

TE OGH 2002/7/16 4Ob67/02k

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 16.07.2002

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Kodek als Vorsitzenden und durch den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Graf, die Hofräatinnen des Obersten Gerichtshofs Dr. Griß und Dr. Schenk sowie den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Vogel als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei *****Schutzverband *****, vertreten durch Dr. Gerwin Brandauer, Rechtsanwalt in Salzburg, wider die beklagte Partei D***** AG, ***** Schweiz, vertreten durch Dr. Wolf Schuler, Rechtsanwalt in Salzburg, wegen Unterlassung (Streitwert 36.340 EUR), über den außerordentlichen Revisionsrekurs des Klägers gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Linz als Rekursgericht vom 26. Februar 2002, GZ 4 R 33/02d-9, womit der Beschluss des Landesgerichts Salzburg vom 4. Februar 2002, GZ 6 Cg 17/02g-4, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den Beschluss

gefasst:

Spruch

Dem Revisionsrekurs wird Folge gegeben.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, dass die Entscheidung wie folgt lautet:

"Einstweilige Verfügung:

Zur Sicherung des Anspruchs der klagenden Partei gegen die beklagte Partei auf Unterlassung von Wettbewerbsverstößen, worauf das Klagebegehren gerichtet ist, wird der beklagten Partei bis zur Rechtskraft des über die Klage ergehenden Urteils geboten, es im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs zu unterlassen, in Mitteilungen, die für einen größeren Personenkreis bestimmt sind, oder in einer solchen Mitteilungen gleichwertigen Weise wie zB durch

- das für jedermann sichtbare Aufstellen von Gewinnspielautomaten mit der Aufschrift "Take your win" an frei zugänglichen Stellen in verschiedensten Geschäften in Verbindung mit der von diesen Automaten abrufbaren Spielinformatoin
 - das tagtägliche Betreiben dieses Gewinnspiels in verschiedenen Geschäften sowie
 - durch über Internet und/oder Telefon abrufbare Anfragen anzukündigen, dass
- a) Kunden dieser Geschäfte, in denen die Gewinnspielautomaten aufgestellt sind, neben Waren unentgeltliche Zugaben, nämlich die Teilnahmemöglichkeit an dem Gewinnspiel "Take your win" gewährt wird, indem die Kunden nach dem Einkauf den auf der Rechnungsquittung (Kassastreifen) befindlichen PIN-Code bei den dortigen Gewinnspielautomaten eingeben können, womit sie die sofortige Chance auf erhebliche Gewinne haben, nämlich auf

nur in diesem "Take your win"-Geschäft einlösbarer Rabattgutscheine im Ausmaß von 10 % oder 30 % oder 50 % des eingekauften Warenwertes oder auf in jedem "Take your win"-Geschäft einlösbarer Warengutscheine oder auf die Teilnahme an Fernsehverlosungen wertvoller Preise und/oder

b) Teilnehmer an diesem Gewinnspiel "Take your win" die von ihnen täglich auch über Internet und/oder Telefon abrufbaren Codes in die in den "Take your win"-Geschäften aufgestellten Gewinnspielautomaten "Take your win" eingeben können, womit sie die sofortige Chance auf erhebliche Gewinne haben, nämlich auf Rabattgutscheine im Ausmaß von 10 % oder 30 % oder 50 % des Nominalwerts des oder der einzugebenden Codes, welche nur in diesem "Take your win"-Geschäft, wo gewonnen wurde, eingelöst werden können, oder auf in jedem "Take your win"-Geschäft einlösbarer Warengutscheine oder auf die Teilnahme an Fernsehverlosungen wertvoller Preise."

Die klagende Partei hat ihre Kosten des Provisorialverfahrens aller drei Instanzen vorläufig, die beklagte Partei hat diese Kosten endgültig selbst zu tragen.

Text

Begründung:

Die Beklagte hat ein Gewinnspiel mit der Bezeichnung "Take your win" erfunden und diese Erfindung beim Deutschen Patentamt angemeldet. Sie schloss mit verschiedenen "Geschäften" in Salzburg (in der Folge "Take your win"-Partner bzw kurz "TYW"-Partner" genannt), Verträge, wonach diese an diesem Gewinnspiel derart mitwirken, dass sie einen Spielautomaten bei der Beklagten mieten, diesen am frei zugänglichen Geschäftsausgang aufstellen und der Beklagten dafür einen bestimmten Prozentsatz ihres Umsatzes für die Durchführung und Dotierung dieses Gewinnspiels überlassen. Die von den TYW-Geschäften für das Gewinnspiel zur Verfügung gestellten Mittel werden von diesen nicht auf die Preise aufgeschlagen. Das Gewinnspiel läuft folgendermaßen ab:

Der Kunde geht in eines der TYW-Partnergeschäfte und macht dort einen beliebigen Einkauf zu den dort gültigen Verkaufspreisen. Nach Bezahlung seines Wareneinkaufs erhält er eine Rechnungsquittung (Kassastreifen) über den Einkauf, auf der sich ein bestimmter Code befindet. Gelegentlich kann dieser Code auch anderweitig mit Jetons, Steckkarten usw. zusätzlich zum Kassastreifen ausgegeben werden. Nach Passieren der Kassa kommt der Kunde bei Verlassen des Geschäfts zu dem am Ausgang aufgestellten Gewinncomputer mit der großen Aufschrift "Take your win".

Außer dem Hinweis, dass man beim Berühren des Feldes "INFO" die Spielregeln für die Teilnahme an diesem Gewinn-Spiel erfährt, gibt es sonst keinen Hinweis auf dieses Gewinnspiel und auch keine Informationen. Nach Betätigung des Feldes "INFO" erscheint folgender Text:

"Willkommen bei "Take your win". Sie haben jetzt 5 verschiedene Gewinnchancen

- für einen Rabattgutschein in diesem Geschäft im Wert von 10 %, 30 % oder 50 % Ihres soeben getätigten Wareneinkaufes oder
- für einen bei allen TYW-Partnern einlösbarer höherwertigen Warengutschein oder
- für die Teilnahme an der Verlosung besonders wertvoller Preise im Rahmen einer alle drei Monate stattfindenden Fernsehshow.

Geben Sie jetzt Ihre(n) PIN-Code(s) ein, welche(r) sich auf Ihrer(n) soeben erhaltenen Rechnungsquittung(en) befindet(n) oder der (die) Ihnen über Ihre telefonische oder Internetanforderung von uns zugesandt wurde(n) und warten Sie ab, was das Glücksrad Ihnen bringt. Sie können auch nur im Internet an diesem Spiel teilnehmen."

Darunter befinden sich die Internetadresse sowie die Telefonnummern. Nach Eingabe des PIN-Codes erscheinen auf einer LED-Anzeige der Rechnungsbetrag der eingekauften Waren oder der Nominalwert des über Telefon oder Internet angeforderten Teilnahmescheins sowie ein beleuchteter, in acht Sektoren geteilter Kreis mit einem kleinen Mittelkreis. Zwischen jeweils vier Leerfeldern finden sich vier beschriftete Felder mit den Aufschriften: "10 % - 30 % - 50 % - Warengutschein". Im Mittelkreis steht "TV-Show". Sobald der Startknopf gedrückt wird, dreht sich dieser Kreis und bleibt dann in einem bestimmten Feld stehen, das beleuchtet ist. Ist dies ein Leerfeld, wurde nichts gewonnen. Ist aber ein beschriftetes Feld beleuchtet, hat der Spieler entweder einen der drei Rabattgutscheine oder einen Warengutschein oder die Teilnahmeberechtigung an der Fernsehverlosung gewonnen. Das jeweilige Gewinnergebnis wird sofort vom Automaten ausgedruckt. Der Gewinner kann sodann, wenn es sich um einen gewonnenen Rabattgutschein handelt, in dem betreffenden TYW-Geschäft weitere Waren im Wert von 10 % bzw 30 % bzw 50 %

seines vorher gezahlten Rechnungs- oder des Nominalbetrags einkaufen, ohne dafür noch eine weitere Zahlung leisten zu müssen. Hat der Gewinner einen Warengutschein gewonnen, ist darauf dessen Wert aufgedruckt. Mit diesem Gutschein kann er in jedem wo immer befindlichen TYW-Geschäft Waren einkaufen und mit diesem Gutschein zahlen.

Hat der Spieler die Fernsehverlosung gewonnen, druckt der Automat einen Coupon aus, auf welchem eine acht- bis zehnstellige Nummer, der TV-Sender und der Zeitpunkt der Fernsehverlosung aufgedruckt ist. Der Gewinner kann sodann sowohl im Internet als auch im Fernsehen die Verlosung verfolgen und feststellen, ob er mit seiner Nummer gewonnen hat. Die bei dieser Fernsehverlosung zu gewinnenden Warenpreise bewegen sich wertmäßig ab ca 500 EUR bis zum Vielfachen davon. Anstelle der Benützung des Gewinnautomaten zur Teilnahme am Gewinnspiel kann man auch den auf der Rechnungsquittung befindlichen PIN-Code zu Hause im Internet eingeben.

Die Teilnahmemöglichkeit an diesem "Take your win"-Gewinnspiel besteht nicht nur für Kunden, die in einem TYW-Geschäft eingekauft haben, sondern auch für Nichtkunden: Jeder Interessent hat die Möglichkeit, bei der Beklagten einmal pro Tag zum Ortstarif anzurufen und seinen Namen samt Geburtsdatum und Adresse zu hinterlassen. Diese Daten werden von der Beklagten in ein Zentralsystem eingegeben. Der Betreffende kommt dann in das automatische Auswahlverfahren für die Zuteilung des PIN-Codes. Er bekommt in der Folge einen Bon geschickt, auf welchem ein Code und ein Teilnahmewert von 15 EUR aufgedruckt sind. Mit diesem Bon kann er zu jedem TYW-Geschäft gehen, bei dem ein solcher Automat aufgestellt ist. Dort kann er den ihm zugeteilten Code eingeben und dann in gleicher Weise, wie zuvor für Geschäftskunden dargestellt, an dem Spiel teilnehmen. Der Spieler kann diese Bons (Codes) im Nominalwert von je 15 EUR täglich telefonisch anfordern und "zusammenkommen" lassen, um sodann die addierte Summe auf einmal einzugeben und darin auf einmal mit dieser hohen Summe sein Glück zu versuchen.

Das TYW-Gewinnspiel kann auch über das Internet gespielt werden, ohne dass ein Geschäft aufgesucht werden müsste oder eine Eingabe in den Automaten notwendig ist. Jeder Interessent kann nämlich im Internet unter der TYW-Domain den PIN-Code seines Einkaufs oder den ihm auf telefonische Anforderung zugesandten Code eingeben und dann in gleicher Weise wie beim Automaten am Gewinnspiel teilnehmen. In welcher Variante der jeweilige Spieler auch immer an diesem Gewinnspiel teilnimmt, muss er für die Teilnahme am Spiel keinen geldwerten Einsatz leisten.

Dieses "Take your win"-Gewinnspiel wird nicht ausdrücklich angekündigt und beworben. Der Gewinnspielautomat ist bei den TYW-Geschäften so aufgestellt, dass jemand, der mit diesem Automaten das "Take your win"-Gewinnspiel spielen möchte, nicht die eigentlichen Verkaufsräume des Geschäfts betreten und an der Kasse vorbeigehen muss. Vielmehr werden die Kunden des jeweiligen TYW-Geschäftes erst nach vollzogenem Einkauf und Passieren der Kassa den Gewinnspielautomaten feststellen.

Kein "Geschäft" in Österreich ist von der Teilnahme an diesem "Take your win"-Gewinnspiel der Beklagten ausgeschlossen. Jedes Geschäft kann bei der Beklagten einen "TYW"-Spielautomat mieten und bei sich aufstellen. Den einzigen Hinweis auf das TYW-Gewinnspiel liefert der Spielautomat selbst durch die Tatsache, dass er mit seiner deutlichen Bezeichnung aufgestellt ist.

In den TYW-Geschäften wird auf den Rechnungsquittungen (Kassastreifen) nur dann ein PIN-Code ausgedruckt, wenn ein bestimmter, vom jeweiligen Geschäft selbst festgelegter Mindestumsatz erreicht wurde. Es muss also beispielsweise ein Einkauf von mindestens 10 EUR stattfinden. Erst dann wird ein PIN-Code auch ausgedruckt. In dem gleichen bei den TYW-Geschäften bestehenden Verhältnis der Umsätze, die eine Teilnahmeberechtigung am Gewinnspiel verschaffen, zu den Umsätzen ohne Teilnahmeberechtigung, wird auch im Auswahlverfahren der telefonischen oder per Internet angeforderten Teilnahmeberechtigungen automatisch ausgewiesen, wer einen PIN-Code zum Nominalwert von 15 EUR erhält. Nachdem jeder Interessent täglich einen solchen PIN-Code anfordern kann, wird er bei diesem Auswahlverfahren, wenn schon nicht für jeden Tag seines Anrufs, so doch "alle paar Tage" im Monat, einen PIN-Code zugeschickt bekommen.

Der Kläger beantragt zur Sicherung des gleichlautenden Unterlassungsanspruchs, der Beklagten mit einstweiliger Verfügung zu gebieten, es im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs zu unterlassen,

in Mitteilungen, die für einen größeren Personenkreis bestimmt sind, oder in einer solchen Mitteilungen gleichwertigen Weise, wie zB durch

- das für jedermann sichtbare Aufstellen von Gewinnspielautomaten mit der Aufschrift "Take your win" an frei zugänglichen Stellen in verschiedenen Geschäften in Verbindung mit der von diesen Automaten abrufbaren Spielinformation,
- das tagtägliche Betreiben dieses Glücksspiels in verschiedenen Geschäften sowie
- durch über Internet und/oder Telefon abrufbare Anfragen

anzukündigen, dass

a) Kunden dieser Geschäfte, in denen die Gewinnspielautomaten aufgestellt sind, neben Waren unentgeltliche Zugaben, nämlich die Teilnahmemöglichkeit an dem Gewinnspiel "Take your win" gewährt wird, indem die Kunden nach getätigtem Einkauf den auf der Rechnungsquittung (Kassastreifen) befindlichen PIN-Code bei den dortigen Gewinnspielautomaten eingeben können, womit sie die sofortige Chance auf erhebliche Gewinne haben, nämlich auf nur in diesem "Take your win"-Geschäft einlösbarer Rabattgutscheine im Ausmaß von 10 % oder 30 % oder 50 % des eingekauften Warenwertes oder auf in jedem "Take your win"-Geschäft einlösbarer Warenkutscheine oder auf die Teilnahme an Fernsehverlosungen wertvoller Preise und/oder

b) Teilnehmer an diesem Gewinnspiel "Take your win" die von ihnen täglich auch über Internet und/oder Telefon abrufbaren Codes in die in den "Take your win"-Geschäften aufgestellten Gewinnspielautomaten "Take your win" eingeben können, womit sie die sofortige Chance auf erhebliche Gewinne haben, nämlich auf Rabattgutscheine im Ausmaß von 10 % oder 30 % oder 50 % des Nominalwertes des oder der einzugebenden Codes, welche nur in diesem "Take your win"-Geschäft, wo gewonnen wurde, eingelöst werden können, oder auf in jedem "Take your win"-Geschäft einlösbarer Warenkutscheine oder auf die Teilnahme an Fernsehverlosungen wertvoller Preise;

in eventu

Handlungen vorzunehmen, die gegen die guten Sitten verstößen, nämlich Gewinnspiele mit übertriebenem Anlockeffekt durchzuführen, indem die beklagte Partei in verschiedenen Geschäften mit den dort aufgestellten Gewinnspielautomaten das "Take your win"-Gewinnspiel laufend veranstaltet, wenn dieses Gewinnspiel in einem Zusammenhang mit dem Warenvertrieb in diesen "Take your win"-Geschäften, wo sich der Automat befindet, steht, wie zB dadurch, dass

a) die Teilnahmemöglichkeit an diesem Gewinnspiel und die Höhe des möglichen Gewinnes davon abhängt, dass der Spieler in einem der "Take your win"-Geschäfte, wo diese Gewinnspielautomaten aufgestellt sind, einen Einkauf tätigt und sodann den auf der Rechnungsquittung (Kassastreifen) befindlichen PIN-Code beim Gewinnspielautomaten eingibt, womit er die Chance auf erhebliche Gewinne hat, nämlich auf nur in diesem "Take your win"-Geschäft einlösbarer Rabattgutscheine im Ausmaß von 10 % oder 30 % oder 50 % des eingekauften Warenwertes oder auf in jedem "Take your win"-Geschäft einlösbarer Warenkutscheine oder auf die Teilnahme an Fernsehverlosungen wertvoller Preise und/oder

b) Teilnehmer an diesem Gewinnspiel "Take your win" die von ihnen täglich über Internet und/oder Telefon abrufbaren Codes in die in den "Take your win"-Geschäften aufgestellten Gewinnspielautomaten "Take your win" eingeben können, womit sie die sofortige Chance auf erhebliche Gewinne haben, nämlich auf Rabattgutscheine im Ausmaß von 10 % oder 30 % oder 50 % des Nominalwertes des oder der einzugebenden Codes, welche nur in dem "Take your win"-Geschäft, wo gewonnen wurde, eingelöst werden können, oder auf Warenkutscheine, welche nur in "Take your win"-Geschäften eingelöst werden können;

in eventu

das Glücksspiel "Take your win" zu betreiben, ohne im Besitz einer Glücksspielkonzession zu sein.

Das von der Beklagten erfundene, zum Patent angemeldete und in verschiedenen Geschäften in Salzburg mit Spielautomaten betriebene Gewinnspiel "Take your win" sei aus mehreren Gründen wettbewerbswidrig. Zwar bestehe eine Teilnahmemöglichkeit an diesem Gewinnspiel nicht nur für Kunden eines TYW-Geschäfts, sondern auch für Nichtkunden, doch sei das Gewinnspiel nur durch das Zusammenwirken der Beklagten mit ihren TYW-Partnern möglich. Die von den TYW-Geschäften ermöglichte Teilnahme an diesem Gewinnspiel sei eine gemäß § 9a UWG verbotene Zugabe. Durch den inneren Zweckzusammenhang zwischen Hauptleistung und unentgeltlicher

Zusatzleistung werde der Einzelkauf gefördert. Durch die tägliche Fortsetzung des Gewinnspiels werde der gleiche Effekt erzielt, wie durch eine öffentliche Ankündigung. Zudem sei ein übermäßiger Anlockeffekt gegeben, insbesondere, weil der Wert der zu gewinnenden Rabattgutscheine prozentuell von der Höhe des Einkaufs abhängig sei. Das Käuferpublikum sei allein wegen dieser Gewinnchance veranlasst, vornehmlich nur in TYW-Geschäften einzukaufen. Weder diese noch die Beklagte hätten für den Betrieb von Glücksspielen eine Konzession. Das von der Beklagten erfundene, zum Patent angemeldete und in verschiedenen Geschäften in Salzburg mit Spielautomaten betriebene Gewinnspiel "Take your win" sei aus mehreren Gründen wettbewerbswidrig. Zwar bestehe eine Teilnahmemöglichkeit an diesem Gewinnspiel nicht nur für Kunden eines TYW-Geschäfts, sondern auch für Nichtkunden, doch sei das Gewinnspiel nur durch das Zusammenwirken der Beklagten mit ihren TYW-Partnern möglich. Die von den TYW-Geschäften ermöglichte Teilnahme an diesem Gewinnspiel sei eine gemäß Paragraph 9 a, UWG verbotene Zugabe. Durch den inneren Zweckzusammenhang zwischen Hauptleistung und unentgeltlicher Zusatzleistung werde der Einzelkauf gefördert. Durch die tägliche Fortsetzung des Gewinnspiels werde der gleiche Effekt erzielt, wie durch eine öffentliche Ankündigung. Zudem sei ein übermäßiger Anlockeffekt gegeben, insbesondere, weil der Wert der zu gewinnenden Rabattgutscheine prozentuell von der Höhe des Einkaufs abhängig sei. Das Käuferpublikum sei allein wegen dieser Gewinnchance veranlasst, vornehmlich nur in TYW-Geschäften einzukaufen. Weder diese noch die Beklagte hätten für den Betrieb von Glücksspielen eine Konzession.

Die Beklagte beantragte die Abweisung des Sicherungsbegehrens. Für die Teilnahme am Gewinnspiel sei nicht erforderlich, in den TYW-Geschäften einzukaufen. Ein Spielinteressent müsse nicht einmal die eigentlichen Verkaufsräume betreten und auch nicht an der Kasse vorbeigehen, weil der Zugang zu den Spielautomaten von außen jederzeit möglich sei. Überdies werde das Gewinnspiel in keiner Weise angekündigt oder beworben. Die Teilnahmemöglichkeiten am TYW-Gewinnspiel, ohne in einem TYW-Geschäft einzukaufen, seien der Teilnahme nach einem Wareneinkauf vollkommen gleichwertig. Da die Spieler keinen Einsatz zu leisten hätten, bestehe nicht die Gefahr, sich durch Spielleidenschaft in Not und Elend zu stürzen. Ein übermäßiger Anlockeffekt sei nicht gegeben.

Das Erstgericht wies das gesamte Sicherungsbegehren ab. Zwar sei die Beklagte als Anstifter, Mittäter oder auch Gehilfe des eigentlichen Störers (des jeweiligen TYW-Geschäfts) passiv klagelegitimiert. Ihr Verhalten sei aber nicht wettbewerbswidrig. Ein Verstoß gegen das Zugabeverbot des § 9a Abs 1 Z 1 UWG liege schon mangels "Ankündigung" im Sinne dieser Gesetzesstelle nicht vor. Das bloße Aufstellen eines Gewinnspielautomaten sei einer Ankündigung im Sinne dieser Gesetzesstelle nicht gleichzuhalten. Zufolge Unabhängigkeit der Spielteilnahme von Warenbezug sei das Verbot des § 28 UWG nicht übertreten. Mit dem Glücksspielgesetz gehe das TYW-Gewinnspiel mangels eines notwendigen Spieleinsatzes konform. Der Anreizeffekt des TYW-Gewinnspiels sei nicht so stark, dass die Umworbenen von einer sachgerechten Prüfung der Konkurrenzangebote auf Preiswürdigkeit und Qualität abgelenkt und "magnetisch" zum Gewinnspiel der Beklagten bzw der TYW-Geschäftspartner hingezogen würden. Es müsse in gewissen Grenzen zulässig sein, die Aufmerksamkeit des Publikums auf eigene Angebote mit Mitteln zu richten, die sich nicht auf die Preiswürdigkeit und Qualität der Waren bezögen, in dem etwa gewisse Vorteile wie die Teilnahme an einem Gewinnspiel in Aussicht gestellt würden. Dadurch werde die Entschließungsfreiheit der Kunden nicht in einem derartigen Maß unsachlich beeinflusst, dass sie ihre Entscheidung nicht mehr nach dem Leitbild des Leistungswettbewerbs treffen könnten. Das Erstgericht wies das gesamte Sicherungsbegehren ab. Zwar sei die Beklagte als Anstifter, Mittäter oder auch Gehilfe des eigentlichen Störers (des jeweiligen TYW-Geschäfts) passiv klagelegitimiert. Ihr Verhalten sei aber nicht wettbewerbswidrig. Ein Verstoß gegen das Zugabeverbot des Paragraph 9 a, Absatz eins, Ziffer eins, UWG liege schon mangels "Ankündigung" im Sinne dieser Gesetzesstelle nicht vor. Das bloße Aufstellen eines Gewinnspielautomaten sei einer Ankündigung im Sinne dieser Gesetzesstelle nicht gleichzuhalten. Zufolge Unabhängigkeit der Spielteilnahme von Warenbezug sei das Verbot des Paragraph 28, UWG nicht übertreten. Mit dem Glücksspielgesetz gehe das TYW-Gewinnspiel mangels eines notwendigen Spieleinsatzes konform. Der Anreizeffekt des TYW-Gewinnspiels sei nicht so stark, dass die Umworbenen von einer sachgerechten Prüfung der Konkurrenzangebote auf Preiswürdigkeit und Qualität abgelenkt und "magnetisch" zum Gewinnspiel der Beklagten bzw der TYW-Geschäftspartner hingezogen würden. Es müsse in gewissen Grenzen zulässig sein, die Aufmerksamkeit des Publikums auf eigene Angebote mit Mitteln zu richten, die sich nicht auf die Preiswürdigkeit und Qualität der Waren bezögen, in dem etwa gewisse Vorteile wie die Teilnahme an einem Gewinnspiel in Aussicht gestellt würden. Dadurch werde die Entschließungsfreiheit der Kunden nicht in einem derartigen Maß unsachlich beeinflusst, dass sie ihre Entscheidung nicht mehr nach dem Leitbild des Leistungswettbewerbs treffen könnten.

Das Rekursgericht bestätigte diesen Beschluss und sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 20.000 EUR übersteige und der ordentliche Revisionsrekurs nicht zulässig sei. Selbst wenn die auf dem Spielautomaten angebrachte große Aufschrift "Take your win" (auf deutsch: "Nimm Deinen Gewinn mit!") einer Ankündigung im Sinn des § 9a Abs 1 UWG gleichzuhalten wäre und in der Teilnahmemöglichkeit am Gewinnspiel eine Zuwendung im Sinne des § 9a Abs 1 Z 1 UWG läge, verstoße eine solche wie jede andere Zuwendung nur dann gegen das Zugabenverbot, wenn sie nach Einschätzung der beteiligten Verkehrskreise vom Warenbezug abhängig sei. Werde aber eine gleichwertige Möglichkeit geboten, sich auf anderem Weg am Gewinnspiel zu beteiligen, so liege nach stRsp keine Zugabe vor. Im vorliegenden Fall sei davon auszugehen, dass der Spielinteressent durch "Berühren des Feldes INFO" alle Teilnahmemöglichkeiten erfahre. Irgendein Unterschied im Auffälligkeitswert der Bekanntgabe der verschiedenen Teilnahmemöglichkeiten sei nicht erkennbar. Auch die Gleichwertigkeit aller Teilnahmemöglichkeiten sei zu bejahen. Der Kläger habe selbst vorgebracht, dass jeder Spielinteressent einmal pro Tag zum Ortstarif telefonisch Bons mit einem PIN-Code anfordern könne. Dass etwa die Telefongebühr zum Ortstarif oder die am Telefon erforderliche Preisangabe von Name, Geburtsdatum und Adresse des Anrufers die Gleichwertigkeit störe, vertrete selbst der Kläger nicht. Dies treffe auch nicht zu. Ob darüber hinaus auch die Teilnahmemöglichkeit am TYW-Gewinnspiel über das Internet gleichwertig wäre, müsse mangels entscheidungswesentlicher Bedeutung nicht mehr untersucht werden. Da es zumindest eine vom Wareneinkauf unabhängige gleichwertige Teilnahmemöglichkeit gebe, schade es nicht, dass auch der beim Einkauf dem Kunden ausgefolgte PIN-Code zur Spielteilnahme berechtige und dass die ausgespielten Gewinne letztlich aus den Warenpreisen finanziert werden. Verteuere sich eine Ware für den Käufer, weil der Unternehmer den Kaufpreis so kalkuliere, dass er daraus Gewinnspiele finanzieren könne, so sei dies eine nach wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten nicht zu beanstandende unternehmerische Entscheidung. Bei einer vom Wareneinkauf unabhängigen, als gleichwertig anzusehenden und gleichwertig angekündigten Teilnahmemöglichkeit fehle es am Merkmal der Entgeltlichkeit des Glückspiels im Sinne des § 2 GlücksspielG. Das Rekursgericht bestätigte diesen Beschluss und sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 20.000 EUR übersteige und der ordentliche Revisionsrekurs nicht zulässig sei. Selbst wenn die auf dem Spielautomaten angebrachte große Aufschrift "Take your win" (auf deutsch: "Nimm Deinen Gewinn mit!") einer Ankündigung im Sinn des Paragraph 9 a, Absatz eins, UWG gleichzuhalten wäre und in der Teilnahmemöglichkeit am Gewinnspiel eine Zuwendung im Sinne des Paragraph 9 a, Absatz eins, Ziffer eins, UWG läge, verstoße eine solche wie jede andere Zuwendung nur dann gegen das Zugabenverbot, wenn sie nach Einschätzung der beteiligten Verkehrskreise vom Warenbezug abhängig sei. Werde aber eine gleichwertige Möglichkeit geboten, sich auf anderem Weg am Gewinnspiel zu beteiligen, so liege nach stRsp keine Zugabe vor. Im vorliegenden Fall sei davon auszugehen, dass der Spielinteressent durch "Berühren des Feldes INFO" alle Teilnahmemöglichkeiten erfahre. Irgendein Unterschied im Auffälligkeitswert der Bekanntgabe der verschiedenen Teilnahmemöglichkeiten sei nicht erkennbar. Auch die Gleichwertigkeit aller Teilnahmemöglichkeiten sei zu bejahen. Der Kläger habe selbst vorgebracht, dass jeder Spielinteressent einmal pro Tag zum Ortstarif telefonisch Bons mit einem PIN-Code anfordern könne. Dass etwa die Telefongebühr zum Ortstarif oder die am Telefon erforderliche Preisangabe von Name, Geburtsdatum und Adresse des Anrufers die Gleichwertigkeit störe, vertrete selbst der Kläger nicht. Dies treffe auch nicht zu. Ob darüber hinaus auch die Teilnahmemöglichkeit am TYW-Gewinnspiel über das Internet gleichwertig wäre, müsse mangels entscheidungswesentlicher Bedeutung nicht mehr untersucht werden. Da es zumindest eine vom Wareneinkauf unabhängige gleichwertige Teilnahmemöglichkeit gebe, schade es nicht, dass auch der beim Einkauf dem Kunden ausgefolgte PIN-Code zur Spielteilnahme berechtige und dass die ausgespielten Gewinne letztlich aus den Warenpreisen finanziert werden. Verteuere sich eine Ware für den Käufer, weil der Unternehmer den Kaufpreis so kalkuliere, dass er daraus Gewinnspiele finanzieren könne, so sei dies eine nach wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten nicht zu beanstandende unternehmerische Entscheidung. Bei einer vom Wareneinkauf unabhängigen, als gleichwertig anzusehenden und gleichwertig angekündigten Teilnahmemöglichkeit fehle es am Merkmal der Entgeltlichkeit des Glückspiels im Sinne des Paragraph 2, GlücksspielG.

Rechtliche Beurteilung

Der gegen die zweitinstanzliche Entscheidung erhobene außerordentliche Revisionsrekurs des Klägers ist entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht nur zulässig, weil ein vergleichbarer Sachverhalt noch nicht Gegenstand einer Entscheidung des Obersten Gerichtshofs war, sondern auch berechtigt:

Dass die Beklagte mit ihrem "Take your win"-Projekt im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs, und zwar sowohl des eigenen, als auch jenes ihrer TYW-Partner tätig ist, liegt bei der gegebenen Sachlage auf der Hand und wird auch von ihr nicht mehr konkret in Abrede gestellt. Ihre Passivlegitimation ist demnach gegeben.

Die Auffassung der Vorinstanz(en), der Beklagten sei ein Verstoß gegen § 9a Abs 1 Z 1 UWG nicht anzulasten, weil sie das "TYW-Gewinnspiel" nicht auf die im Gesetz geforderte Weise ankündige und - wie das Rekursgericht meint - überdies mindestens eine vom Warenkauf unabhängige alternative Teilnahmemöglichkeit am Gewinnspiel anbiete, kann nicht geteilt werden: Die Auffassung der Vorinstanz(en), der Beklagten sei ein Verstoß gegen Paragraph 9 a, Absatz eins, Ziffer eins, UWG nicht anzulasten, weil sie das "TYW-Gewinnspiel" nicht auf die im Gesetz geforderte Weise ankündige und - wie das Rekursgericht meint - überdies mindestens eine vom Warenkauf unabhängige alternative Teilnahmemöglichkeit am Gewinnspiel anbiete, kann nicht geteilt werden:

Gemäß § 9a Abs 1 Z 1 UWG kann auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs in öffentlichen Bekanntmachungen oder anderen Mitteilungen, die für einen größeren Personenkreis bestimmt sind, ankündigt, dass er Verbrauchern neben Waren oder Leistungen unentgeltliche Zugaben (Prämien) gewährt. Zugabe iS dieser Bestimmung ist nach stRsp (ÖBI 1994, 166 - Gratis-Tag; ÖBI 1996, 150 - Bazar-Alles-Gutschein II; ÖBI 1996, 183 - CA-Tausender; ÖBI 2001, 78 - 10 Millionen-Gewinnspiel; uva) ein zusätzlicher Vorteil, der neben der Hauptware ohne besondere Berechnung gewährt (angekündigt) wird, um den Absatz der Hauptware zu fördern. Zugaben können im Sinne dieser Gesetzesstelle auch schlüssig angekündigt werden (vgl ÖBI 1994, 160 - Bub oder Mädel II; ÖBI 1997, 286 - Krone Aktion; ÖBI 2002, 23 - Riesengewinnspiel; uva), indem sie - etwa als Gewinnspiel - regelmäßig wiederholt (gegeben) werden, wodurch beim angesprochenen Publikum der sichere Eindruck erweckt wird, die Zugabe (die Teilnahme am Gewinnspiel) werde es auch künftig regelmäßig geben. Der erkennende Senat teilt die Rechtsauffassung des Klägers, dass durch das Aufstellen des gut sichtbaren "Take your win-Gewinnspielautomaten" am Ausgang (der wohl nicht selten zugleich mit dem Geschäftseingang verbunden sein wird) des Geschäfts der Partner der Beklagten für das - nicht weiter abgrenzbare - Käufer-/Kaufinteressenten-Publikum des TYW-Partners die Ankündigung dieser Zugabe erfüllt wird, weil jedem Kunden zumindest nach dem erstmaligen Wahrnehmen des Automaten klar sein muss, dass auch mit jedem künftigen Eingang eine Gewinnchance verbunden ist. Nach dem vorliegenden Sachverhalt erfährt der "TYW-Interessierte" überdies, dass die in diesem Spiel gegebene Gewinnchance praktisch bei jedem - nicht bloß geringfügigen - Einkauf in einem TYW-Geschäft wahrgenommen werden kann, somit also, dass dieses überaus gewinnträchtige Spiel praktisch ständig durchführbar und bei jedem Einkauf fortsetzbar ist. Nach den vorliegenden Feststellungen kann auch nicht gesagt werden, dass die gegebenen Gewinnmöglichkeiten keinen entsprechenden Spiel-/Kauf-Anreiz bieten oder unter die Ausnahmetatbestände des § 9a Abs 2 UWG fallen könnten (solches hat die Beklagte auch nicht behauptet). Nach den festgestellten "Spielregeln" muss wohl auch gesagt werden, dass die zu gewinnenden Vorteile stets mit dem Warenvertrieb der TYW-Partner der Beklagten zusammenhängen, zumal die Preise: '10 %-, 30 %-, 50 %- Rabatt und Warengutschein" nur in den TYW-Geschäften eingelöst werden können und beim Gewinn "TV-Show" ebenfalls nur - wenn auch sehr wertvolle - Warenpreise anfallen (wobei allerdings nicht ausdrücklich festgestellt ist, dass und ob diese auch nur bei den TYW-Geschäften einlösbar sind). Aus den dargelegten Erwägungen fällt demnach der Beklagten ein Zugabenverstoß nach § 9a Abs 1 Z 1 UWG zur Last. Gemäß Paragraph 9 a, Absatz eins, Ziffer eins, UWG kann auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs in öffentlichen Bekanntmachungen oder anderen Mitteilungen, die für einen größeren Personenkreis bestimmt sind, ankündigt, dass er Verbrauchern neben Waren oder Leistungen unentgeltliche Zugaben (Prämien) gewährt. Zugabe iS dieser Bestimmung ist nach stRsp (ÖBI 1994, 166 - Gratis-Tag; ÖBI 1996, 150 - Bazar-Alles-Gutschein II; ÖBI 1996, 183 - CA-Tausender; ÖBI 2001, 78 - 10 Millionen-Gewinnspiel; uva) ein zusätzlicher Vorteil, der neben der Hauptware ohne besondere Berechnung gewährt (angekündigt) wird, um den Absatz der Hauptware zu fördern. Zugaben können im Sinne dieser Gesetzesstelle auch schlüssig angekündigt werden vergleiche ÖBI 1994, 160 - Bub oder Mädel II; ÖBI 1997, 286 - Krone Aktion; ÖBI 2002, 23 - Riesengewinnspiel; uva), indem sie - etwa als Gewinnspiel - regelmäßig wiederholt (gegeben) werden, wodurch beim angesprochenen Publikum der sichere Eindruck erweckt wird, die Zugabe (die Teilnahme am Gewinnspiel) werde es auch künftig regelmäßig geben. Der erkennende Senat teilt die Rechtsauffassung des Klägers, dass durch das Aufstellen des gut sichtbaren "Take your win-Gewinnspielautomaten" am Ausgang (der wohl nicht selten zugleich mit dem Geschäftseingang verbunden sein wird) des Geschäfts der Partner der Beklagten für das - nicht weiter abgrenzbare - Käufer-/Kaufinteressenten-Publikum des TYW-Partners die Ankündigung dieser Zugabe erfüllt wird, weil jedem Kunden zumindest nach dem erstmaligen Wahrnehmen des Automaten klar sein muss, dass auch mit jedem

künftigen Eingang eine Gewinnchance verbunden ist. Nach dem vorliegenden Sachverhalt erfährt der "TYW-Interessierte" überdies, dass die in diesem Spiel gegebene Gewinnchance praktisch bei jedem - nicht bloß geringfügigen - Einkauf in einem TYW-Geschäft wahrgenommen werden kann, somit also, dass dieses überaus gewinaträchtige Spiel praktisch ständig durchführbar und bei jedem Einkauf fortsetzbar ist. Nach den vorliegenden Feststellungen kann auch nicht gesagt werden, dass die gegebenen Gewinnmöglichkeiten keinen entsprechenden Spiel-/Kauf-Anreiz bieten oder unter die Ausnahmetatbestände des Paragraph 9 a, Absatz 2, UWG fallen könnten (solches hat die Beklagte auch nicht behauptet). Nach den festgestellten "Spielregeln" muss wohl auch gesagt werden, dass die zu gewinnenden Vorteile stets mit dem Warenvertrieb der TYW-Partner der Beklagten zusammenhängen, zumal die Preise: '10 %-, 30 %-, 50 %- Rabatt und Warengutschein" nur in den TYW-Geschäften eingelöst werden können und beim Gewinn "TV-Show" ebenfalls nur - wenn auch sehr wertvolle - Warenpreise anfallen (wobei allerdings nicht ausdrücklich festgestellt ist, dass und ob diese auch nur bei den TYW-Geschäften einlösbar sind). Aus den dargelegten Erwägungen fällt demnach der Beklagte ein Zugabenverstoß nach Paragraph 9 a, Absatz eins, Ziffer eins, UWG zur Last.

Daran ändert auch nichts, dass nach den Spielregeln auch für "Nichtkunden" der TYW-Geschäfte eine Spielteilnahmemöglichkeit durch Anfordern von jeweils 15 Euro-wertigen PIN-Codes über Telefon oder Internet angeboten wird, weil diese Alternativen - entgegen der Auffassung der Beklagten und der Vorinstanz - nicht als gleichwertige, vom Warenvertrieb der TYW-Partner lösgelöste Teilnahmemöglichkeiten anzusehen sind: Während der Käufer in einem TYW-Partnergeschäft mit jedem die Teilnahmemöglichkeit betraglich erreichenden Einkauf am "TYW-Gewinnspiel" teilnehmen kann, bestehen für Nichtkäufer die festgestellten Unsicherheiten bei der über Telefon oder Internet möglichen Anforderung von PIN-Codes oder für die über Internet mögliche Teilnahme am Gewinnspiel. Überdies sind auch ihre "Gewinne" an den Warenvertrieb bei den TYW-Partnern der Beklagten "gebunden". Daher wird sich die überwiegende Mehrheit der TYW-Spieler an die sichere Teilnahmemöglichkeit des Wareneinkaufs in einem TYW-Geschäft halten.

Da der Beklagte - als Gehilfen der TYW-Partner - somit bereits der vom Hauptsicherungsbegehrten erfasste Zugabenverstoß anzulasten ist, sind die - den Sicherungsantrag zur Gänze abweisenden - Entscheidungen der Vorinstanzen im Sinne der Stattgebung des Hauptsicherungsbegehrten des Klägers abzuändern, womit es sich auch erübrigt, auf die beiden Eventualsicherungsbegehrten noch weiter einzugehen.

Die Kostenentscheidung beruht für den Kläger auf § 393 Abs 1 EO, für die Beklagte auf den §§ 78, 402 Abs 4 EO iVm §§ 50, 40 ZPO. Die Kostenentscheidung beruht für den Kläger auf Paragraph 393, Absatz eins, EO, für die Beklagte auf den Paragraphen 78., 402 Absatz 4, EO in Verbindung mit Paragraphen 50., 40 ZPO.

Textnummer

E66328

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2002:0040OB00067.02K.0716.000

Im RIS seit

15.08.2002

Zuletzt aktualisiert am

11.02.2014

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