

## Zivil- und Unternehmensrecht

**§ 5 j KSchG – OGH entscheidet erstmals über die Zulässigkeit von Gewinnzusagenklagen gem § 5 j KSchG iZm der EG-RL für unlautere Geschäftspraktiken**

**§ 5 j KSchG ist nicht strenger als der Tatbestand der Z 31 des Anh I der RL 2005/29/EG. Bei einer Einzelfallprüfung ist der Unwertgehalt der vorliegenden Gewinnzusage jedenfalls den Fällen der Z 31 gleichzusetzen. Es liegt eine aggressive Geschäftspraktik vor, wobei dies ebenfalls für Sachverhalte gelten muss, die nahe am dort geregelten Tatbestand liegen.**

8334 OGH 6. 9. 2012, 1 Ob 137/12x

Aus der Begründung:

Zutreffend hat das BerG ausgeführt, dass nicht nur jene Geschäftspraktiken (jedenfalls) als unlauter und damit verboten anzusehen sind, die im Anh I der RL 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. 5. 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der RL 84/450/EWG des Rates, der RL 97/7/EG, 98/27/EG und 2005/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der VO (EG) 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (RL über unlautere

Geschäftspraktiken) angeführt werden, sondern darüber hinaus (verbotene) unlautere Geschäftspraktiken auch dann vorliegen, wenn sie nach der Generalklausel des Art 6 Abs 1 der RL als irreführende Handlung bzw nach Art 8 der RL als aggressive Geschäftspraxis zu qualifizieren sind. Im Erwägungsgrund 17 der RL wird dazu ausgeführt, dass einerseits (im Anh I) aus Gründen der Rechtssicherheit bestimmte Geschäftspraktiken zu identifizieren sind, die unter allen Umständen unlauter sind; (nur) diese Geschäftspraktiken könnten ohne eine Beurteilung des Einzelfalls anhand der Bestimmungen der Art 5 bis 9 als unlauter gelten. Daraus ist unmissverständlich abzuleiten, dass für sonstige Geschäftspraktiken eine Einzelfallprüfung anhand der einschlägigen Generalklauseln anzustellen ist (vgl 4 Ob 42/08 t MR 2008, 257 [Korn] und auch EuGH C-304/08).

Im vorliegenden Fall kann kein Zweifel daran bestehen, dass die Zusendungen der Beklagten ihrem Inhalt und ihrer Aufmachung nach – und wohl auch nach der damit verfolgten Absicht (vgl nur 1 Ob 303/02 v SZ 2003/20) – geeignet waren, beim Kläger – entsprechend der Formulierung in Pkt 31 des Anh I der RL – den Eindruck zu erwecken, er habe bereits einen Preis gewonnen, werde einen Preis gewinnen oder werde durch eine bestimmte Handlung einen Preis gewinnen. Dies wird auch von der Revisionswerberin nicht ernstlich in Zweifel gezogen, die lediglich ohne jegliche Auseinandersetzung mit dem Inhalt der Urkunden die Behauptung aufstellt, aus den „Gewinnspielunterlagen“ sei der von § 5 j KSchG geforderte Eindruck nicht abzuleiten. Insoweit kann daher auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanzen verwiesen werden.

Die Revisionswerberin gesteht zwar zu, dass es gem Z 31 im Anh I der RL jedenfalls unlauter ist, den unrichtigen Eindruck zu erwecken, der Verbraucher habe gewonnen oder werde gewinnen, wenn es keinen Preis gibt, lässt jedoch nicht erkennen, aus welchem Grund sie die Auffassung vertritt, § 5 j KSchG statuiere ein strengeres, „den Rahmen der Liste sprengendes und damit unzulässiges per-se-Verbot“. Die genannte Bestimmung im Anh I verbietet nach ihrem Wortlaut in ihrer ersten Tatbestandsalternative das „Erwecken des fälschlichen Eindrucks, der Verbraucher habe bereits einen Preis gewonnen, werde einen Preis gewinnen oder werde durch eine bestimmte Handlung einen Preis oder einen sonstigen Vorteil gewinnen, obwohl es in Wirklichkeit keinen

Preis oder sonstigen Vorteil gibt“. Nach Auffassung des *erk Sen* kann das zuletzt genannte Tatbestandsmerkmal vernünftigerweise nur so verstanden werden, dass es „in Wirklichkeit“ für den betreffenden Verbraucher vor allem dann keinen Preis (oder sonstigen Vorteil) „gibt“, wenn der Gewerbetreibende nicht die Absicht hat, den angekündigten (Geld-)Preis dem betreffenden Verbraucher zur Auszahlung zu bringen. Ob es einen Preis für eine bestimmte Person „gibt“, ist ja ausschließlich davon abhängig, ob der Gewerbetreibende bei seiner Gewinnzusage die Absicht hat, dem Verbraucher den diesem angekündigten Vorteil zukommen zu lassen.

Für die Unlauterkeit der Geschäftspraxis und die verpönte Beeinflussung des betreffenden Verbrauchers ist es auch ohne Bedeutung, ob der angekündigte Vorteil („in Wirklichkeit“) überhaupt nicht vergeben werden soll oder ob der Gewerbetreibende – entgegen dem erweckten Eindruck – den Vorteil einem anderen als dem angesprochenen Verbraucher zukommen lassen will. Insofern kann daher auch die Berufung der Beklagten darauf, nicht der Kläger, sondern eine andere Person habe den Preis gewonnen, an der Subsumtion der Geschäftspraxis unter Z 31 des Anh I nichts ändern, hat die Beklagte doch den Eindruck erweckt, gerade der Kläger sei der Gewinner des Preises.

Aber auch wenn man den Tatbestand der Z 31 des Anh I entgegen der Ansicht des *erk Sen* besonders eng auslegen wollte, wäre für die Beklagte nichts gewonnen, würde dies doch nur dazu führen, dass nicht von einer unter allen Umständen unlauteren Geschäftspraxis auszugehen, sondern vielmehr eine Einzelfallprüfung nach der einschlägigen Generalklausel anzustellen wäre. Nach Art 8 der RL gilt eine Geschäftspraxis dann als aggressiv – und damit unzulässig –, wenn sie im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller tatsächlichen Umstände die Entscheidungs- oder Verhaltensfreiheit des Durchschnittsverbrauchers in Bezug auf das Produkt durch Belästigung, Nötigung, einschließlich der Anwendung körperlicher Gewalt, oder durch unzulässige Beeinflussung tatsächlich oder voraussichtlich erheblich beeinträchtigt und dieser dadurch tatsächlich oder voraussichtlich dazu veranlasst wird, eine geschäftliche Entscheidung zu treffen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Da diese Bestimmung nur darauf abstellt, ob der Durchschnittsverbraucher „voraussichtlich“ dazu veranlasst wird, eine geschäftliche Entscheidung zu treffen, die er andernfalls nicht getroffen hätte, kommt es entgegen der Ansicht der Revisionswerberin auch nicht entscheidend darauf an, dass der Kläger im konkreten Fall das Einsenden der Gewinnunterlagen nicht mit einer Warenbestellung verbunden hat. Wie bereits dargelegt wurde, ist die hier gewählte Geschäftspraxis – wenn sie nicht überhaupt schon im Auslegungsweg unter den Tatbestand der Z 31 des Anh I zu subsumieren ist – von ihrem Unwertgehalt jedenfalls mit den Fällen der Z 31 gleichzusetzen. Auch versucht die Revisionswerberin

nicht einmal ansatzweise zu begründen, warum die Fälle der Z 31 unstrittigermassen sogar unter allen Umständen als unlauter anzusehen sind, das Erwecken des Eindrucks, der Kläger habe einen Preis gewonnen, obwohl ihn (möglicherweise) tatsächlich ein anderer bekommt, aber nicht einmal im Rahmen einer Einzelfallprüfung als aggressive Geschäftspraxis nach Art 8 der RL qualifiziert werden sollte. Wenn sich die Revisionswerberin mit der Regelung des Art 6 der RL (irreführende Geschäftspraktiken) auseinandersetzt, übersieht sie, dass der Fall der Z 31 des Anh I als „aggressive Geschäftspraktik“ (Überschrift vor Z 24) qualifiziert wird, was ebenso für Sachverhalte gelten muss, die sehr nahe am dort geregelten Tatbestand liegen.

Was die Revisionswerberin mit ihrer Ausführung sagen will, § 5 j KSchG normiere ein Per-se-Verbot von Gewinnzusagen und wolle nicht Verbrauchern zu Geldpreisen verhelfen, ist nicht verständlich, begründet die genannte Bestimmung doch gerade ein Recht des Verbrauchers, den Preis (auch gerichtlich) einzufordern. Selbst wenn § 5 j KSchG – wie die Revisionswerberin weiter ausführt – ein strengeres, den Rahmen der Liste sprengendes und damit unzulässiges Per-se-Verbot statuieren sollte, wäre die Bestimmung aus unionsrechtlicher Sicht nur insoweit als Anspruchsgrundlage ungeeignet, als deren Tatbestand im konkreten Einzelfall einen Sachverhalt erfassen würde, der eine nach den Regelungen der RL – einschließlich deren Generalklauseln – zulässige Geschäftspraxis darstellte. Davon kann aber, wie bereits ausführlich dargelegt, bei der hier zu beurteilenden „Gewinnzusage“ keine Rede sein. Angesichts der Einzelfallbezogenheit der Entscheidung stellt sich auch keine einer generellen Beurteilung durch den EuGH zugängliche Auslegungsfrage.

Die Verhältnismäßigkeit der in § 5 j KSchG angeordneten Rechtsfolge als Sanktion auf das unlautere Verhalten des Gewerbetreibenden wird in der Revision nicht in Zweifel gezogen. Es genügt daher der Hinweis, dass der *erk Sen* eine Unverhältnismäßigkeit nicht erkennen kann.

**Anmerkung:**

*Dem Fall zugrunde liegt ein Gewinnzusagenprozess über € 21.700,- samt Zinsen und Kosten. Das Gewinnzusagenunternehmen rief nun den OGH an mit der Argumentation, dass § 5 j KSchG gegen geltendes EU-Recht verstoßen soll. Das Gericht möge § 5 j KSchG einschränkend auslegen und die Klage des Konsumenten abweisen. Findige Gewinnzusagenunternehmen haben bereits viermal versucht, beim EuGH einen Weg zu finden, Klagen im Inland bei grenzüberschreitenden Gewinnzusagen zu unterbinden (Gabriel, C-96/00; Kapferer, C-234/04; Engler, C-27/02 und Ilsinger C-180/06). Nun versuchte das Gewinnzusagenunternehmen im hier vorliegenden Fall neuerlich, beim OGH Hilfestellung zu erhalten, mit der Argumentation, dass § 5 j KSchG in Relation auf die EG-RL für unlautere Geschäftspraktiken zu streng sei.*

*Diesem Ansinnen ist nun der OGH entschieden entgegengetreten. Der OGH bestätigte die Urteile des LG Eisenstadt und des OLG Wien, bestätigte den Klagszuspruch und wies den Antrag des Gewinnzusagenunternehmens, die Rechtssache dem Gerichtshof der EU zur Vorabentscheidung vorzulegen, zurück. Die Revision wurde zwar zugelassen, aber in der Sache selbst abgewiesen.*

*Der OGH führte aus, dass nicht erkennbar sei, warum § 5j KSchG strenger sein soll als das geltende EU-Recht. § 5j KSchG wurde sohin nochmals vom OGH ausdrücklich bestätigt und sieht der OGH keine Kollision mit EU-Recht.*

*Der Versuch des Gewinnzusagenunternehmens, nochmals den EuGH anzurufen, um eine Handhabe zu erhalten gegen die ständige verbraucherfreundliche Judikatur zu § 5j KSchG, ist sohin gescheitert.*

*§ 5j KSchG bleibt sohin eine wirksame Waffe gegen inner-österreichische und aus dem Ausland kommende Gewinnzusagen. Dem Ansinnen des Gewinnzusagenunternehmens, § 5j KSchG und die strenge Judikatur durch EU-Recht aufzuweichen, ist der OGH in begrüßenswerter Weise entschieden entgegengetreten.*

*Mag. Gerold Bener, am Verfahren beteiligt*