

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

# TE OGH 2001/10/16 40b221/01f

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 16.10.2001

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Kodek als Vorsitzenden, den Hofrat des Obersten Gerichtshofes Dr. Graf, die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofes Dr. Griss und Dr. Schenk und den Hofrat des Obersten Gerichtshofes Dr. Vogel als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei E\*\*\*\*\*, vertreten durch Rechtsanwälte Haslinger/Nagele & Partner, Rechtsanwaltspartnerschaft in Linz, gegen die beklagte Partei D\*\*\*\*\*, vertreten durch Schönherr Barfuss Torggler & Partner, Rechtsanwälte in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert im Provisorialverfahren 950.000 S), über den Revisionsrekurs der beklagten Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichtes Linz als Rekursgericht vom 13. Juli 2001, GZ 3 R 135/01w-14, womit der Beschluss des Landesgerichtes Linz vom 2. Mai 2001, GZ 30 Cg 15/01m-7, abgeändert wurde, folgenden

**Beschluss** 

gefasst:

### Spruch

Dem Revisionsrekurs wird Folge gegeben.

Die angefochtene Entscheidung wird dahin abgeändert, dass der Beschluss des Erstgerichtes wiederhergestellt wird.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 46.281,60 S (darin 7.713,60 S Umsatzsteuer) bestimmten Kosten des Rechtsmittelverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

#### **Text**

## Begründung:

In einer Broschüre, die über den Küchenfachhandel und als Postwurfsendung an Haushalte verteilt wurde, bewarb die Beklagte die von ihr hergestellten und vertriebenen D\*\*\*\*\*-Küchen und kündigte unter den Schlagzeilen "Billig oder gratis" "Vielleicht ist Ihre Küche geschenkt!" ein Gewinnspiel an:

"Gewinnen Sie eine von drei D\*\*\*\*\*-Küchen im Gesamtwert bis zu ATS 300.000. Unter allen vom 1. März 2001 bis 24. März 2001 bei D\*\*\*\*\* eingelangten Teilnahmescheinen mit Kauf- oder Bestellbeweis einer D\*\*\*\*-Küche werden drei Gewinner gezogen, die eine von drei D\*\*\*\*-Küchen (ohne E-Geräte, ohne Spüle, ohne Armaturen) gewinnen. Der Kaufpreis oder die geleistete Anzahlung von im Aktionszeitraum gekauften D\*\*\*\*-Küchen werden rückerstattet. ....". Den bei den Küchenhändlern aufliegenden Werbebroschüren lagen Teilnahmekarten bei, die gemeinsam mit dem Kauf- oder Bestellnachweis an die Beklagte zu senden waren. Österreichweit waren insgesamt 66.000 Teilnahmekarten aufgelegt. Die Druckerei hatte zu den von der Beklagten bestellten 60.000 Stück noch weitere 6.000 ausgeliefert.

Zur Sicherung ihres inhaltsgleichen Unterlassungsanspruchs beantragt die Klägerin, der Beklagten mit einstweiliger Verfügung zu verbieten, es im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs zu unterlassen, die Gewährung einer vom Kauf einer D\*\*\*\*-Küche abhängigen Teilnahmeberechtigung an einer Verlosung anzukündigen, bei der die

Gewinner den geleisteten Kaufpreis bzw die geleistete Anzahlung rückerstattet erhalten und der Wert der einzelnen Teilnahmekarten im Sinn des § 9a Abs 2 Z 8 UWG über der gesetzlichen Wertgrenze liegt. Die Werbeaktion der Beklagten verstoße gegen das Zugabenverbot, der Ausnahmetatbestand des § 9a Abs 2 Z 8 UWG sei nicht verwirklicht. Wollte man die von der Beklagten eingeräumte Chance, den Kaufpreis rückerstattet zu erhalten, nicht als Zugabe werten, so verstoße die Beklagte jedenfalls gegen § 1 UWG. Ihre Aktion bedeute eine sachfremde Beeinflussung des Kunden, der nicht deshalb kaufe, weil er die Ware für die beste halte, sondern, weil er sie vielleicht gratis bekomme. Zur Sicherung ihres inhaltsgleichen Unterlassungsanspruchs beantragt die Klägerin, der Beklagten mit einstweiliger Verfügung zu verbieten, es im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs zu unterlassen, die Gewährung einer vom Kauf einer D\*\*\*\*\*-Küche abhängigen Teilnahmeberechtigung an einer Verlosung anzukündigen, bei der die Gewinner den geleisteten Kaufpreis bzw die geleistete Anzahlung rückerstattet erhalten und der Wert der einzelnen Teilnahmekarten im Sinn des Paragraph 9 a, Absatz 2, Ziffer 8, UWG über der gesetzlichen Wertgrenze liegt. Die Werbeaktion der Beklagten verstoße gegen das Zugabenverbot, der Ausnahmetatbestand des Paragraph 9 a, Absatz 2, Ziffer 8, UWG sei nicht verwirklicht. Wollte man die von der Beklagten eingeräumte Chance, den Kaufpreis rückerstattet zu erhalten, nicht als Zugabe werten, so verstoße die Beklagte jedenfalls gegen Paragraph eins, UWG. Ihre Aktion bedeute eine sachfremde Beeinflussung des Kunden, der nicht deshalb kaufe, weil er die Ware für die beste halte, sondern, weil er sie vielleicht gratis bekomme.

Die Beklagte beantragt, das Sicherungsbegehren abzuweisen. Das beanstandete Gewinnspiel erfülle die Voraussetzungen des Ausnahmetatbestands des § 9a Abs 2 Z 8 UWG. Angesichts der insgesamt ausgegebenen 60.000 Teilnahmekarten und des Gesamtwerts der Preise von höchstens 300.000 S übersteige der Wert der ausgegebenen Teilnahmekarten keinesfalls 5 S. Die Verlosung übe auch keinen übertriebenen Anlockeffekt aus, weil niemand wegen einer vagen Chance, als einer von drei Gewinnern unter Tausenden, vielleicht zigtausenden Käufern, den Kaufpreis zurückgewinnen zu können, eine teure Küche kaufe. Die Beklagte beantragt, das Sicherungsbegehren abzuweisen. Das beanstandete Gewinnspiel erfülle die Voraussetzungen des Ausnahmetatbestands des Paragraph 9 a, Absatz 2, Ziffer 8, UWG. Angesichts der insgesamt ausgegebenen 60.000 Teilnahmekarten und des Gesamtwerts der Preise von höchstens 300.000 S übersteige der Wert der ausgegebenen Teilnahmekarten keinesfalls 5 S. Die Verlosung übe auch keinen übertriebenen Anlockeffekt aus, weil niemand wegen einer vagen Chance, als einer von drei Gewinnern unter Tausenden, vielleicht zigtausenden Käufern, den Kaufpreis zurückgewinnen zu können, eine teure Küche kaufe.

Das Erstgericht wies das Sicherungsbegehren ab. Es stellte noch fest:

Die Streitteile seien Küchenhersteller. Österreichweit würden jährlich rund 142.000 Küchen verkauft. Davon verkaufe die Beklagte bei einem Marktanteil von ca 28 % etwa 3.300 Küchen im monatlichen Durchschnitt. Je nach Größe, Modell und Ausstattung bewege sich der Preis einer Küche (ohne Elektrogeräte, Spüle und Armaturen) zwischen 15.000 und 100.000 S. Es könne nicht festgestellt werden, wieviele Küchenkäufer oder -besteller am Gewinnspiel teilgenommen hätten und wieviele Küchen die Beklagte im Aktionszeitraum - unter Umständen durch das Gewinnspiel gefördert - tatsächlich verkauft habe. Es könne auch nicht festgestellt werden, wieviele Käufer einer D\*\*\*\*\*-Küche die Möglichkeit gehabt hätten, am Gewinnspiel aufgrund eines Ankaufs oder einer Bestellung teilzunehmen. Tatsächlich sei auf die drei Gewinner - dem Kaufpreis der von ihnen gekauften bzw bestellten Küchen entsprechend - eine Gesamtgewinnsumme von etwa 158.000 S entfallen.

Rechtlich vertrat das Erstgericht die Auffassung, das Gewinnspiel der Beklagten erfülle die Voraussetzungen des Ausnahmetatbestands des § 9a Abs 2 Z 8 UWG. Der Wert der eingespielten Preise sei mit einer Gesamtsumme von 300.000 S begrenzt; für die Berechnung des fiktiven Wertes des einzelnen Loses sei die Zahl der tatsächlich ausgegebenen Teilnahmekarten (60.000) und nicht die aufgrund der Marktverhältnisse realistischerweise zu erwartende oder tatsächlich mögliche Teilnehmerzahl heranzuziehen. Demnach übersteige der fiktive Wert des einzelnen Loses nicht 5 S.Rechtlich vertrat das Erstgericht die Auffassung, das Gewinnspiel der Beklagten erfülle die Voraussetzungen des Ausnahmetatbestands des Paragraph 9 a, Absatz 2, Ziffer 8, UWG. Der Wert der eingespielten Preise sei mit einer Gesamtsumme von 300.000 S begrenzt; für die Berechnung des fiktiven Wertes des einzelnen Loses sei die Zahl der tatsächlich ausgegebenen Teilnahmekarten (60.000) und nicht die aufgrund der Marktverhältnisse realistischerweise zu erwartende oder tatsächlich mögliche Teilnehmerzahl heranzuziehen. Demnach übersteige der fiktive Wert des einzelnen Loses nicht 5 S.

Das Rekursgericht erließ die einstweilige Verfügung und sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstandes 260.000 S übersteige und der ordentliche Revisionsrekurs zulässig sei, weil seine Entscheidung der Rechtsprechung

des Obersten Gerichtshofes nicht folge. Zweck der Ausnahmeregelung des § 9a Abs 2 Z 8 UWG sei es, Gewinnspiele nicht mehr zu untersagen, bei denen der Anlockeffekt im Hinblick auf den Gesamtwert der ausgespielten Preise und die hohe Zahl möglicher Teilnehmer gering sei. Dieser tolerierte Anlockeffekt lasse sich nur nach der Auffassung der angesprochenen Verkehrskreise über den Gesamtwert der ausgespielten Preise im Verhältnis zur Zahl der ausgegebenen Teilnahmekarten bestimmen. Ob ein Gewinnspiel geeignet sei, den Kaufentschluss zu beeinflussen somit attraktiv sei - sei von vielen Faktoren abhängig, so vom Wert des erzielbaren Gewinns, der Größe der Gewinnchance, und dem Umstand, ob der Gewinn den Interessen der jeweils angesprochenen Verkehrskreise entspreche; hingegen sei grundsätzlich nicht von Bedeutung, wie viele Personen tatsächlich am Gewinnspiel teilgenommen hätten. Berücksichtige man den eindeutigen Zweck der Ausnahmebestimmung, Gewinnspiele mit geringem Anlockeffekt nicht zu untersagen, so könne nicht der Wert der tatsächlich ausgespielten Preise und die Zahl der tatsächlich ausgegebenen Teilnahmekarten (oder die Zahl der tatsächlichen Teilnehmer am Gewinnspiel) maßgeblich sein, sondern müsse es allein auf den Gesamtwert der vom Spielveranstalter ausgelosten Preise und die nach der Auffassung der angesprochenen Verkehrskreise zu erwartende Teilnehmeranzahl ankommen. Kein Durchschnittskonsument gehe jedoch davon aus, dass in Österreich innerhalb eines Zeitraumes von gut drei Wochen zumindest 60.000 Küchen verkauft würden. Maßgeblich sei daher nicht die Anzahl der tatsächlich ausgegebenen Teilnahmekarten, sondern die Anzahl potentieller Teilnahmeberechtigungen. Teilnahmeberechtigt am vorliegenden Gewinnspiel seien lediglich Endkunden, sodass die bescheinigte Auflage von 66.000 Teilnahmekarten bei Küchenhändlern nicht bedeute, dass 66.000 (oder 60.000) Teilnahmekarten an potentiell spielberechtigte Endkunden ausgegeben worden seien. Auch die Beklagte habe ihrerseits keinesfalls erwarten können, dass sich - selbst durch das Gewinnspiel angelockt - 60.000 Personen innerhalb eines Zeitraums von gut drei Wochen zum Kauf einer Küche ihrer Produktion entschließen würden, setze sie doch selbst bei einem Marktanteil von etwa 28 % im Monatsdurchschnitt nur etwa 3.300 Küchen ab. Die Auflage von 60.000 Teilnahmekarten bei ihren Küchenhändlern stehe daher außerhalb jeglicher vernünftigen Relation zur Anzahl der zu erwartenden Teilnehmer am Gewinnspiel. Selbst wenn man die Aussage des Marketingleiters der Beklagten als bescheinigt erachten wollte, dass die Beklagte im Aktionszeitraum 12.000 Küchen hätte verkaufen können, ergebe sich unter Berücksichtigung des ausgelosten Gesamtpreises von 300.000 S ein fiktiver Lospreis von 25 S und selbst unter Zugrundelegung der auf die drei Gewinner tatsächlich entfallenden Gesamtgewinnsumme von 158.000 S ein fiktiver Lospreis von mehr als 13 S. Die Beklagte habe daher nicht bescheinigen können, dass ihre Aktion die Grenzen eines erlaubten Gewinnspiels im Sinn des § 9a Abs 2 Z 8 UWG nicht überschritten habe.Das Rekursgericht erließ die einstweilige Verfügung und sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstandes 260.000 S übersteige und der ordentliche Revisionsrekurs zulässig sei, weil seine Entscheidung der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes nicht folge. Zweck der Ausnahmeregelung des Paragraph 9 a, Absatz 2, Ziffer 8, UWG sei es, Gewinnspiele nicht mehr zu untersagen, bei denen der Anlockeffekt im Hinblick auf den Gesamtwert der ausgespielten Preise und die hohe Zahl möglicher Teilnehmer gering sei. Dieser tolerierte Anlockeffekt lasse sich nur nach der Auffassung der angesprochenen Verkehrskreise über den Gesamtwert der ausgespielten Preise im Verhältnis zur Zahl der ausgegebenen Teilnahmekarten bestimmen. Ob ein Gewinnspiel geeignet sei, den Kaufentschluss zu beeinflussen - somit attraktiv sei - sei von vielen Faktoren abhängig, so vom Wert des erzielbaren Gewinns, der Größe der Gewinnchance, und dem Umstand, ob der Gewinn den Interessen der jeweils angesprochenen Verkehrskreise entspreche; hingegen sei grundsätzlich nicht von Bedeutung, wie viele Personen tatsächlich am Gewinnspiel teilgenommen hätten. Berücksichtige man den eindeutigen Zweck der Ausnahmebestimmung, Gewinnspiele mit geringem Anlockeffekt nicht zu untersagen, so könne nicht der Wert der tatsächlich ausgespielten Preise und die Zahl der tatsächlich ausgegebenen Teilnahmekarten (oder die Zahl der tatsächlichen Teilnehmer am Gewinnspiel) maßgeblich sein, sondern müsse es allein auf den Gesamtwert der vom Spielveranstalter ausgelosten Preise und die nach der Auffassung der angesprochenen Verkehrskreise zu erwartende Teilnehmeranzahl ankommen. Kein Durchschnittskonsument gehe jedoch davon aus, dass in Österreich innerhalb eines Zeitraumes von gut drei Wochen zumindest 60.000 Küchen verkauft würden. Maßgeblich sei daher nicht die Anzahl der tatsächlich ausgegebenen Teilnahmekarten, sondern die Anzahl potentieller Teilnahmeberechtigungen. Teilnahmeberechtigt am vorliegenden Gewinnspiel seien lediglich Endkunden, sodass die bescheinigte Auflage von 66.000 Teilnahmekarten bei Küchenhändlern nicht bedeute, dass 66.000 (oder 60.000) Teilnahmekarten an potentiell spielberechtigte Endkunden ausgegeben worden seien. Auch die Beklagte habe ihrerseits keinesfalls erwarten können, dass sich - selbst durch das Gewinnspiel angelockt - 60.000 Personen innerhalb eines Zeitraums von gut drei Wochen zum Kauf einer Küche ihrer Produktion entschließen würden, setze sie doch selbst bei einem Marktanteil von etwa 28

% im Monatsdurchschnitt nur etwa 3.300 Küchen ab. Die Auflage von 60.000 Teilnahmekarten bei ihren Küchenhändlern stehe daher außerhalb jeglicher vernünftigen Relation zur Anzahl der zu erwartenden Teilnehmer am Gewinnspiel. Selbst wenn man die Aussage des Marketingleiters der Beklagten als bescheinigt erachten wollte, dass die Beklagte im Aktionszeitraum 12.000 Küchen hätte verkaufen können, ergebe sich unter Berücksichtigung des ausgelosten Gesamtpreises von 300.000 S ein fiktiver Lospreis von 25 S und selbst unter Zugrundelegung der auf die drei Gewinner tatsächlich entfallenden Gesamtgewinnsumme von 158.000 S ein fiktiver Lospreis von mehr als 13 S. Die Beklagte habe daher nicht bescheinigen können, dass ihre Aktion die Grenzen eines erlaubten Gewinnspiels im Sinn des Paragraph 9 a, Absatz 2, Ziffer 8, UWG nicht überschritten habe.

## **Rechtliche Beurteilung**

Der Revisionsrekurs der Beklagten ist zulässig und berechtigt.

Die Beklagte macht geltend, die Teilnahme an ihrem Gewinnspiel stehe einem unbeschränkten Personenkreis offen; bei Ermittlung des "fiktiven Lospreises" komme es schon aufgrund des eindeutigen Gesetzeswortlauts wie auch der Gesetzesmaterialien nur auf die Zahl der ausgegebenen Teilnahmekarten, nicht aber darauf an, wieviele davon zum Zweck der Teilnahme tatsächlich eingesandt oder rückgemittelt wurden. Dieser Auffassung ist zu folgen.

Sinn des Zugabenverbotes ist es, zu verhindern, dass der Kunde durch Geschenke, die mit dem Warenbezug bzw der Dienstleistung verknüpft werden, aus unsachlichen Gründen zum Kauf verleitet wird (Fitz/Gamerith, Wettbewerbsrecht\*\*2, 38). Der Zugabegegenstand ist ein wirtschaftlicher Vorteil, der auch in der Einräumung einer Gewinnchance in Form einer Teilnahmemöglichkeit an einem Gewinnspiel bestehen kann. § 9a Abs 2 Z 8 UWG nimmt nun jene Gewinnspiele aus dem Zugabenverbot heraus, bei denen der sich aus dem Gesamtwert der ausgespielten Preise im Verhältnis zur Zahl der ausgegebenen Teilnahmekarten ergebende Wert der einzelnen Teilnahmekarte 5 S und der Gesamtwert der ausgespielten Preise 300.000 S nicht überschreitet. Sinn des Zugabenverbotes ist es, zu verhindern, dass der Kunde durch Geschenke, die mit dem Warenbezug bzw der Dienstleistung verknüpft werden, aus unsachlichen Gründen zum Kauf verleitet wird (Fitz/Gamerith, Wettbewerbsrecht\*\*2, 38). Der Zugabegegenstand ist ein wirtschaftlicher Vorteil, der auch in der Einräumung einer Gewinnchance in Form einer Teilnahmemöglichkeit an einem Gewinnspiel bestehen kann. Paragraph 9 a, Absatz 2, Ziffer 8, UWG nimmt nun jene Gewinnspiele aus dem Zugabenverbot heraus, bei denen der sich aus dem Gesamtwert der ausgespielten Preise im Verhältnis zur Zahl der ausgegebenen Teilnahmekarten ergebende Wert der einzelnen Teilnahmekarte 5 S und der Gesamtwert der ausgespielten Preise 300.000 S nicht überschreitet.

Der Oberste Gerichtshof hat bereits erkannt, dass nach dem klaren Zweck dieser Ausnahmebestimmung nur Gewinnspiele, bei denen der Anlockeffekt im Hinblick auf den Gesamtwert der ausgespielten Preise und die hohe Zahl der möglichen Teilnehmer gering ist, nicht mehr untersagt werden sollen (ÖBI 1993, 253 - Leichtmetallfelgen -Gewinnspiel). Unter dem Begriff der "ausgegebenen Teilnahmekarten" im Sinn dieser Ausnahmebestimmung hat der Oberste Gerichtshof im Einklang mit dem Gesetzestext und den Materialien zu dieser durch das WDerG 1992 BGBI 147 eingeführten Bestimmung schon bisher alle vom Veranstalter verteilten, für die Teilnahme am Gewinnspiel zu verwendenden Unterlagen verstanden und nicht nur jene, die tatsächlich zum Zwecke der Teilnahme an den Veranstalter rückgemittelt wurden. Er hat dazu ausgesprochen, dass von den tatsächlichen Verhältnissen des Gewinnspiels - mögen diese auch dem Publikum nicht bekannt gemacht worden sein - auszugehen sei. Der Veranstalter selbst müsse wissen, ob sein Spiel unter die Ausnahmebestimmung falle oder nicht, könne doch dem Gesetzgeber nicht die Absicht unterstellt werden, eine Regelung zu treffen, wonach auch der Veranstalter selbst unter Umständen die rechtlichen Folgen seines Tuns im vorhinein nicht abschätzen kann. Wollte man die Zulässigkeit eines Gewinnspiels von der Zahl der eingesendeten Teilnahmekarten abhängig machen, wäre es umso eher zulässig, je größer die Anzahl der Spielteilnehmer, also der mit dem Spiel verbundene Anlockeffekt sei (ÖBI 1993, 253 -Leichtmetallfelgen - Gewinnspiel).Der Oberste Gerichtshof hat bereits erkannt, dass nach dem klaren Zweck dieser Ausnahmebestimmung nur Gewinnspiele, bei denen der Anlockeffekt im Hinblick auf den Gesamtwert der ausgespielten Preise und die hohe Zahl der möglichen Teilnehmer gering ist, nicht mehr untersagt werden sollen (ÖBI 1993, 253 - Leichtmetallfelgen - Gewinnspiel). Unter dem Begriff der "ausgegebenen Teilnahmekarten" im Sinn dieser Ausnahmebestimmung hat der Oberste Gerichtshof im Einklang mit dem Gesetzestext und den Materialien zu dieser durch das WDerG 1992 Bundesgesetzblatt 147 eingeführten Bestimmung schon bisher alle vom Veranstalter verteilten, für die Teilnahme am Gewinnspiel zu verwendenden Unterlagen verstanden und nicht nur jene, die tatsächlich zum Zwecke der Teilnahme an den Veranstalter rückgemittelt wurden. Er hat dazu ausgesprochen, dass

von den tatsächlichen Verhältnissen des Gewinnspiels - mögen diese auch dem Publikum nicht bekannt gemacht worden sein - auszugehen sei. Der Veranstalter selbst müsse wissen, ob sein Spiel unter die Ausnahmebestimmung falle oder nicht, könne doch dem Gesetzgeber nicht die Absicht unterstellt werden, eine Regelung zu treffen, wonach auch der Veranstalter selbst unter Umständen die rechtlichen Folgen seines Tuns im vorhinein nicht abschätzen kann. Wollte man die Zulässigkeit eines Gewinnspiels von der Zahl der eingesendeten Teilnahmekarten abhängig machen, wäre es umso eher zulässig, je größer die Anzahl der Spielteilnehmer, also der mit dem Spiel verbundene Anlockeffekt sei (ÖBI 1993, 253 - Leichtmetallfelgen - Gewinnspiel).

Der erkennende Senat sieht sich auch im hier zu beurteilenden Fall nicht veranlasst, von dieser Rechtsprechung abzugehen. Das von der Beklagten veranstaltete Gewinnspiel wird in Postwurfsendungen und durch Auflage der Prospekte in den Verkaufsstellen der Beklagten beworben, richtet sich somit an einen von vornherein keineswegs eingeschränkten Personenkreis. Um aber möglichst viele Personen anzusprechen und für das angebotene Produkt interessieren zu können, musste die Veranstalterin - unabhängig von ihren tatsächlichen Umsatzerwartungen zwangsläufig mehr Teilnahmekarten ausgeben als dann (den Umsatzerwartungen entsprechend oder diese übersteigend) zurückgemittelt werden. Es kann ihr zumindest dann, wenn sie ihr Angebot wie hier nicht an eine ganz bestimmte Personengruppe richtet, nicht verwehrt werden, eine die Umsatzerwartungen weit übersteigende Zahl an Teilnahmekarten zu verteilen, um besonders viele potentielle Kunden zu erreichen. In diesem Sinn versteht auch Koppensteiner (Österr und europäisches Wettbewerbsrecht3 § 25 RN 42 FN 148) ganz offensichtlich den dort verwendeten Begriff "potentielle" Berechtigungen. Sein Verständnis von "potentiellen" Beteiligungen am Gewinnspiel (Berechtigungen) steht erkennbar in Einklang mit der von ihm als "überzeugend" bezeichneten Entscheidung des Obersten Gerichtshofs ÖBI 1993, 253 - Leichtmetallfelgen - Gewinnspiel. Wollte man - wie die Klägerin meint - nur so viele Teilnahmekarten in die Berechnung des fiktiven Lospreises einbeziehen, wie es der statistisch zu erwartenden Zahl an Teilnehmern am Gewinnspiel entspricht, würde es dem Veranstalter unmöglich gemacht, die entsprechend reduzierte Zahl an Teilnahmekarten so zu platzieren, dass eine möglichst große Zahl der in Frage kommenden Interessenten angesprochen werden kann.Der erkennende Senat sieht sich auch im hier zu beurteilenden Fall nicht veranlasst, von dieser Rechtsprechung abzugehen. Das von der Beklagten veranstaltete Gewinnspiel wird in Postwurfsendungen und durch Auflage der Prospekte in den Verkaufsstellen der Beklagten beworben, richtet sich somit an einen von vornherein keineswegs eingeschränkten Personenkreis. Um aber möglichst viele Personen anzusprechen und für das angebotene Produkt interessieren zu können, musste die Veranstalterin - unabhängig von ihren tatsächlichen Umsatzerwartungen - zwangsläufig mehr Teilnahmekarten ausgeben als dann (den Umsatzerwartungen entsprechend oder diese übersteigend) zurückgemittelt werden. Es kann ihr zumindest dann, wenn sie ihr Angebot wie hier nicht an eine ganz bestimmte Personengruppe richtet, nicht verwehrt werden, eine die Umsatzerwartungen weit übersteigende Zahl an Teilnahmekarten zu verteilen, um besonders viele potentielle Kunden zu erreichen. In diesem Sinn versteht auch Koppensteiner (Österr und europäisches Wettbewerbsrecht3 Paragraph 25, RN 42 FN 148) ganz offensichtlich den dort verwendeten Begriff "potentielle" Berechtigungen. Sein Verständnis von "potentiellen" Beteiligungen am Gewinnspiel (Berechtigungen) steht erkennbar in Einklang mit der von ihm als "überzeugend" bezeichneten Entscheidung des Obersten Gerichtshofs ÖBI 1993, 253 - Leichtmetallfelgen -Gewinnspiel. Wollte man - wie die Klägerin meint - nur so viele Teilnahmekarten in die Berechnung des fiktiven Lospreises einbeziehen, wie es der statistisch zu erwartenden Zahl an Teilnehmern am Gewinnspiel entspricht, würde es dem Veranstalter unmöglich gemacht, die entsprechend reduzierte Zahl an Teilnahmekarten so zu platzieren, dass eine möglichst große Zahl der in Frage kommenden Interessenten angesprochen werden kann.

Für die Berechnung des "fiktiven Lospreises" im Sinn des§ 9a Abs 2 Z 8 UWG ist daher auch dann die Zahl der ausgegebenen Teilnahmekarten im Verhältnis zum Gesamtwert der ausgespielten Preise maßgeblich, wenn mehr Teilnahmekarten ausgegeben werden als nach der statistischen Wahrscheinlichkeit mit Geschäftsabschlüssen zu rechnen ist. Für die Berechnung des "fiktiven Lospreises" im Sinn des Paragraph 9 a, Absatz 2, Ziffer 8, UWG ist daher auch dann die Zahl der ausgegebenen Teilnahmekarten im Verhältnis zum Gesamtwert der ausgespielten Preise maßgeblich, wenn mehr Teilnahmekarten ausgegeben werden als nach der statistischen Wahrscheinlichkeit mit Geschäftsabschlüssen zu rechnen ist.

Dass nur jene Personen am Gewinnspiel teilnehmen werden, die auch tatsächlich beabsichtigen, eine Küche anzukaufen, kann an der Zulässigkeit des Gewinnspiels nichts ändern. Insoweit unterscheidet sich das vorliegende Gewinnspiel nicht von anderen, mit langlebigen Wirtschaftsgütern des nicht alltäglichen Bedarfs verknüpften Zugaben.

Dass nicht alle vom Gewinnspiel der Beklagten Angesprochenen auch tatsächlich Interesse am Ankauf einer Küche und damit an einer Teilnahme am Gewinnspiel - haben, schränkt nicht den Personenkreis ein, dem die Teilnahme offen steht, sondern wirkt sich allein auf die Beurteilung des Anlockeffekts aus. Dieser ist unter den hier gegebenen Umständen als eher gering anzusehen. Zum einen kennt das Publikum in aller Regel weder die Marktverhältnisse, noch weiß es, wie viele Küchen pro Jahr und Monat von der Beklagten verkauft werden. Es wird daher auch keine Vorstellung davon haben, wie viele Kaufinteressenten realistischerweise am Gewinnspiel teilnehmen werden. Es wird daher - auch wenn es die tatsächlich ausgegebene Zahl der Teilnahmekarten nicht kennt - mit keiner großen Gewinnchance rechnen. Zum andern wird keiner der Angesprochenen aus den vom Gesetz verpönten unsachlichen Motiven eine Küche kaufen, die er nicht braucht oder die in Form und Ausstattung nicht seinen Vorstellungen entspricht. Der Klägerin kann daher auch darin nicht zugestimmt werden, dass die Beklagte mit der angekündigten Gewinnchance einen übertriebenen Anlockeffekt geschaffen hätte, der ihre Aktion sittenwidrig machte. Niemand wird wegen einer vagen Chance, eine Küche als einer von drei unter tausenden, vielleicht unter mehreren tausenden gewinnen zu können, eine teure Küche kaufen, die er sonst nicht angeschafft hätte, oder eine Küche erwerben, die ihm nicht gefällt.

Von der Zahl der ausgegebenen Teilnahmekarten in Relation zum angekündigten Gesamtwert der ausgespielten Preise ergibt sich im vorliegenden Fall ein Wert der einzelnen Teilnahmekarte von nicht mehr als 5 S, sodass der Ausnahmetatbestand des § 9a Abs 2 Z 8 UWG verwirklicht ist. Dem Revisionsrekurs der Beklagten wird Folge gegeben und in Abänderung des angefochtenen Beschlusses die Entscheidung des Erstgerichts wiederhergestellt. Von der Zahl der ausgegebenen Teilnahmekarten in Relation zum angekündigten Gesamtwert der ausgespielten Preise ergibt sich im vorliegenden Fall ein Wert der einzelnen Teilnahmekarte von nicht mehr als 5 S, sodass der Ausnahmetatbestand des Paragraph 9 a, Absatz 2, Ziffer 8, UWG verwirklicht ist. Dem Revisionsrekurs der Beklagten wird Folge gegeben und in Abänderung des angefochtenen Beschlusses die Entscheidung des Erstgerichts wiederhergestellt.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 41 und 50 ZPODie Kostenentscheidung beruht auf Paragraphen 41 und 50 ZPO.

## **Anmerkung**

E63276 04A02211

**European Case Law Identifier (ECLI)** 

ECLI:AT:OGH0002:2001:0040OB00221.01F.1016.000

Dokumentnummer

JJT\_20011016\_OGH0002\_0040OB00221\_01F0000\_000

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

© 2025 JUSLINE

 ${\tt JUSLINE @ ist\ eine\ Marke\ der\ ADVOKAT\ Unternehmensberatung\ Greiter\ \&\ Greiter\ GmbH.}$   ${\tt www.jusline.at}$