

- 1. Bei einem Verbindungsentgelt, das nach Anwählen einer Mehrwert-Telefonnummer zwecks Teilnahme an einem Gewinnspiel anfällt und das nur zu einem kleinen Teil zur Deckung der Dienstleistung des in Anspruch genommenen Telekommunikationsunternehmens dient, während es zum größeren Teil dem Veranstalter des Gewinnspiels zufließt, handelt es sich um eine vermögenswerte Leistung im Sinne des § 2 Abs 1 Glücksspielgesetzes.**
- 2. Ein zu Wettbewerbszwecken begangener Rechtsbruch verstößt deshalb gegen § 1 UWG, weil er dem Verletzer einen ungerechtfertigten Vorsprung vor den gesetzestreuen Mitbewerbern verschafft und so die wettbewerbliche Ausgangslage zugunsten des Verletzers in unlauterer Weise verändert; das den Sittenwidrigkeitsvorwurf begründende Unlauterkeitskriterium liegt also im Erlangen eines ungerechtfertigten Vorsprunges durch Rechtsbruch. Nach nunmehr st Rsp begründet jeder dem Beklagten subjektiv vorwerfbare Gesetzesverstoß auch einen Verstoß gegen § 1 UWG. Entscheidend ist, ob die Rechtsauffassung des Beklagten im Gegensatz zu einem klaren Gesetzeswortlaut, zur offenkundigen Absicht des Gesetzgebers oder allenfalls zu einer höchstgerichtlichen Rechtsprechung steht.**
- 3. Von einem sachlich nicht gerechtfertigten Vorsprung durch eine Gesetzesverletzung kann dann gesprochen werden, weil das beanspruchte Gewinnspiel geeignet ist, dem Veranstalter Nachfrage dadurch zu verschaffen, dass Abonnenten die Laufzeit ihres Abonnements in der Erwartung verlängern, in Zukunft wieder einmal an Abonnement-Gewinnspielen teilnehmen zu können.**

Leitsätze verfasst von RA Dr. *Clemens Thiele*, LL.M.

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Kodek als Vorsitzenden und durch den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Graf, die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Dr. Griß sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Prückner und Dr. Vogel als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei S***** Verlagsgesellschaft mbH, *****, vertreten durch Dr. Harald Schmidt, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagten Parteien 1. M***** Kommanditgesellschaft, 2. M***** Gesellschaft mbH, *****, beide vertreten durch Giger, Ruggenthaler & Simon Rechtsanwälte KEG in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert im Sicherungsverfahren 34.500 EUR), über den außerordentlichen Revisionsrekurs der klagenden Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichtes Wien als Rekursgericht vom 2. Oktober 2002, GZ 1 R 142/02p-9, womit der Beschluss des Handelsgerichtes Wien vom 7. Juni 2002, GZ 24 Cg 11/02d-5, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung folgenden

Beschluss

gefasst:

Dem Revisionsrekurs wird Folge gegeben. Die Entscheidungen der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, dass der Beschluss wie folgt zu lauten hat:

"Einstweilige Verfügung Zur Sicherung des mit der Klage geltend gemachten Unterlassungsanspruchs wird der Beklagten für die Dauer des vorliegenden Rechtsstreits verboten, in Vertrieb und Bewerbung der "K*****" zu Zwecken des Wettbewerbs Ausspielungen anzukündigen und/oder zu veranstalten, bei denen für eine vermögensrechtliche Leistung, insbesondere ein für die Inanspruchnahme eines Mehrwertdienstes zu leistendes erhöhtes Telefonentgelt, eine vermögensrechtliche Gegenleistung 20 EUR übersteigenden Wertes,

insbesondere ein Pkw, in Aussicht gestellt wird." Die klagende Partei hat die Kosten des Sicherungsverfahrens aller drei Instanzen vorläufig, die beklagte Partei hat die Kosten des Sicherungsverfahrens aller drei Instanzen endgültig selbst zu tragen.

Begründung:

Die Klägerin ist Medieninhaberin der Tageszeitung "D*****". Die Erstbeklagte ist Verlegerin der Tageszeitung "N*****", die Zweitbeklagte deren persönlich haftende Gesellschafterin. Im Anzeigenteil der "N*****" vom 12. und 18. 2. 2002 wurde ein Gewinnspiel für Abonnenten angekündigt, bei dem ein Pkw im Wert von 9.894,77 EUR zu gewinnen war. Nach dem Inhalt dieser Ankündigung ist Teilnahmevoraussetzung ein gültiges Abonnement zum Stichtag 1. 1. 2002; zugleich wird unter dem Motto "Gleich anrufen und mitspielen!" auf eine Gewinn-Hotline mit der Nummer 0900/250 250 verwiesen.

Darüber hinaus enthält die Anzeige Hinweise auf die Telefonkosten ("Telefon per Min. ATS 9,30/EUR 0,68") und auf den Betreiber der Gewinn-Hotline ("powered bei atms"). Um an diesem Gewinnspiel teilnehmen zu können, musste demnach eine Mehrwert-Telefonnummer (= Vorwahl 0900) in Anspruch genommen werden, unter der die Daten des Teilnehmers bekannt zu geben waren. Für einen Anruf wurden der in der Ankündigung genannte Preis verrechnet. Die Abrechnung der Anrufe erfolgte sekundengenau; im Durchschnitt betragen die Kosten pro Anrufer 0,62 EUR.

Zur Sicherung eines inhaltsgleichen Unterlassungsanspruchs beantragt die Klägerin, den Beklagten mit einstweiliger Verfügung für die Dauer des vorliegenden Rechtsstreits zu verbieten, in Vertrieb und Bewerbung der "N*****" zu Zwecken des Wettbewerbs Ausspielungen anzukündigen und/oder zu veranstalten, bei denen für eine vermögensrechtliche Leistung, insbesondere ein für die Inanspruchnahme eines Mehrwertdienstes zu leistendes erhöhtes Telefonentgelt, eine vermögensrechtliche Gegenleistung 20 EUR übersteigenden Wertes, insbesondere ein Pkw, in Aussicht gestellt wird. Die Gewinnspiele böten Anreiz zum künftigen Abonnement der "N*****", schon ihre kurzfristige Wiederholung lasse das Abonnement als vorteilhaft erscheinen. Das zur Teilnahme notwendige Telefongespräch koste wesentlich mehr als eine Postkarte. Das über eine Mehrwertnummer vereinnahmte Entgelt sei vom Teilnehmer zu tragen und komme dem Beklagten als Veranstalter zugute; auf Grund dieses objektiv gegebenen Synallagmas zwischen Entgelt und Teilnahmemöglichkeit liege eine entgeltliche Teilnahme an einem Gewinnspiel oder eine dem Glücksspielgesetz widersprechende Ausspielung vor. An wen die Spieler dabei ihre Leistung konkret erbrächten, sei unerheblich. Der verständige Verbraucher wisse im übrigen, dass bei Benützung einer Mehrwertnummer ein Teil des Entgelts auch dem Veranstalter zufließe. Durch ihren Gesetzesverstoß verschafften sich die Beklagten einen wettbewerbswidrigen Vorsprung gegenüber gesetzestreuen Mitbewerbern (§ 1 UWG).

Die Beklagten beantragen die Abweisung des Sicherungsantrags. Der Stichtag für die Teilnahme an dem Gewinnspiel sei so festgesetzt worden, dass von ihm kein wie immer gearteter Anreiz zum Erwerb eines Abonnements der von der Erstbeklagten verlegten Zeitung ausgehe. Der Leser erfahre auch nichts von einer neuen Gewinnchance, er habe keinen Anlass zu glauben, außer der (insgesamt zweimal angekündigten) Gewinnchance würden weitere Gewinnchancen eröffnet. Die durchschnittliche Dauer des Anrufes, um an dem Gewinnspiel teilzunehmen, liege deutlich unter einer Minute, die durchschnittlichen Kosten auf Basis der vorgenommenen sekundengenauen Abrechnung erreichten lediglich 0,62 EUR, welcher Betrag noch unter dem Preis der Zeitung (0,73 EUR) liege. Das Telefonentgelt, das der Anrufer zu entrichten habe, stehe in keinem synallagmatischen Austauschverhältnis zum ausgelobten Gewinn, weshalb es sich dabei um einen Spieleinsatz handle. Nach gefestigter Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes bestehe zwischen der Gebühr für den Anruf und dem Gewinn kein Synallagma. Jedermann sei klar, dass auch die Übermittlung von Teilnahmekarten nicht unentgeltlich erfolge. Selbst wenn die beanstandete Abonnentenaktion eine Ausspielung wäre, hätten die Beklagten aufgrund zweier höchstgerichtlicher Entscheidung davon ausgehen können, dass ein solches Synallagma nicht vorliege und vom

angesprochenen Publikum auch nicht gesehen werde. Ihre Rechtsauffassung sei daher mit gutem Grund vertretbar gewesen, weshalb ein Verstoß gegen § 1 UWG nicht vorliege. Schließlich eigne sich die beanstandete Aktion nicht dazu, den Beklagten einen Wettbewerbsvorsprung zu verschaffen und den freien Leistungswettbewerb zu beeinträchtigen. Die Aktion richte sich ausschließlich an bestehende Abonnenten, dadurch werde der Verkauf der Zeitung der Erstbeklagten nicht gefördert. Allfällige Ersparnisse bei der Gestaltung der Glücksspiele wären nur dann von Bedeutung, wenn die Streitparteien Mitbewerber auf dem Glücksspielmarkt wären; solches sei nicht der Fall. Durch die Vorgangsweise der Beklagten werde keine Zeitung mehr verkauft; den Beklagten fließen keine zusätzlichen Einnahmen für den Zeitungsverlag zu.

Das *Erstgericht* wies den Sicherungsantrag ab. Die pro Anruf verrechneten Kosten stünden in keinem synallagmatischen Verhältnis zum ausgelobten Gewinn. Der Gewinn werde den Abonnenten nicht für deren vermögensrechtliche Leistung in Aussicht gestellt. Das beim Anruf unter der Mehrwert-Telefonnummer zu entrichtende Entgelt sei kein Spieleinsatz, sondern das Entgelt für die Übermittlung der zur Teilnahme erforderlichen Daten einschließlich der Nutzung der dafür notwendigen Einrichtungen. Diese Auffassung entspreche der Rechtsprechung des OGH zum Zugaberecht, wonach die Gesprächsgebühr für ein Telefonat nicht ein Entgelt für die Teilnahme an einem Gewinnspiel sei, sondern nur die Kosten für die Übermittlung der Teilnehmer-Daten abdecke. Bei Beantwortung der Frage, ob ein Entgelt für den zu erwartenden Gewinn geleistet werde, sei - auch nach der Rechtsprechung des VwGH - vor allem auf die subjektive Betrachtung des Gewinnspielteilnehmers abzustellen. Dem Einwand der Klägerin, seit diesen Entscheidungen aus den Jahren 1996 und 1997 habe sich bei verständigen Verbrauchern der Eindruck eingepreßt, dass bei Anrufen von Mehrwerttelefonnummern auch ein besonderes Entgelt zu zahlen sei, könne nicht gefolgt werden. Ein derartiger Verständniswandel innerhalb von nur fünf Jahren sei nicht nachvollziehbar. Im Streitfall hätten die Beklagten nicht angekündigt, dass die Gesprächsgebühr ein Entgelt für die Ermöglichung der Teilnahme am Gewinnspiel sei, die Teilnehmer hätten dies auch nicht angenommen.

Somit liege ein synallagmatisches Verhältnis zwischen den Teilnehmern und dem Veranstalter des Gewinnspiels nicht vor. Die Beklagten hätten daher nicht gegen das Glücksspielgesetz verstoßen und damit auch nicht sittenwidrig iSd § 1 UWG gehandelt.

Das *Rekursgericht* bestätigte diesen Beschluss und sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 20.000 EUR übersteige und der ordentliche Revisionsrekurs mangels Abweichung von höchstgerichtlicher Rechtsprechung nicht zulässig sei. Der Wortlaut des § 2 Abs 1 Glücksspielgesetz, wonach Ausspielungen Glücksspiele sind, bei denen der Unternehmer (Veranstalter) den Spielern für eine vermögensrechtliche Leistung eine vermögensrechtliche Gegenleistung in Aussicht stellt, lasse die Auslegung zu, dass der für den angesprochenen Teilnehmerkreis hervorgerufene Eindruck (arg. "in Aussicht stellt") maßgeblich für die Beurteilung sei, ob ein Verhältnis von Leistung zu Gegenleistung (Synallagma) - als Tatbestandsvoraussetzung für eine Ausspielung im Sinne des Glücksspielgesetzes - vorliege. In diesem Sinne könne ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes verstanden werden, das ausdrücklich auf die Sicht des Spielteilnehmers Bezug nehme. Da auch die Entscheidung des Obersten Gerichtshofes zur Zugabenqualität die Maßgeblichkeit des Eindrucks für den Spieler hervorhebe, könne den Beklagten kein wettbewerbswidriger Gesetzesverstoß vorgeworfen werden, weil sie keinen Eindruck eines ihnen zufließenden Entgelts für die Teilnahmemöglichkeit erweckt hätten. Der durchschnittliche Leser der beanstandeten Ankündigung werde die angegebenen Telefonkosten als Übermittlungskosten - vergleichbar den Postgebühren - ansehen. Auf die Frage, inwieweit das in der Anzeige genannte Telefonentgelt die Kosten einer Postkarte übersteige, brauche nicht eingegangen zu werden, weil eine allfällige Differenz nicht notwendigerweise ein dem Beklagten allenfalls zufließendes Entgelt sei, sondern durchaus auch in der Wahl des "Transportmittels" für die Gewinnspielteilnahme begründet sein könne. Die Klägerin habe auch nicht konkret behauptet, in welcher Höhe den Beklagten durch die Einschaltung der Mehrwert-Telefonnummer ein die bloßen Kosten der Entgegennahme und Weiterleitung der Daten der Gewinnspielteilnehmer übersteigendes Entgelt zugeflossen sein solle.

Der *Revisionsrekurs* ist zulässig, weil Rechtsprechung zu einem vergleichbaren Sachverhalt im Zusammenhang mit dem Vorwurf eines wettbewerbswidrigen Gesetzesverstößes fehlt; das Rechtsmittel ist auch *berechtigt*.

Die Klägerin bekämpft die Auffassung des Rekursgerichts, der Wortlaut des § 2 Abs 1 Glücksspielgesetz lasse die Auslegung vertretbar erscheinen, für das Vorliegen des dort geforderten synallagmatischen Austauschverhältnisses sei der subjektive Eindruck des Teilnehmers maßgeblich; glücksspielrechtlich sei das dem Veranstalter aus einer Mehrwert-Telefonnummer zufließende Entgelt als "Einsatz" zu beurteilen. Dazu ist zu erwägen:

Ob im Zusammenhang mit dem Erlangen eines Vorsprungs im Wettbewerb durch Rechtsbruch ein Verstoß gegen § 1 UWG vorliegt, hängt davon ab, ob die Rechtsauffassung des Beklagten im Gegensatz zu einem klaren Gesetzeswortlaut, zur offenkundigen Absicht des Gesetzgebers oder allenfalls zu einer höchstgerichtlichen Rechtsprechung steht (stRsp:

Koppensteiner, Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht³ § 33 Rz 94 mN in FN 292; ÖBl 1994, 213 - Haushaltsübliche Reinigungsarbeiten mwN; ÖBl-LS 2002/81 - Schwangerschaftstest uva).

§ 2 Abs 1 Glücksspielgesetz lautet: Ausspielungen sind Glücksspiele, bei denen der Unternehmer (Veranstalter) den Spielern für eine vermögensrechtliche Leistung eine vermögensrechtliche Gegenleistung in Aussicht stellt. Gem § 3 Glücksspielgesetz ist das Recht zur Durchführung von Glücksspielen grundsätzlich dem Bund vorbehalten (Glücksspielmonopol).

Der Verwaltungsgerichtshof hat ausgesprochen, der Begriff "Gegenleistung" iSd § 2 Abs 1 Glücksspielgesetz bedeute zunächst, dass es sich bei der in Aussicht gestellten Leistung des Unternehmers (Veranstalters) gleichfalls um eine vermögenswerte Leistung handeln müsse. Darüber hinaus sei der Begriff der "Gegenleistung" so zu verstehen, dass der Unternehmer (Veranstalter) an den Erlag jenes Vermögensgegenstands, der zum Zweck des Spieles übergeben oder hinterlegt wird, die Zusage knüpfe, gemäß den Spielregeln einen Gewinn auszuzahlen. Aus der Sicht des Spielteilnehmers sei damit das mit dem Begriff der Gegenleistung umschriebene Synallagma gegeben, gleichgültig, an wen der Spieler seine Leistung erbringt und welche Rechtsbeziehungen zwischen dem Dritten und dem Unternehmer (Veranstalter) bestehen (VwSlg 6523 F/1990).

Es kann nun keinem Zweifel unterliegen, dass es sich bei einem Verbindungsentgelt, das nach Anwählen einer Mehrwert-Telefonnummer zwecks Teilnahme an einem Gewinnspiel anfällt und das nur zu einem kleinen Teil zur Deckung der Dienstleistung des in Anspruch genommenen Telekommunikationsunternehmens dient, während es zum größeren Teil dem Veranstalter des Gewinnspiels zufließt, um eine vermögenswerte Leistung iSd § 2 Abs 1 Glücksspielgesetz handelt (in diesem Sinne auch Bahr, 0190-Telefonnummern und Gewinnspiele - ein Verstoß gegen § 1 UWG? wrp 2002, 501 ff, 505 mit weiteren Literaturnachweisen in FN 72). Auch ist es dem Teilnahmewilligen - anders etwa als bei Zahlung eines Brief-Portos an Dritte - in einem solchen Fall nicht möglich, im Verhältnis zum Veranstalter unentgeltlich an dem Gewinnspiel teilzunehmen, weil er für seine Beteiligung immer auch eine Geldleistung an den Veranstalter, also einen vermögenswerten Einsatz, erbringen muss (Bahr aaO 502). Damit sind aber die Tatbestandsvoraussetzungen des § 2 Abs 1 Glücksspielgesetz erfüllt.

Die Auffassung der Beklagten und der Vorinstanzen, es komme in diesem Zusammenhang nicht auf den objektiven Sachverhalt, sondern allein auf den subjektiven Eindruck an, den die angesprochenen Verkehrskreise gewinnen, findet weder im Gesetz noch in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung eine Stütze. "In Aussicht gestellt" iSd § 2 Abs 1 Glücksspielgesetz wird nämlich nach dem Wortlaut der Norm und ihrer Auslegung durch den Verwaltungsgerichtshof im zuvor zitierten Erkenntnis nur die vermögensrechtliche Gegenleistung des Gewinnspielveranstalters, also der Gewinn, ohne dass mit dieser Formulierung eine subjektive Komponente - nämlich der Eindruck der angesprochenen Verkehrskreise, ob sie einen vermögenswerten Einsatz zu leisten haben oder nicht - in den Tatbestand der Ausspielung eingeführt würde. Wenn der Verwaltungsgerichtshof von der "Sicht des Spielteilnehmers" spricht,

bezieht sich dies im gegebenen Zusammenhang allein auf das Vorliegen eines Synallagmas zwischen Veranstalter und Teilnehmer bei einem (dort gegebenen) mehrpersonalen Verhältnis, nicht aber - wie dies die Beklagte missversteht - auf den Umstand der Leistung eines vermögenswerten Einsatzes.

Die Beklagte kann ihre Auffassung, das beanstandete Gewinnspiel verstoße nicht gegen § 2 Glücksspielgesetz, auch nicht auf zugabenrechtliche Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs stützen.

Dieser hat zwar - im Zusammenhang mit der Frage nach der Entgeltlichkeit einer Zugabe (§ 9a UWG) - wiederholt ausgesprochen, dass der Umstand, dass ein Wett-Tipp telefonisch abgegeben wird (wobei das Telefonat nach der Ankündigung zu einem bestimmten Tarif abgerechnet wird) so lange keine Entgeltlichkeit des auf diese Weise durchgeführten Gewinnspiels bewirke, als nicht zugleich in den Ankündigungen in der Zeitung des Veranstalters der Eindruck erweckt werde, dass die Gesprächsgebühr nicht etwa bloß ein Entgelt für die Übermittlung des EM-Tips, sondern für dessen Ermöglichung überhaupt wäre; er hat zugleich aber auch ausgeführt, dass im letzteren Fall ein Entgelt vorläge, das die Beurteilung der Teilnahmemöglichkeit als nicht unentgeltliche Zugabe erscheinen lassen würde (3 Ob 2433/96g = SZ 70/76 = ÖBl 1998, 254 - Fußball EM-Tip; idS auch 3 Ob 92/98w).

Auch unter Zugrundelegung dieser Rechtsprechung muss im Streitfall - bei Abstellen auf die subjektive Erkennbarkeit - von einer Entgeltlichkeit als Voraussetzung der Teilnahme am Gewinnspiel ausgegangen werden, ist doch der Ankündigung ein Gesprächsentgelt von nahezu 10 S pro Minute zu entnehmen, während die Öffnung des Telekommunikationsmarkts und der damit verbundene Preiswettbewerb bereits zu durchschnittlichen Gesprächsgebühren in Höhe eines Bruchteils dieses Betrags geführt haben. Damit können aber die angesprochenen Verkehrskreise, denen diese Marktverhältnisse zum größten Teil bekannt sind, über den Charakter der angegebenen Telefonnummer als Mehrwertnummer und die damit zwangsläufig verbundene Folge, dass dem Veranstalter ein Teil des Verbindungsentgelts als Spiel-Einsatz zufließt, der ihre Teilnahme erst möglich macht, nicht irren.

Das beanstandete Gewinnspiel ist auch geeignet, der Beklagten - entgegen deren in der Revisionsrekursbeantwortung vertretenen Auffassung - einen unlauteren Wettbewerbsvorteil dadurch zu verschaffen, dass Abonnenten die Laufzeit ihres Abonnements in der Erwartung verlängern, in Zukunft wieder einmal an Abonnenten-Gewinnspielen teilnehmen zu können. Dem Revisionsrekurs ist Folge zu geben.

Die Entscheidung über die Kosten der Klägerin beruht auf § 393 Abs 1 EO, jene über die Kosten der Beklagten auf §§ 78, 402 Abs 4 EO iVm §§ 40, 50 Abs 1 ZPO.

Anmerkung*

I. Das Problem

In der letzten Zeit bieten Unternehmen immer häufiger telefonische Gewinnspiele an, bei denen der Kunde eine kostenpflichtige Telefonnummer anzurufen und eine bestimmte Antwort zu geben hat. In aller Regel handelt es sich dabei um die bekannten 0900- bzw. 0930-Telefonnummern, bei denen bis zu 1, 50 € pro Minute anfallen können. Spätestens seit "Starmania" ist bekannt, dass sich selbst Fernsehsender mit diesem System ein "nettes Körbergeld" verschaffen (eine derartige Vorgangsweise ist nach der E des BuKoS vom 19.5.2003, 611.923/005-BKS/2003, MR 2003/3 m Anm Wittmann, rundfunkrechtlich nicht zu beanstanden). Trotz dieser Praxisrelevanz ist in der österreichischen Rsp und Literatur (bisher lediglich *Deisenberger*, "Rufen Sie 0900 ... und gewinnen Sie ..." - Der Betrieb von Telefon-Mehrwertdiensten im Zuge von Fernsehgewinnspielen aus glücksspielrechtlicher Sicht, MR 2003/2, im Anschluss an die vorliegende E) kaum unerörtert

* RA Dr. Clemens Thiele, LL.M. Tax (GGU), Anwalt.Thiele@eurolawyer.at.

geblieben, ob die Veranstaltung von Gewinnspielen mit kostenpflichtigen Telefonnummern einen Verstoß gegen § 1 UWG darstellt?

II. Die Entscheidung des Gerichts

Der 4. Senat missbilligt das Gewinnspiel einer Tageszeitung als wettbewerbswidrig, bei dem die Abonnenten unter dem Motto "Gleich anrufen und mitspielen!" auf eine Gewinn-Hotline mit der kostenpflichtigen Mehrwert-Nummer 0900/250 250 als einziger Teilnahmemöglichkeit verwiesen wurden. Die durchschnittlichen Kosten für einen Anrufer betragen zwar nur (?) ca. 62 Cent, welcher Betrag zwar gerade noch unter dem Zeitungspreis von 73 Cent liegt, jedoch ist das Verbindungsentgelt, das nicht zur Deckung der Dienstleistung des in Anspruch genommenen Telekommunikationsunternehmens dient, sondern dem Veranstalter des Gewinnspiels zufließt als "vermögenswerte Leistung" iSd § 2 Abs 1 Glücksspielgesetz anzusehen. Die Teilnahme ist also im Verhältnis zum Veranstalter immer unmittelbar entgeltlich, also für diesen immer ein "Gewinn". Dass die Zeitung über keine behördliche Genehmigung zur "Auspielung" verfügt und daher gegen das Glücksspielmonopol verstoßend habe, liegt auf der Hand.

Dieser Rechtsbruch ist darüber hinaus auch geeignet, dem Zeitungsunternehmen einen unlauteren Wettbewerbsvorteil iSd § 1 UWG dadurch zu verschaffen, dass Abonnenten die Laufzeit ihres Abonnements in der Erwartung verlängern, in Zukunft wieder einmal an Abonnements-Gewinnspielen teilnehmen zu dürfen.

III. Kritik und Ausblick

Die Möglichkeit, dass ein Gewinnspiel über Mehrwert-Telefonnummern gegen die guten Sitten und damit gegen § 1 UWG verstößt, mag auf den ersten Blick ein wenig verwundern. Denn immerhin hat erst kürzlich der OGH entschieden, dass Telefonsex-Verträge nicht generell sittenwidrig im Sinne des § 879 ABGB sind: Mag der Abschluss von Telefonsex-Verträgen moralisch bedenklich sein, so geht die Missbilligung der Kommerzialisierung des Sexualtriebes hier nicht so weit, dass aus der Rechtsordnung ablesbare Wertungsgesichtspunkte die Qualifizierung solcher Vertragsabschlüsse als unter Nichtigkeitssanktion (mit Entgeltsverlust) stehender Verstoß gegen ungeschriebenes Recht gebieten würden (OGH 2.6.2003, 2 Ob 23/03a - *Telefonsex II*). Zwar ist der Begriff der guten Sitten iSd § 1 UWG bekanntlich wettbewerbsbezogen zu interpretieren (so zutreffend herausgearbeitet von *Koppensteiner*, Österreichisches und Europäisches Wettbewerbsrecht³, § 32 Rz 6 ff mwN), setzt er jedoch zunächst auf den allgemeinen Begrifflichkeiten auf. Auch dürfte es, ob gewollt oder nicht, längst einer geänderten bzw. sich ändernden Sozial- und Wertemoral entsprechen, 0190-Telefonnummern nicht mehr grundsätzlich als sittenwidrig anzusehen (vgl. zur Wandelbarkeit des Begriffs "gute Sitten" RGZ 134, 342, 345; "das sittliche Empfinden rechtlich und billig Denkender verletzend" OGH ÖBl 1972, 93 - *Friseur-All-Boutique*).

Gewinnspiele sind grundsätzlich als mit § 1 UWG vereinbar anzusehen. Der "glücksspielartige Warenvertrieb" ist keineswegs per se verboten. In wettbewerbsrechtlicher Hinsicht ist allerdings dort eine Einschränkung zu machen, wo der Gewinnspiel-Veranstalter die Spiellust und das Gewinnstreben des einzelnen für sich oder einen anderen in wettbewerbswidriger Weise ausnutzt. Neben den Koppelungs-Fällen, d.h. die Teilnahme als versteckte Zugabe nach § 9a UWG (vgl. OGH 23.4.1997, 3 Ob 2433/98g - *Fußball EM-Tip*, ÖBl 1998, 254 = SZ 70/76) kommt die Fallgruppe des Rechtsbruches nach § 1 UWG in Betracht, wenn z.B. verwaltungsrechtliche Schutzvorschriften missachtet werden.

Die Besonderheit bei Gewinnspielen mit 0900-Nummern liegt mE darin, dass die Verwendung der Mehrwertnummern nicht zu einer Erweiterung des Warenvertriebs oder einer Absatzerhöhung der (beworbenen) Dienstleistung führt. Der jeweilige Veranstalter erhält vielmehr einen unmittelbaren Geldrückfluss (anders als z.B. bei bloß postalischen Gewinnspielen, bei denen die Gebühr ausschließlich dem Postunternehmen zukommt). Dadurch scheidet die Täuschungskomponente der

Zugabentatbestände aus.

Zu prüfen bleibt, ob eine (monopolgebundene) "glücksspielartige Ausspielung" stattfindet. Der von der österr Rsp (VwGH 27.11.2000, 99/17/0405, 99/17/406, ARD 5246/54/2001 = SWK 2001, R 61 = SWK 2001, 703 = wbl 2001/365, 596) und Lehre (*Schwartz/Wohlfahrt*, Der glücksspielrechtliche Ausspielungsbegriff, ÖJZ 1999, 339; *Casati*, Vom Glücksspielmonopol erfasste Ausspielungen, in *Strejcek* (Hrsg), Glücksspiel in der EU und in Österreich [2001], 89) entwickelte Begriff der "Ausspielung" in § 2 Abs 1 GlücksspielG (kurz: GSpG) erfasst bereits jene Fälle, in denen ein Veranstalter nach Einwurf von Geld oder Spielmarken eine Gegenleistung in Aussicht stellt, auch ohne Selbstauszahlungsmechanismus. Eine dem Glücksspielmonopol unterliegende Ausspielung im Sinne des § 2 Abs 1 und 3 GlücksspielG liegt bereits dann vor, wenn der Glücksspielapparat in betriebsbereitem Zustand aufgestellt ist oder aus den Umständen hervorgeht, dass jedem potentiellen Interessenten die Inbetriebnahme des Gerätes möglich ist und der Unternehmer (Veranstalter) den Spielern für eine vermögensrechtliche Leistung eine im Wege des Glücksspielautomaten zu ermittelnde oder auszufolgende Gegenleistung in Aussicht stellt (vgl. VwGH 23.6.1995, 91/17/0022, wbl 1996, 379 mwN). Die Geringfügigkeitsgrenze liegt bei einer Geldleistung des Spielers von mehr als ATS 5,- (umgerechnet also 36 Cent) pro Spiel (VwGH 28.3.2000, 99/05/0114, ZfVB 2001/1002). Ausreichend ist dafür ein versteckter Einsatz d.h. z.B. wenn jemand dem Käufer seiner Waren Freilose gibt, bei Auslosung unter Abonnenten einer Zeitung (so schon RGSt 42, 430) udgl. Muss der Teilnehmer dagegen nur Porto zahlen, handelt es sich dabei um keinen Einsatz, da das Entgelt nicht dem Veranstalter zufließt, sondern einem Dritten, dessen Dienstleistung in Anspruch genommen wird (vgl. auch *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht²², § 1 UWG Rz 144 f). Folgerichtig haben bereits deutsche Gerichte (LG Hamburg, 8.1.2002, 406 O 7/02, abrufbar unter <http://www.jurawelt.com/gerichtsurteile/zivilrecht/lg/4645>; LG Dortmund, 25.4.2001, 20 O 27/01, nv; LG Memmingen, 10.5.2000, 1 H 2217/99, abrufbar unter <http://www.jurawelt.com/gerichtsurteile/zivilrecht/lg/4646>) mit Unterstützung der Lehre (allen voran *Bahr*, 0190-Telefonnummern und Gewinnspiele - ein Verstoß gegen § 1 UWG?, WRP 2002, 501) Gewinnspiele mit Mehrwert-Telefonnummern für wettbewerbswidrig erklärt.

Abschließend ist zu bezweifeln, ob die Wettbewerbswidrigkeit dadurch saniert oder besser kaschiert werden kann, dass der Veranstalter zugleich eine Gewinnbeteiligung per Post vorsieht. Die weitere Entwicklung bleibt jedenfalls abzuwarten.

IV. Zusammenfassung

Bei Betrachtung der derzeitigen Rechtslage kommt die Rsp zu dem Ergebnis, dass Gewinnspiele mit Mehrwert-Telefonnummern, soweit keine realistische postalische Teilnahmemöglichkeit besteht, wettbewerbswidrig sind. Ob ein Gewinnspiel unter das GlücksspielG fällt, hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab. Gewinnspiele mit 0900-Nummern sind nicht grundsätzlich, sondern nur ausnahmsweise wettbewerbswidrig. Dies ist immer dann der Fall, wenn dem Gewinnspiele-Veranstalter ein unmittelbarer oder mittelbarer wirtschaftlicher Vorteil zufließt und keine andere reale Teilnahmemöglichkeit besteht. Bei diesen Einschränkungen handelt es sich um sinnvolle und angemessene Eingrenzungen der allgemeinen Wettbewerbsfreiheit zugunsten des Verbraucherschutzes.