

1) D/Molt + RS-Vers  
2) D/(anonym.) → VKI

1) FRIP VOLITERRA - ... (gegenüber ...)  
166  
225/02s  
5-R-193/03v



Präsidium  
des Handelsgerichtes Wien

eingel. am 21. APR. 2005

.....fach, m..... g. ....Akten  
.....handschriften

30

REPUBLIK ÖSTERREICH  
Oberlandesgericht Wien

### Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Rechtsmittelge-  
richt in der Rechtssache der klagenden Partei **Rudolf  
G. Vermögensberater,**  
vertreten durch Brauneis, Klauser & Prändl, Rechtsan-  
wälte OEG in Wien, wider die beklagte Partei **L. AG,**  
vertreten durch Dr. Armin Bammer, Rechtsanwalt in Wien,  
wegen EUR 314.310,01 s.A., über die Berufungen der  
klagenden (Berufungsinteresse EUR 259.808,66 s.A.) und  
der beklagten Partei (Berufungsinteresse EUR 54.501,35  
s.A.) gegen das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom  
25.3.2003, 16 Cg 225/02s<sup>-21,</sup>

I) durch den Senatspräsidenten des Oberlandesge-  
richtes Dr. Reitermaier als Vorsitzenden sowie die  
Richter des Oberlandesgerichtes Mag. Dr. Wanke-Czer-  
wenka und Mag. Iby und in nichtöffentlicher Sitzung den

### B e s c h l u s s

gefasst:

- 1) Das Verfahren wird fortgesetzt.
- 2) Die Berufung der Beklagten wegen Nichtigkeit  
wird verworfen.

II) und durch den Senatspräsidenten des Oberlan-  
desgerichtes Dr. Reitermaier als Vorsitzenden, den

Richter des Oberlandesgerichtes Mag. Iby und den KR Lang nach öffentlicher mündlicher Berufungsverhandlung zu Recht erkannt:

Der Berufung der Beklagten wird nicht Folge gegeben.

Der Berufung des Klägers wird teilweise Folge gegeben und das angefochtene Urteil dahin abgeändert, dass es zu lauten hat:

"1) Die Beklagte ist schuldig, dem Kläger EUR 268.886,21 samt 4 % Zinsen seit 1.10.2002 zu bezahlen und ihm die mit EUR 10.743,74 bestimmten Verfahrenskosten (darin enthalten EUR 4.662,66 an Barauslagen und EUR 1.013,51 USt) zu ersetzen, dies alles binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution.

2) Das Mehrbegehren, die Beklagte sei schuldig, dem Kläger weitere EUR 45.423,80 samt 4 % Zinsen seit 1.10.2002 zu bezahlen, wird abgewiesen."

Die Beklagte ist schuldig, dem Kläger die mit EUR 9.892,24 bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens (darin enthalten EUR 5.256,07 an Barauslagen und EUR 772,69 USt) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Die ordentliche Revision ist zulässig.

#### **E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :**

Der Kläger begehrt von der Beklagten die Bezahlung von EUR 314.310,01 s.A. Der Kläger sei Verbraucher; die Beklagte mit Sitz in der Schweiz betreibe einen

Versandhandel unter dem Markennamen ... Der Kläger, der in Wien 13 wohne, habe von der Beklagten mehrere persönlich adressierte Zuschriften erhalten, die den Eindruck erweckt hätten, der Kläger habe die darin versprochenen Geldbeträge gewonnen und brauche diese nur noch anzufordern. Daneben hätte der Kläger auch die Möglichkeit gehabt, bei dem von der Beklagten veranstalteten ... Lotto System gegen Zahlung von wöchentlich S 100,--, S 200,-- oder auch S 300,-- mitzuspielen. Die erste Sendung habe der Kläger am 16.2.2001 erhalten; der zugesagte Preis sei ein Geldbetrag von S 850.000,-- oder ein PKW Mercedes gewesen, dies zuzüglich einer Sprinterprämie von S 400.000,--; der Kläger habe die beiden Geldbeträge mit Schreiben vom 17.2.2001 angefordert. Die zweite Sendung mit einem versprochenen Gewinn von S 625.000,-- habe der Kläger am 12.3.2001 erhalten und den Gewinn am 16.3.2001 abgerufen. Die dritte Sendung, in welcher der Gewinn ein Volvo S 80 oder S 750.000,-- gewesen seien, habe der Kläger Anfang Mai 2001 erhalten. Der Kläger habe das Bargeld gewählt und mit Schreiben vom 8.5.2001 angefordert. Die vierte Sendung habe der Kläger am 13.6.2001 erhalten; darin sei ein Gewinn von S 850.000,-- oder ein PKW Audi TT versprochen worden, bei rechtzeitiger Anforderung sei die Verdoppelung des Gewinnes zugesagt worden. Der Kläger habe den Geldbetrag samt der Gewinnverdoppelung mit Schreiben vom 15.6.2001 angefordert. Die Beklagte habe aber keine

Zahlungen geleistet. Der Anspruch des Klägers stütze sich auf § 5j KSchG, gemäß Art 5 EVÜ, allenfalls Art 7 EVÜ sei österreichisches Recht anzuwenden, weil der Kläger in allen vier Fällen die Gewinnanforderung von Österreich aus an die Beklagte gesandt habe. Der dritten und vierten Sendung seien auch Spielregeln beigelegt, laut welchen der Gewinner des Hauptgewinns bereits im Voraus bestimmt worden sei. Die - nicht eingelösten - Gewinnzusagen der Beklagten hätten beim Kläger Ärger und unberechtigte Erwartungen ausgelöst. Es stimme nicht, dass der Kläger eine Flut von Klagen nach § 5j KSchG erhoben habe. Zur Geltendmachung seiner Ansprüche bedürfe es keiner Organisation, also keines Unternehmens. Die Gewinnzusagen seien dem Kläger als Privatperson zugestellt worden, ohne jede Verbindung mit seiner Berufstätigkeit als Vermögensberater, der Kläger sei daher Verbraucher im Sinne des KSchG.

Die Beklagte wendete ein, die inländische Gerichtsbarkeit Österreichs sei nicht gegeben. Die Flut der vom Kläger eingebrachten Klagen und seine Tätigkeit als Vermögensberater sprächen gegen eine Verbrauchereigenschaft des Klägers. Es entstehe der Eindruck, dass der Kläger im Rahmen seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit in jemandes Auftrag handle. Der Kläger sei kein Verbraucher, es liege kein vertragliches Schuldverhältnis vor, er habe auch keine Waren bestellt. Allenfalls mache der Kläger einen außervertraglichen Schadenersatzanspruch geltend. Die

Zusendungen der Beklagten seien ihm früher als von ihm behauptet zugestellt worden. Der Kläger habe die Antwortschreiben verspätet abgesendet. Die Formulierung der Schreiben der Beklagten und der Teilnahmeregeln sei eindeutig gewesen, nämlich derart, dass der Gewinn vom Eintritt einer - später aber nicht eingetretenen - Bedingung abhängig sei. Beim dritten Gewinnspiel habe der Kläger die gewinnende Glücksnummer nicht innerhalb von 3 Tagen nach dem Datum des Poststempels eingeschickt, die Sendung sei auch nicht an die Abteilung Nicht-Spieler gegangen, der Kläger habe keine Versandspesen beigelegt. Auch die restlichen Bedingungen, nämlich das Aufkleben einer Marke und das Zurückschicken des Bargeldgutscheines, habe er nicht eingehalten.

Mit der angefochtenen Entscheidung verwarf das Erstgericht (mittels Beschluss) die Einrede der mangelnden inländischen Gerichtsbarkeit und erkannte die Beklagte (mit Urteil) schuldig, dem Kläger EUR 54.501,35 s.A. zu bezahlen; das Mehrbegehren von EUR 259.808,66 s.A. wies es ab. Es stellte, neben der Erklärung der in den Beilagen (./B bis ./E) erliegenden Zusendungen der Beklagten an den Kläger zum Bestandteil des Urteils, den auf den Seiten 4 und 5 des Ersturteils (AS 181 bis 183) wiedergegebenen Sachverhalt fest, worauf verwiesen wird, und führte in rechtlicher Hinsicht aus, der Kläger mache einen Art 5 Z 3 LGVÜ zu unterstellenden Anspruch geltend, weshalb die inländische Gerichtsbarkeit Österreichs gegeben sei. Gemäß §

~~48 Abs 1 Satz 1 IPRG sei materielles österreichisches~~  
Recht anzuwenden. Der Kläger sei Verbraucher im Sinne  
des § 1 KSchG, habe er die "Gewinne" doch nicht in  
seiner Eigenschaft als Vermögensberater abgefordert.  
Bloß bei der dritten Zusendung (Gewinn eines Volvo S 80  
oder von S 750.000,--) habe ein verständiger Verbrau-  
cher den Eindruck haben können, dass er bereits gewon-  
nen habe; bei den drei anderen Zusendungen sei dies  
nicht der Fall. Das Begehren des Klägers sei daher  
hinsichtlich dieser dritten Sendung nach § 5j KSchG  
berechtigt, hinsichtlich der drei anderen Sendungen  
aber nicht, sodass ihm der S 750.000,-- entsprechende  
Eurobetrag zuzuerkennen, sein Mehrbegehren aber  
abzuweisen sei.

Gegen den stattgebenden Teil dieses Urteils  
richtet sich die Berufung der Beklagten wegen Nichtig-  
keit, unrichtiger Tatsachenfeststellung und unrichtiger  
rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, das Ersturteil  
im angefochtenen Umfang als nichtig aufzuheben, allen-  
falls es dahin abzuändern, dass auch dieser Teil des  
Klagebegehrens abgewiesen werde; hilfsweise wird ein  
Aufhebungsantrag gestellt.

Gegen den abweisenden Teil dieses Urteils richtet  
sich die Berufung des Klägers wegen unrichtiger recht-  
licher Beurteilung mit dem Antrag, das angefochtene  
Urteil dahin abzuändern, dass dem gesamten Begehren des  
Klägers Folge gegeben werde; hilfsweise wird ein Aufhe-  
bungsantrag gestellt.

Beide Streitparteien beantragen, dem Rechtsmittel der Gegenseite keine Folge zu geben.

Die Berufung der Beklagten ist nicht berechtigt, die Berufung des Klägers ist teilweise berechtigt.

Zur Berufung der Beklagten:

Das Erstgericht hat seine Entscheidung über die inländische Gerichtsbarkeit gemäß § 261 Abs 3 ZPO in das Urteil aufgenommen; diese (die Einrede der Beklagten im Sinne der Formulierung des § 261 Abs 2 ZPO verwerfende) Entscheidung kann nur mit Berufung angefochten werden (EvBl 1965/205; JBl 1979, 373; Fasching, Lehrbuch<sup>2</sup>, Rz 732).

Anzuwenden ist hier (unbestrittenermaßen) das LGVÜ. Das Berufungsgericht hat das Verfahren bis zur Entscheidung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaft in der Sache Petra Engler gegen Janus Versand GmbH betreffend die Auslegung in wesentlicher gleichlautender Bestimmungen des EuGVÜ unterbrochen, weil die Entscheidungen des EuGH alle Gerichte der Mitgliedstaaten auch für andere Fälle binden und objektives Recht schaffen (7 Nd 520/99; vgl auch das Protokoll Nr 2 über die einheitliche Auslegung des Übereinkommens von Lugano, sowie Lechner/Mayr, Das Übereinkommen von Lugano, 46 ff). Der EuGH hat am 20.1.2005 sein Urteil in der Sache Petra Engler gegen Janus Versand GmbH erlassen, das Verfahren ist daher fortzusetzen (vgl SZ 66/178). Das Urteil des EuGH im genannten Verfahren legt Art 5 Z 1 erster Halbsatz EuGVÜ (der wörtlich Art

5 Z 1 erster Halbsatz LGVÜ entspricht) dahin hinaus, dass eine Klage, mit der ein Verbraucher nach dem Recht des Vertragsstaates, in dessen Hoheitsgebiet er seinen Wohnsitz hat, von einem Versandhandelsunternehmen mit Sitz in einem anderen Vertragsstaat die Auszahlung eines scheinbar von ihm gewonnenen Preises verlangt, eine Klage aus Vertrag im Sinne des Art 5 Z 1 EuGVÜ ist, wenn zum einen dieses Unternehmen an den Verbraucher, um ihn zum Vertragsschluss zu motivieren, eine ihn namentlich bezeichnende Sendung gerichtet hat, die den Eindruck erwecken konnte, er werde einen Preis erhalten, sofern der dieser Sendung beigefügte "Auszahlungs-Bescheid" zurückgesandt wird, und wenn zum anderen der Verbraucher die vom Verkäufer festgelegten Bedingungen akzeptiert sowie die Auszahlung des versprochenen Gewinns tatsächlich verlangt; dieses Auslegungsergebnis ist nach dem Urteil des EuGH davon unabhängig, ob der Zusendung auch ein Warenkatalog des Unternehmens beigefügt war, ob die Zuteilung des Preises von einer Warenbestellung abhängig gemacht worden ist und ob der Verbraucher tatsächlich Waren bestellt hat.

Nachdem das Erstgericht - worauf weiter unten noch näher einzugehen sein wird - den Kläger zu Recht als Verbraucher im Sinne des KSchG qualifiziert hat folgt aus dieser Entscheidung des EuGH, dass die inländische Gerichtsbarkeit gemäß Art 5 Z 1 des LGVÜ zu bejahen ist. Die Nichtigkeitsberufung der Beklagten war daher



in nichtöffentlicher Sitzung zurückzuweisen.

Im Übrigen ist der Berufung der Beklagten nicht Folge zu geben.

Das Erstgericht hat die "in der Beilage erliegenden Zusendungen der Beklagten an den Kläger" zum Bestandteil des Urteils erklärt; es handelt sich dabei, wovon beide Streitparteien in ihren Rechtsmittelschriften ausgehen, um die Urkunden Beilagen ./B bis ./E, bei welchen die Beklagte ausdrücklich zugestanden hat, dass es sich um die dem Kläger zugestellten Sendungen der Beklagten handelt (§ 2 in ON 18). Die bekämpfte Feststellung des Erstgerichts zum Inhalt der dritten Sendung der Beklagten an den Kläger ist nur eine knappe Zusammenfassung des Inhalts der Beil./D; der rechtlichen Beurteilung ist nicht diese knappe Zusammenfassung, sondern die Beil./D in ihrer Gesamtheit zugrunde zu legen. Auch die von der Beklagten gewünschte Feststellung ist nichts anderes als eine einseitige - Zusammenfassung und Auslegung der Beil./D, worauf erst bei Behandlung der Rechtsrüge der Beklagten einzugehen sein wird.

Die Feststellung zum Erhalt der Sendung der Beklagten durch den Kläger am 7.5.2001 folgt dem Vorbringen der klagenden Partei im Zusammenhang mit der Aussage des Klägers und dem Vermerk auf der Beil./D; die Beklagte will zwar in diesem Zusammenhang die Feststellung, dass der Kläger die Sendung "zu einem nicht mehr exakt feststellbaren Datum Ende April/Anfang

Mai 2001" erhalten habe, ohne sich hier aber mit den genannten Beweisergebnissen auch nur auseinander zu setzen oder ihrerseits darzustellen, warum die von ihr gewünschte Feststellung anstelle der bekämpften hätte getroffen werden sollen.

Weiters richtet sich die Beweistrüge der Beklagten gegen die Feststellungen des Erstgerichtes, dass der Kläger auf dem Preis-/Mitspielformular die Losnummer KL 5931 aufgeklebt und das Formular ausgefüllt habe, dass er den Bargeldgutschein beigefügt habe, sich für das Geld entscheide und die Losnummer für die Sprinterprämie aufgeklebt habe, dass er dieses ausgefüllte Formular und den Bargeldgutschein mit der aufgeklebten "Wahlmarke für cirka öS 750.000,--" in der Folge in das beigelegte Kuvert steckte und am 8.5.2001 an die Beklagte sandte. Die Beklagte will stattdessen festgestellt haben, dass nicht festgestellt werden könne, ob der Kläger die Losnummer sowie die Losnummer für die Sprinterprämie aufgeklebt und das Formular korrekt ausgefüllt habe. Die Beweistrüge überzeugt aber nicht.

Die Beklagte argumentiert hier allein, es sei gerichtsbekannt, dass der Kläger zahlreiche Verfahren nach § 5j KSchG geführt habe. Abgesehen davon, dass Tatsachen nur dann gerichtskundig sind, wenn sie der Richter kennt, ohne erst in bestimmte Unterlagen einsehen zu müssen, sodass es nicht ausreicht, wenn solche Tatsachen ohne weiteres aus anderen Akten desselben Gerichtes zu ersehen sind (OGH 28.9.2004, 4 Ob

173/04a), weshalb hier von einer notorischen Tatsache keine Rede sein kann, spricht das Argument der Beklagten, die sinngemäß behauptet, der Kläger habe absichtlich den "Gewinn" abgefordert, obwohl er gewusst habe, die Sendungen der Beklagten enthielten tatsächlich gar keine wirklichen Gewinnzusagen, für und nicht gegen die bekämpfte Feststellung. Wenn diese Behauptung der Beklagten richtig sein sollte wäre ja unbedingt zu erwarten, dass sich der Kläger, der den "Gewinn" anfordern und in weiterer Folge einklagen will, penibel an die von der Beklagten in ihrer Sendung aufgestellten Bedingungen hält. Im Übrigen wäre es Sache der Beklagten gewesen, wenn sie ein fehlerhaftes Ausfüllen bzw. Bekleben der "Gewinnanforderung" des Klägers behauptet, diese "Gewinnanforderung" im Verfahren vorzulegen. Der Umstand, dass sie das - ohne jede Begründung - nicht getan hat, musste in diesem Punkt die Beweiswürdigung zu ihrem Nachteil beeinflussen.

Das Berufungsgericht übernimmt daher die Feststellungen des Erstgerichtes als Ergebnis einer überzeugenden und richtigen Beweiswürdigung und legt sie seiner rechtlichen Beurteilung zugrunde.

Ausgehend davon bleibt auch die Rechtsrüge der Beklagten erfolglos.

Nach Ansicht des Berufungsgerichtes ist der Sachverhalt nach materiellem österreichischem Recht zu beurteilen, worauf bei Behandlung der Rechtsrüge des Klägers noch näher eingegangen werden wird. Zu

beurteilen ist daher - ganz im Sinne der Argumentation in der Rechtsrüge der Beklagten -, ob der auf § 5j KSchG gestützte Anspruch des Klägers berechtigt ist oder nicht.

Die Beklagte meint zuerst, der Kläger sei kein "schutzwürdiger Verbraucher" im Sinne des § 5j KSchG. Hier ist zunächst darauf hinzuweisen, dass das KSchG für Rechtsgeschäfte zwischen Verbrauchern und Unternehmern gilt, dies völlig unabhängig davon, ob der Verbraucher "schutzwürdig" ist oder nicht. Der Kläger ist nach seiner Aussage Vermögensberater. Er wäre nur dann ein Unternehmer (und daher kein Konsument) im Sinne des KSchG, wenn das Rechtsgeschäft (auf welches er seinen Anspruch stützt) zum Betrieb seines Unternehmens gehörte (§ 1 Abs 1 Z 1 KSchG). Es gehört aber nicht zum Unternehmensgegenstand eines Vermögensberaters bzw zum Betrieb seines Unternehmens, wenn der Vermögensberater in an ihn adressierten Schreiben versprochene Gewinne abfordert. Die Beklagte vermisst in diesem Zusammenhang zwar die Feststellung, dass für den Kläger das Anfordern von potentiellen Gewinnen zum Betrieb seines Unternehmens gehöre, unterlässt es aber, anzugeben, auf Grund welcher Beweisergebnisse diese Feststellung hätte getroffen werden können. Das Anfordern des in einem an ihn "privat", also nicht in seiner Funktion als Vermögensberater gerichteten Schreibens "versprochenen Gewinnes" gehört weder zu den Haupt- noch zu den Hilfs- oder Nebengeschäften eines

Vermögensberaters und damit auch nicht zum Betrieb des Unternehmens des Klägers (vgl Krejci in Rummel, Kommentar<sup>3</sup>, Rz 22 zu § 1 KSchG), weshalb das Erstgericht den Kläger zu Recht als Verbraucher im Sinne des KSchG qualifiziert hat.

Zu prüfen bleibt damit weiter, ob der Anspruch nach § 5j KSchG berechtigt ist. Ist dies der Fall, dann hat der Kläger nach dieser Bestimmung einen Anspruch gegen den Unternehmer (die Beklagte) auf Auszahlung des "Preises", unabhängig davon, welchen Schaden oder Aufwand der Kläger und welche Absicht die Beklagte hatte. Ob auch andere Werbestrategien, die der Gesetzgeber nicht untersagt hat, die angesprochenen Verbraucher irreführen können ist irrelevant, wenn sich zeigt, dass die Sendung der Beklagten unter § 5j KSchG zu subsummieren ist, weil der Gesetzgeber mit dieser Regelung gerade die Werbestrategie einer unwahren "Gewinnzusage" unterbinden wollte.

Betrachtet man den Inhalt der Beil./D in ihrer Gesamtheit, dann ist das Erstgericht zu Recht davon ausgegangen, dass die Sendung der Beklagten jedenfalls den - wenn auch allenfalls nicht sicheren - Eindruck erwecken konnte, der Empfänger der Sendung habe den darin genannten Preis bereits gewonnen (vgl RIS-Justiz RS0117341; 7 Ob 98/04v). Im Schreiben "Preiszuerkennung" wird dem Kläger mitgeteilt, dass er jetzt bloß noch seinen Preis anfordern müsse; die erste Ziehung kenne einen Hauptgewinn von vielen tausend

Schillingen, wobei der Kläger selbst bestimme, wie er den Hauptgewinn erhalten wolle: In Form eines Autos oder in Bargeld. Sowohl auf der "Wichtigen Mitteilung für sie" als auch auf dem "Bargeldgutschein" finden sich Formulierungen, die den Eindruck erwecken, der Kläger habe bereits den PKW bzw den Geldbetrag von S 750.000,-- gewonnen (vgl etwa die "Wichtige Mitteilung für sie": "Inzwischen steht fest, dass sie Recht auf einen Bargeldbetrag in Form eines Schecks in der Vorrunde der ersten Ziehung haben und zwar im Scheckgesamtwert von sage und schreibe öS 750.000,--". Bedenkt man, dass nach den beigelegten Spielregeln der Gewinner des Hauptgewinnes bereits feststeht, dann musste der Empfänger der Sendung auch bei genauer Lektüre den Eindruck haben, diesen genannten Hauptgewinn bereits gewonnen zu haben.

Abschließend meint die Beklagte noch, der Kläger habe die Briefmarken im Wert von S 45,-- nicht beigelegt und das Schreiben auch nicht an der Abteilung "Nicht-Spieler" adressiert. In der Sendung der Beklagten wird aber bloß verlangt, dass der Empfänger der Sendung die richtige Marke auf den Bargeldgutschein klebt und diesen zusammen mit dem Preis-Mitspielformular innerhalb von 3 Tagen zurücksendet (vgl etwa den Text der "Preiszuerkennung" oder der "Wichtigen Mitteilung"). Davon, dass derjenige, der nicht im Lotto der Beklagten mitspielt, diese Sendung an die "Abteilung Nicht-Spieler" senden und S 45,-- an Briefmarken für

Versandspesen beilegen soll, ist alleine in den Spielregeln (als Spielregel 3) die Rede. Nach der Spielregel 2 ist Voraussetzung der Preisverleihung aber bloß, dass die "gewinnende Glücksnummer" innerhalb von 3 Tagen nach dem Datum des Poststempels eingeschickt wird; in der Spielregel 3 wird lediglich gebeten, die Sendung, wenn im Lotto nicht mitgespielt wird, mit beigelegten S 45,-- in Briefmarken an die "Abteilung Nicht-Spieler" zu richten. Die Einhaltung der Spielregel 3 ist daher schon nach der Formulierung der Sendung der Beklagten keine Voraussetzung des Erhalts des "zugesagten Gewinnes", sodass sich auch dieses Argument in der Rechtsrüge der Beklagten als nicht berechtigt erweist. Die Frage der internationalen Zuständigkeit ist nach der Entscheidung des EuGH geklärt, die vom Kläger in seiner Berufungsbeantwortung gewünschten Feststellungen sind daher unerheblich.

Der Berufung der Beklagten war damit keine Folge zu geben.

Zur Berufung des Klägers:

Der Kläger setzt sich in seiner Berufung mit der Frage des anzuwendenden materiellen Rechtes auseinander und kommt zum Ergebnis, es sei materielles österreichisches Recht anzuwenden. Das Berufungsgericht teilt diese Ansicht. Der Prüfung ist das EVÜ zugrunde zu legen, wobei dieses auch zum Ergebnis führen kann, dass das Recht eines Nicht-Vertragsstaates dieses Übereinkommens materiell anzuwenden ist (Art 2 EVÜ). Nachdem

~~die Beklagte ihren Sitz in der Schweiz hat, würde die~~  
Vermutung des Art 4 Abs 2 EVÜ zur Anwendung materiellen schweizer Rechtes führen. Der Kläger beruft sich aber einerseits auf Art 5 und andererseits auf Art 7 EVÜ. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Beklagte das (durch die Postaufgabescheine in den Beil./B bis ./E im Übrigen bewiesene) Vorbringen des Klägers, dass der Kläger die Gewinnanforderungen jeweils von Österreich aus an die Beklagte gesandt habe (S 11 in ON 16), nicht bestritten hat, sodass von dieser Tatsache auszugehen ist.

Der Kläger kann sich nicht erfolgreich auf Art 5 EVÜ berufen. Berücksichtigt man die bereits genannte Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes in der Sache Petra Engler gegen Janus Versand GmbH, insbesondere deren Rz 34 bis 38, dann stützt sich der Anspruch des Klägers nicht auf einen Vertrag über die Lieferung beweglicher Sachen oder über die Erbringung von Dienstleistungen im Sinne des Art 5 Abs 1 EVÜ. Allerdings teilt das Berufungsgericht die Ansicht des Klägers, dass § 5j KSchG gem Art 7 Abs 2 EVÜ auf den hier zu beurteilenden Sachverhalt anzuwenden ist. Art 7 Abs 2 EVÜ lässt die Anwendung eigener Eingriffsnormen zu, dies schon nach den Erläuterungen der Regierungsvorlage unter anderem aus Gründen des Verbraucherschutzes (vgl Kresbach/Rathkolb, Das Europäische Schuldvertragsübereinkommen, 62f). § 5j KSchG will, einer Richtlinie folgend, den Verbraucherschutz bei irreführenden



Gewinnzusagen ausweiten. Entsprechende Regelungen finden sich offenbar auch im Bereich der anderen EU-Mitgliedsstaaten (vgl etwa § 661a dBGB), während andere Staaten wie offenbar auch die Schweiz keine vergleichbaren Regelungen kennen. Der Unternehmer könnte dann die Anwendung des § 5j KSchG (oder vergleichbarer Regelungen anderer Staaten) einfach dadurch umgehen, dass er den Sitz seiner Hauptverwaltung in einem Staat einrichtet, in welchem es keine vergleichbare Regelung gibt. Gerade der hier zu beurteilende Fall bietet dafür ein gutes Beispiel, wo alle Spiele von EU-Staaten aus veranstaltet werden (die ersten beiden Spiele laut den Beil./1 und ./2 von Deutschland aus, die letzten beiden Spiele laut den Spielregeln in den Beilagen ./D und ./E - jeweils Spielregel 1 - von den Niederlanden aus) und überhaupt kein Bezug zur Schweiz (wo die Beklagte nach ihrem Vorbringen ihren Sitz hat) besteht. Nach Ansicht des Berufungsgerichtes ist daher § 5j KSchG als inländische Eingriffsnorm iSd Art 7 EVÜ zu interpretieren und deshalb im hier zu beurteilenden Fall auch anzuwenden.

Des weiteren meint der Kläger in seiner Berufung, auch beim ersten, zweiten und vierten Gewinnspiel sei sein Anspruch nach dieser Bestimmung berechtigt.

Das Berufungsgericht teilt diese Ansicht, was das erste (Beil./B) und das vierte (Beil./E) Gewinnspiel betrifft. Beim ersten Gewinnspiel wird dem Kläger mitgeteilt, er stehe "als Einziger an der Spitze; der

Tag, an dem er den Hauptgewinn erhalte, sei beinahe angebrochen. Er sei ein wahrer Glückspilz, denn es ströme ihm unglaublich viel Geld zu; er habe vor allen anderen Teilnehmern die Spitze erreicht, wo der Hauptgewinn - der Mercedes oder S 850.000,-- - auf ihn warte. Wenn er den Prämiencode A0581 habe (was der Fall war) und innerhalb von 24 Stunden sein Preis-/Mitspielformular und seine Gewinnzahl einsende, dann könne die Beklagte sagen: "Es ist ihnen gelungen, sie sind der Hauptgewinner und erhalten außer S 850.000,-- auch die Extra-Sprinterprämie von S 400.000,--!". Auf dem ABC-Club Preisträgerblatt wird behauptet, "Herr Sie sind unser Hauptgewinner, der die Spitze erreicht hat!" Diese Formulierungen musste auch ein aufmerksamer Leser der gesamten Sendung so verstehen, dass er offenbar den Hauptgewinn (im konkreten Fall inklusive "Sprinterprämie" S 1,250.000,--) bereits gewonnen habe, weshalb der Kläger gemäß § 5j KSchG berechtigt ist, von der Beklagten die Bezahlung gerade dieses Betrages zu fordern.

Auch (in der Beil./E) wird behauptet, dass, wenn der Kläger die gewinnende Gewinnnummer habe, er allein an der Spitze stehe, die Stufe 5 erreicht und den Hauptgewinn im Wert von aufgrund der Verdoppelung S 1,700.000,- gewonnen habe. Es ist zwar mehrmals, wenn auch sehr klein gedruckt und damit viel unauffälliger als der andere Text, die Rede davon, dass die

Behauptungen nur dann gelten, wenn der Kläger die "gewinnende Gewinnnummer" einsende, allerdings wird in der Spielregel zum Ausdruck gebracht, dass der Gewinner des Hauptgewinnes bereits im Voraus bestimmt wurde. Nachdem der Empfänger der Sendung wohl nicht davon ausgehen muss, dass ihm die Beklagte mitteilt, was sie ihm gesagt hätte, hätte er gewonnen, wenn sowieso bereits feststeht, dass er gar nicht gewonnen hat, kann der Empfänger der Sendung einen bereits erfolgten Gewinn dieses Hauptpreises zumindest ernstlich für möglich halten. Schon dies lässt aber bereits die Rechtsfolgen des § 5j KSchG eintreten (1 Ob 303/02v), sodass auch das Begehren des Klägers auf die Zahlung von weiteren S 1,700.000,-- (aus dem vierten Gewinnspiel) berechtigt ist.

Im zweiten Gewinnspiel (Beil./C, S 625.000,--) ist dagegen im Text mehrfach, diesmal auffälliger, die Rede davon, dass der Kläger erst dann der Gewinner dieses Hauptgewinnes ist, nachdem die vom Kläger eingeschickte Gewinnzahl als Hauptgewinnzahl gezogen wurde. Nach dem Vorbringen des Klägers (und den Feststellungen des Erstgerichtes) lagen dieser Sendung keine Spielregeln bei, sodass der Empfänger der Sendung nicht davon ausgehen konnte, der Gewinner stehe bereits fest. Der Empfänger der Sendung musste daher, bei entsprechend aufmerksamem Lesen, doch den Eindruck haben, dass er mit dieser Sendung nur zur Teilnahme an einem Spiel eingeladen werde, bei welchem er S 625.000,-- gewinnen

könne, nicht aber, dass er diesen Betrag bereits gewonnen habe. Das Berufungsgericht teilt daher bezüglich dieses Gewinnspiels die - einen Anspruch des Klägers nach § 5j KSchG verneinende - Rechtsansicht des Erstgerichtes.

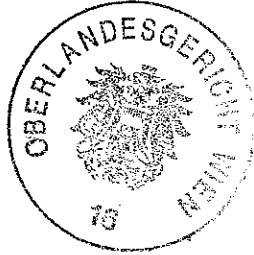
Dem Kläger sind daher in Abänderung der angefochtenen Entscheidung weitere S 1,250.000,-- sowie S 1,700.000,-- s.A. zuzuerkennen; der Gesamtzuspruch beträgt damit (mit dem bestätigten Zuspruch von EUR 54.501,35) EUR 268.886,21 s.A. Das darüber hinausgehende Begehren des Klägers bleibt abgewiesen.

Die Kostenentscheidungen beruhen auf § 43 Abs 1 ZPO, die des Berufungsverfahrens auch auf § 50 ZPO. Im erstinstanzlichen Verfahren hat der Kläger mit etwa 86 % seiner Forderung gewonnen; er erhält daher 72 % seiner Verfahrenskosten erster Instanz zuzüglich 86 % der Pauschalgebühr ersetzt. Von seiner Kostennote war dabei insofern abzuweichen, als sein Ordinationsantrag ON 2 nur nach TP 2 (TP 2 I 1 lit e RATG) und seine Mitteilung ON 13 gemäß TP 1 I a RATG nur nach TP 1 zu honorieren ist; die Kosten seiner Vertagungsbitte ON 12 erhält der Kläger überhaupt nicht ersetzt (vgl Fucik in Rechberger, Kommentar<sup>2</sup>, Rz 2 zu § 48 ZPO). Im Berufungsverfahren erhält der Kläger die gesamten Kosten seiner Berufungsbeantwortung sowie, bei einem Obsiegen mit seiner Berufung mit 82,5 % des Berufungstreitwertes, 65 % seiner Berufungskosten zuzüglich 82,5 % der von ihm getragenen Pauschalgebühr von der

Beklagten ersetzt.

Der OGH hat, soweit ersichtlich, die Frage, ob § 5j KSchG eine "Eingriffsnorm" iSd Art 7 EVÜ ist, noch nicht entschieden, weshalb die ordentliche Revision zulässig ist.

Oberlandesgericht Wien  
1016 Wien, Schmerlingplatz 11  
Abt. 5, am 14. April 2005



**Dr. Ernst Reitermaier**  
Für die Richtigkeit der Aufzeichnung  
der Leiter der Geschäftsabteilung:

*Reitermaier*

