

# TE OGH 1989/1/24 40b113/88

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 24.01.1989

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Prof. Dr. Friedl als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Gamerith, Dr. Kodek, Dr. Niederreiter und Dr. Redl als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei M\*\*\* Zeitschriften-Verlags-GesmbH., Wien 6, Lehargasse 11, vertreten durch Dr. Andreas Steiger, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei L\*\*\* Gesellschaft mbH, Wien 1, Walfischgasse 11, vertreten durch Dr. Harald Schmidt, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert im Provisorialverfahren S 450.000,-), infolge Revisionsrekurses der klagenden Partei gegen den Beschluß des Oberlandesgerichtes Wien als Rekursgerichtes vom 16. September 1988, GZ 4 R 178/88-8, womit der Beschluß des Handelsgerichtes Wien vom 20. Juli 1988, GZ 38 Cg 296/88-4, abgeändert wurde, folgenden Beschluß

gefaßt:

## Spruch

Dem Revisionsrekurs wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit S 14.739,45 bestimmten Kosten des Revisionsrekursverfahrens (darin S 1.339,95 Umsatzsteuer) binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

## Text

Begründung:

Die Klägerin ist Medieninhaberin der periodischen, monatlich erscheinenden Druckschriften "WIENER" und "WIENERIN"; die Beklagte ist Medieninhaberin der periodischen Druckschrift "FRAU UND FREIZEIT".

Beide Parteien nehmen in ihre Druckwerke entgeltliche Inserate, unter anderem von Unternehmen der Bekleidungs- und Kosmetikartikelbranche, von Kfz-Händlern und von Nahrungs- und Genußmittelherstellern, auf; die Leserkreise überschneiden einander zumindest teilweise.

Auf Seite 4 der Sommer-Ausgabe 1988 ihrer Zeitschrift "FRAU UND FREIZEIT" kündigte die Beklagte unter der - durch Großdruck hervorgehobenen - Überschrift "Sunny FREIZEIT MIT GEWINNSPIEL" an:

"Lauter Sachen, die den Sommer schöner machen, finden Sie auf den nächsten Seiten. Schickes, Gutes, Gesundes für die schönsten Tage im Jahr. Da kleine Geschenke die Freundschaft erhalten, haben wir das Ansehen der Sunny-Freizeit-Seiten mit einem kleinen Gewinnspiel verbunden. Die Skala für das Lösungswort finden Sie auf Seite 9. Zu erraten sind bei der vorgestellten Kleidung die dominante Farbe, bei allen anderen Produkten das Gewicht, jeweils wie abgebildet.

Das erste Wort jeder Bildbeschreibung ist das Schlüsselwort, das Sie in die richtige Rasterzeile eintragen. Die

Buchstaben in den bunten Flächen ergeben - richtig aneinandergereiht - das Lösungswort. Was Sie gewinnen können: Ganz einfach, das Stück IHRER Wahl. Während Sie Farben und Gewichte überlegen, können Sie gleich gustomieren, womit Sie die meiste Freude hätten. Zusätzlich haben Sie noch die Chance, mit dem Peugeot-Cabrio 14 Tage auf Urlaub zu fahren. Lösungswort und Wunschgewinn senden Sie auf einer Postkarte an

Frau und Freizeit, 1010 Wien, Walfischgasse 11 - Kennwort: Sunny

Freizeit. Einsendeschluß: 20. August '88.

Viel Spaß beim Mitmachen und viel Glück, daß Sie eine der 25 Gewinnerinnen sind, vor allem aber einen schönen Sommer wünscht Ihre Frau und Freizeit."

Auf den Seiten 4 bis 9 der Zeitschrift befanden sich - in Farbe - Modeaufnahmen, Abbildungen von Genußmitteln, eines Sonnenschutzmittels, zweier Packungen "Klosterfrau Aktiv-Kapseln", einer Sonnenbrille und einer "Yashica"-Kamera. Neben jedem dieser insgesamt 16 Bilder befand sich ein Begleittext, der die Vorzüge des abgebildeten Produktes anpries; das jeweils erste Wort der Begleittexte war durch Großschreibung hervorgehoben. Auf Seite 9 war ein Raster abgedruckt, in dessen äußerst linker, senkrechter Spalte Farb- und Gewichtsangaben aufschienen, die sich auf jeweils eine der abgebildeten Artikel bezogen. In dem Raster waren einzelne Kästchen gelb gefärbt und mit Zahlen von 1 bis 13 bezeichnet. Rechts neben dem Raster befand sich ein weißer, darauf hinweisender Pfeil, in welchem zu lesen war: "RASTER FÜRS

PREISRÄTSEL".

Mit der Behauptung, daß dieses Gewinnspiel gegen § 28 UWG verstoße, weil die Spielbedingungen und die Auflösungen erst aus der Zeitung zu erfahren seien und der Gewinn vom Zufall abhängen, begehrt die Klägerin zur Sicherung eines inhaltsgleichen Unterlassungsanspruches, der Beklagten mit einstweiliger Verfügung bis zur Rechtskraft des über die Unterlassungsklage ergehenden Urteils beim Vertrieb der periodischen Druckschrift "FRAU UND FREIZEIT" zu verbieten,

"ein Gewinnspiel anzukündigen, bei dem aus einem Beitrag eines Artikels der 'FRAU UND FREIZEIT' Wörter für ein Rätsel zu finden sind, welches in der Folge das Lösungswort ergibt, welches wiederum auf einer Postkarte an die beklagte Partei zu senden ist und (zu ergänzen: bei dem) bestimmte Sachpreise nach Wahl der Gewinner verlost werden."

Die Beklagte sprach sich gegen den Sicherungsantrag aus. Da von der Ankündigung des Gewinnspiels nur derjenige Kenntnis erhalten könne, der die betreffende Zeitschrift bereits besitze und sie daher nicht mehr kaufen müsse, könne sein Gewinnstreben den Entschluß zu einem Warenbezug nicht mehr beeinflussen. Das Gewinnspiel beschränke sich daher darauf, die Aufmerksamkeit auf die Zeitschrift der Beklagten zu lenken, entbehre aber jeder Akzessorietät zu deren entgeltlichem Absatz; es sei daher zulässig.

Der Erstrichter erließ die beantragte einstweilige Verfügung.

§ 28 UWG solle vermeiden, daß der Warenabsatz durch das Ausnützen emotionaler Elemente gefördert, nämlich die Spielleidenschaft des präsumptiven Käuferpublikums angesprochen werde; diese Art der Werbung trage ein unsachliches Element in den Wettbewerb und sei sittenwidrig, weil der Kunde psychisch in der Freiheit seines Entschlusses beeinträchtigt werde. Die beanstandete Aktion der Beklagten verstoße gegen § 28 UWG, weil an dem Gewinnspiel nur derjenige teilnehmen könne, der das ausschließlich in der Zeitschrift "FRAU UND FREIZEIT" abgedruckte Preisrätsel löse, indem er die entsprechenden Wörter in den auf Seite 9 abgedruckten Rätsel-Raster eintrage, um so das Lösungswort zu finden; dazu sei der entgeltliche Erwerb der Zeitschrift erforderlich. Die Ausmittlung der insgesamt 25 Gewinner hänge nicht ausschließlich von der Leistung des Teilnehmers - dem Finden des richtigen Lösungswortes und dessen Einsenden -, sondern auch von dem Ergebnis einer Verlosung unter den Einsendern des richtigen Lösungswortes ab; auch das Tatbestandsmerkmal der Zufallsabhängigkeit sei damit erfüllt. Von der Ankündigung des Gewinnspiels könne auch derjenige Kenntnis erlangen, der die Zeitschrift noch nicht erworben habe, zumal es vor allem in Supermärkten und größeren Zeitungsvertriebsstellen durchaus üblich sei, vor dem Erwerb einer Zeitschrift diese durchzublättern, um über ihren Inhalt und ihre Preiswürdigkeit eine Vorstellung zu erhalten, auf der schließlich die Kaufentscheidung beruhe. Dabei sei anzunehmen, daß der potentielle Käufer schon im Zuge dieses prüfenden Durchblätterns von dem auffallend angekündigten Gewinnspiel Kenntnis erlange; das Bestreben, die Gewinnchance zu wahren, nehme dadurch Einfluß auf seine Kaufentscheidung.

Das Rekursgericht wies den Sicherungsantrag ab und sprach aus, daß der Wert des Beschwerdegegenstandes S 300.000,- übersteige. Ein Verstoß gegen § 28 UWG liege nicht vor, wenn der Käufer einer Zeitschrift von dem Preisrätsel erst Kenntnis erlange, nachdem er die Zeitschrift bereits gekauft habe; in einem solchen Fall könne die Entscheidung, die Zeitschrift zu kaufen, nicht mehr beeinflußt werden. Auf dem Titelblatt der Zeitschrift der Beklagten habe sich kein Hinweis auf das Preisrätsel befunden; auch irgendeine Werbung mit dem Preisrätsel sei weder behauptet noch bescheinigt worden. Da das Lösungswort des Preisrätsels auf einer Postkarte einzusenden sei, könnten auch mehrere Personen an dem Spiel teilnehmen, obwohl nur eine von ihnen die Zeitschrift erworben habe. Auch ein mehrfacher Erwerb der Zeitschrift könne die Gewinnchancen nicht erhöhen, so daß auch dadurch kein Anreiz zum Kauf der Zeitschrift gegeben sei. In manchen größeren Geschäften habe zwar der Kunde die Möglichkeit, vor dem Kauf auch den Inhalt der Zeitschrift zu sehen und daher von dem Preisrätsel Kenntnis zu erlangen; dabei handle es sich aber nur um einen unmaßgeblichen Teil der in Betracht kommenden Verbraucher. Der durchschnittliche Interessent werde eine Zeitschrift ohne nähere Prüfung ihres Inhaltes kaufen; er werde davon eine gewisse Unterhaltung und Entspannung erwarten und die Zeitung auf Grund des Titels und der dort angeführten Schlagzeilen erwerben; anders könne es vielleicht bei Fachzeitschriften, die ein Kunde nur dann zu erwerben bereit sei, wenn sie einen ihn besonders interessierenden Beitrag enthalten. Auch der "Mundpropaganda" komme hier keine besondere Bedeutung zu: Gerade eine "Nachbarin oder gute Freundin" werde, wenn sie durch die Mundpropaganda über das Preisrätsel angezogen werde, die Zeitschrift nicht selbst kaufen, sondern eben das Lösungswort bei der "Nachbarin" oder "guten Freundin" abschreiben.

Gegen diesen Beschluß richtet sich der Revisionsrekurs der Klägerin mit dem Antrag, die einstweilige Verfügung der ersten Instanz wiederherzustellen; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Beklagte beantragte, diesem Rechtsmittel nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Revisionsrekurs ist nicht berechtigt.

Nach § 28 UWG ist es - soweit hier von Bedeutung - verboten, Waren in der Form zu vertreiben, daß eine neben der Ware zu gewährende Zuwendung (Prämie) vom Ergebnis einer Verlosung oder einem anderen Zufall abhängig gemacht ist. Ein "Zufall" im Sinne dieser Gesetzesstelle liegt dann vor, wenn der Eintritt des Erfolges weder vom zielbewußten Handeln oder der Geschicklichkeit des Leistungsansprechers noch allein vom Belieben des Leistungspflichtigen abhängt, sondern noch weitere Bedingungen hinzutreten müssen, die außerhalb des Willens dieser Personen liegen (Hohenecker-Friedl 71; ÖBl 1982, 46 mwN; MuR 1988, 167 uva). Daß die Ausmittlung der 25 Gewinner hier vom Zufall - offenbar von einer Verlosung -, nicht aber allein vom Belieben der Spielveranstalterin abhing, hat die Beklagte nicht in Abrede gestellt.

Die Terminologie des § 28 UWG entspricht jener des § 1 ZugG (Koppensteiner, Wettbewerbsrecht<sup>2</sup>, 104; Schuhmacher, Verbraucherschutz bei Vertragsanbahnung 303). Nach § 1 Abs 1 ZugG ist es verboten, im geschäftlichen Verkehr neben Waren oder Leistungen unentgeltliche Zugaben (Prämien) anzubieten, anzukündigen oder einem größeren Kreis von Personen zu gewähren. Dabei ist es nach § 1 Abs 1 Satz 2 ZugG belanglos, ob die Zugaben im vorhinein, gleichzeitig mit der Ware oder Leistung oder erst später gewährt werden sollen oder gewährt werden und ob sie in Waren und Leistungen bestehen. Ist aber die neben einer Ware oder einer Leistung zu gewährende Zugabe vom Ergebnis einer Verlosung oder von einem anderen Zufall abhängig, dann gelten gemäß § 6 ZugG nicht die Bestimmungen dieses Gesetzes, sondern § 28 UWG. Die von § 28 UWG erfaßten Formen glücksspielartigen Vertriebes sind somit als Sonderform der Zugabe anzusehen (Schuhmacher aaO).

Zugabe ist nach ständiger Rechtsprechung ein zusätzlicher Vorteil, der neben der Hauptware (Hauptleistung) ohne besondere Berechnung angekündigt, angeboten oder gewährt wird, um den Absatz der Hauptware oder die Verwertung der Hauptleistung zu fördern (ÖBl 1985, 108 mwN). Dieser Vorteil muß mit der Hauptware (-leistung) in einem solchen Zusammenhang stehen, daß er objektiv geeignet ist, den Kunden in seinem Entschluß zum Erwerb der Hauptware (-leistung) zu beeinflussen, also Werbe- oder Lockmittel sein (ÖBl 1985, 47 und 108 je mwN; Hohenecker-Friedl 122; Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht<sup>15</sup>, 1906 Rz 12 zu § 1 ZugVO). Zwischen der Haupt- und der unentgeltlichen Zusatzleistung muß demnach ein "innerer Zweckzusammenhang" bestehen; es müssen diejenigen Waren oder Leistungsumsätze gefördert werden, neben denen und zu denen die Zuwendung gemacht wird (Hoth-Gloy, Zugabe und Rabatt 101 Rz 26 zu § 1 dZugVO). Die Zuwendungen müssen neben Hauptangeboten gemacht oder

in Aussicht gestellt werden, für die sich der Kunde um ihretwillen entschließen soll; auf die Förderung des Einzelgeschäftes und nicht der allgemeinen Geschäftstätigkeit kommt es dabei an (Hoth-Gloy aaO 103 Rz 28). Der notwendige Zusammenhang muß zur Zeit des Kaufentschlusses gegeben sein; er kann nicht nachträglich in Umkehrung der Kausalfolge hergestellt werden. Werden nach dem Geschäftsabschluß Zuwendungen in Aussicht gestellt oder gewährt, mit denen der Käufer beim Kauf nicht rechnen konnte, dann liegt keine Zugabe vor. Die dem Ziel und Zweck des Zugabeverbotes zuwiderlaufenden werblichen Wirkungen müssen spätestens bei Vertragsschluß (Kaufentschluß) wirksam geworden sein (Hoth-Gloy aaO 112 f Rz 34).

Wendet man diese Grundsätze, die auch für den Bereich des § 28 UWG gelten, hier an, dann muß ein Verstoß der Beklagten gegen § 28 UWG verneint werden. Die Beklagte hat auf das beanstandete Gewinnspiel weder auf dem Titelblatt ihrer Zeitschrift noch sonst in der Werbung hingewiesen; erst beim Durchblättern der Zeitschrift konnte man auf dieses Spiel stoßen. Hatte aber jemand die Zeitschrift bereits gekauft und erst dann von dem Gewinnspiel erfahren, so bestand für ihn keinerlei Anlaß, im Hinblick auf dieses Spiel eine oder mehrere weitere Nummern derselben Zeitschrift zu erwerben, konnte er doch das Lösungswort auf Grund seines Exemplars der Zeitschrift finden und sodann, um seine Gewinnchancen zu erhöhen, allenfalls auch mehrere Postkarten einsenden; der Erwerb weiterer Exemplare hätte ihm keinen Vorteil gebracht. Wollte er Familienangehörige, Freunde, Bekannte udgl. an der Gewinnchance teilhaben lassen, so genügte es, ihnen das Lösungswort zu sagen oder die Zeitschrift zu borgen. Da die Beklagte - entgegen dem Klagevorbringen - auch nicht die Bekanntgabe der Gewinner in einer weiteren Nummer ihrer Zeitschrift angekündigt hatte, bestand für einen Spielteilnehmer, der deshalb damit rechnen konnte, von einem allfälligen Gewinn persönlich verständigt zu werden, auch kein Grund, im Hinblick auf seine Teilnahme an dem Spiel weitere Ausgaben der Zeitschrift zu kaufen. Auch die Hoffnung auf ähnliche Spielveranstaltungen in den folgenden Ausgaben wurde durch die Beklagte nicht erweckt, zumal es sich hier um ein nicht in jedem Heft in ähnlicher Form wiederkehrendes, typisches "Sommergewinnspiel" gehandelt hat.

Dem Rekursgericht ist aber auch darin zu folgen, daß nur ein geringer, nicht ins Gewicht fallender Teil des angesprochenen Publikums Zeitschriften erst nach näherer Prüfung ihres Inhaltes zu kaufen pflegt. In aller Regel sieht der Erwerber einer Zeitschrift oder Zeitung vor dem Kauf im besten Fall ihre Titelseite, nicht aber die erst im Blattinneren gemachten Ankündigungen; ein genaues Durchblättern solcher Medien vor ihrem Kauf kommt dagegen wohl nur ausnahmsweise vor.

Da das beanstandete Gewinnspiel somit nicht geeignet war, einen Anreiz zum Kauf der Zeitschrift "Frau und Freizeit" zu schaffen, liegt kein Verstoß gegen § 28 UWG vor.

Dem Revisionsrekurs mußte daher ein Erfolg versagt bleiben. Der Ausspruch über die Kosten des Revisionsrekursverfahrens gründet sich auf die §§ 78, 402 Abs 2 EO, 41, 50, 52 ZPO.

#### **Anmerkung**

E17036

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

ECLI:AT:OGH0002:1989:0040OB00113.88.0124.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19890124\_OGH0002\_0040OB00113\_8800000\_000

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