und gewinnbringender Code" durch Rubbeln der abgebildeten "Nummerntafel" des Cabrio entspreche, wurde ihm das "superschnelle" Auto als "garantiert" vorgestellt, bei welchem "dem Wegfahren nichts mehr im Weg steht" und er damit einen "sehr schönen Sommer" vor sich habe. Einzige (weitere) Bedingung hiefür sollte nach dem Freirubbeln der Kennzeichentafel das Aufkleben auf dem Bestellbon und dessen "ganz schnelle" Einsendung sein. Dass dem hievon abweichende Teilnahmebedingungen entgegenstünden, war - wiederum aus der Sicht eines verständigen Durchschnittsverbrauchers und in objektiver Betrachtung der graphischen und textlichen Zusendungen - keineswegs erkennbar. Der Hinweis auf diese Teilnahmebedingungen mit wesentlich kleinerer Schrift, platziert vor dem graphisch abdunklenden Hintergrund einer Randverzierung kann - wie dies in den bereits mehrfach zitierten Gesetzesmaterialien ausdrücklich hervorgehoben wird - dessen Klagbarkeit sohin nicht mit Erfolg verhindern. Dazu kommt, dass diese "Teilnahmebedingungen" anders als die sonstigen Textteile auch nur versteckt in die "Innenseite des Versendungsumschlages" gepackt wurden, also an einer völlig unauffälligen Stelle geradezu versteckt worden sind. Der vorliegende Fall ist damit ein geradezu typisches Beispiel für jene Art Gewinnzusage, die der Gesetzgeber durch die Schaffung des neuen § 5j KSchG von der bisherigen (mangels Klagbarkeit) Nichteinhaltungspflicht auf die zivilrechtliche Ebene der Forderungsdurchsetzung durch Klagbarkeit heben wollte. Daraus folgt - zusammenfassend -,

dass die Entscheidungen der Vorinstanzen mit diesen rechtlichen Wertungen in Übereinstimmung stehen und daher dem Klagebegehren auf Herausgabe des zugesagten Gewinnpreises zutreffend stattgegeben wurde. Die Höhe des Abfindungsbetrages gemäß § 410 ZPO bildet im Revisionsverfahren keinen Streitpunkt mehrAusgehend von diesen Grundsätzen ist aber die vom Berufungsgericht getroffene Schlussfolgerung, ein "Durchschnittsadressat" (in der Person des Klägers) habe aufgrund der unzweideutigen Inhalte der Ankündigungsschreiben insgesamt "durchaus" der Meinung sein können (und dürfen), den angepriesenen PKW bereits tatsächlich gewonnen zu haben, nicht zu beanstanden. Dem Kläger wurde nicht bloß in einer Massenzusendung, sondern in mehreren durch seine Namensnennung personenbezogenen Begleittexten der Gewinn als "Chance Ihres Lebens" vorgestellt; unter der - von ihm auch tatsächlich erfüllten - Voraussetzung, dass sein "gültiger und gewinnbringender Code" durch Rubbeln der abgebildeten "Nummerntafel" des Cabrio entspreche, wurde ihm das "superschnelle" Auto als "garantiert" vorgestellt, bei welchem "dem Wegfahren nichts mehr im Weg steht" und er damit einen "sehr schönen Sommer" vor sich habe. Einige (weitere) Bedingung hiefür sollte nach dem Freirubbeln der Kennzeichentafel das Aufkleben auf dem Bestellbon und dessen "ganz schnelle" Einsendung sein. Dass dem hievon abweichende Teilnahmebedingungen entgegenstünden, war - wiederum aus der Sicht eines verständigen Durchschnittsverbrauchers und in objektiver Betrachtung der graphischen und textlichen Zusendungen - keineswegs erkennbar. Der Hinweis auf diese Teilnahmebedingungen mit wesentlich kleinerer Schrift, platziert vor dem graphisch abdunklenden Hintergrund einer Randverzierung kann - wie dies in den bereits mehrfach zitierten Gesetzesmaterialien ausdrücklich hervorgehoben wird - dessen Klagbarkeit sohin nicht mit Erfolg verhindern. Dazu kommt, dass diese "Teilnahmebedingungen" anders als die sonstigen Textteile auch nur versteckt in die "Innenseite des Versendungsumschlages" gepackt wurden, also an einer völlig unauffälligen Stelle geradezu versteckt worden sind. Der vorliegende Fall ist damit ein geradezu typisches Beispiel für jene Art Gewinnzusage, die der Gesetzgeber durch die Schaffung des neuen Paragraph 5 j, KSchG von der bisherigen (mangels Klagbarkeit) Nichteinhaltungspflicht auf die zivilrechtliche Ebene der Forderungsdurchsetzung durch Klagbarkeit heben wollte. Daraus folgt - zusammenfassend -, dass die Entscheidungen der Vorinstanzen mit diesen rechtlichen Wertungen in Übereinstimmung stehen und daher dem Klagebegehren auf Herausgabe des zugesagten Gewinnpreises zutreffend stattgegeben wurde. Die Höhe des Abfindungsbetrages gemäß Paragraph 410, ZPO bildet im Revisionsverfahren keinen Streitpunkt mehr.

Der Revision war damit ein Erfolg zu versagen.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 41, 50 ZPO.Die Kostenentscheidung beruht auf Paragraphen 41., 50 ZPO.

#### **Anmerkung**

E64159 7Ob290.01z

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2001:0070OB00290.01Z.1219.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_20011219\_OGH0002\_0070OB00290\_01Z0000\_000

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

© 2026 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)