



IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat durch die Senatspräsidentin Dr. Huber als Vorsitzende und die Hofräte Dr. Schaumüller, Dr. Hoch, Dr. Kalivoda und Dr. Roch als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Maria R*****, vertreten durch Beneder Rechtsanwalts GmbH in Wien, gegen die beklagte Partei G***** Versicherung AG, *****, vertreten durch Dr. Herbert Salficky, Rechtsanwalt in Wien, wegen Feststellung, über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 17. Oktober 2007, GZ 30 R 37/07t-16, mit dem infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 22. Juni 2007, GZ 20 Cg 84/06s-12, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Revision wird Folge gegeben.

Die angefochtene Entscheidung wird dahin abgeändert, dass das Ersturteil wiederhergestellt wird.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 3.405,48 EUR bestimmten Kosten des Rechtsmittelverfahrens (darin enthalten 372,91 EUR an USt und 1.168 EUR an Barauslagen) binnen vierzehn Tagen zu ersetzen.

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

Folgendes ist **unstrittig**:

Paul R***** schloss mit der Beklagten eine Rechtsschutzversicherung mit Vertragsbeginn ab 1. 1. 2005 ab, der die Allgemeinen Bedingungen für die Rechtsschutz-Versicherung 2002 der Beklagten (im Folgenden: ARB/GEN 2002) zu Grunde liegen. Die Klägerin ist als Lebensgefährtin des Paul R***** mitversichert, der

seine Zustimmung dazu erteilt hat, dass die Klägerin den Deckungsanspruch gegenüber der Beklagten geltend macht.

Am 7. 8. 2005 erhielt die Klägerin eine an sie persönlich adressierte Zusendung des „P*****-Versand im Hause D***** Versand S.L.“ mit Sitz in den Niederlanden. Diese aus mehreren Blättern bestehende Zusendung, deren zitierte Passagen zum Teil optisch, etwa durch Fettdruck oder Großbuchstaben, hervorgehoben waren, hatte unter anderem nachstehenden Inhalt:

Erstes Blatt: „Dem Gewinner, und das ist 100 %ig sicher, Frau R*****, wird ein 15.500,00 Euro-Scheck ausbezahlt. ... BESTÄTIGTER SOFORT-GEWINN: 15.500,00 Euro.“

Zweites Blatt: „BESTÄTIGTER SOFORT-GEWINN: 15.500,00 Euro.“ Auf diesem zweiten Blatt fand sich weiters eine Anleitung, wonach ein bestimmtes Feld einer beiliegenden „Glücks-Marke“ freizurubbeln war; im Gewinnfall sollte das Feld der freigerubbelten „Glücks-Marke“ die „Glücks-Stadt“ ergeben. Die freigerubbelte „Glücks-Marke“ mit der richtigen Stadt sollte dann auf das „Anforderungs-Formular“ geklebt werden und nach dem Text eines weiteren Blattes innerhalb von vierzehn Tagen einlangen, damit der Scheck-Versand über 15.500 EUR erfolgen könne.

In der Zusendung befand sich auch ein „Scheck über 15.500,00 Euro“, auf dem die freizurubbelnde „Glücks-Marke“ angebracht war, und ein „Garantie-Brief“, wonach „der Scheck über 15.500,00 Euro garantiert versendet wird“, jedoch tue es dem - mit gedruckter Faksimilie-Unterschrift unterfertigten - „Jens-Peter Falkenberg, Direktion“ leid, falls der Adressat die falsche „Glücks-Stadt“ haben sollte. Weiters war der Zusendung ein

„Gewinn-Auszahlungs-Nachweis“ beigelegt, der die anonymisierten Namen von vier weiteren Personen enthielt, denen der Scheck bereits übergeben worden sei. Auf diesem Blatt fand sich auch der gedruckte Vermerk, der seiner Form nach einem Stempel nachempfunden war: „Auszahlung von der Direktion genehmigt!“

Die Klägerin legte das Feld auf der „Glücks-Marke“ frei. Dabei kam die „Glücks-Stadt“ Madrid zum Vorschein. Diese Marke klebte sie auf das „Anforderungs-Formular“ und unterschrieb an der vorgesehenen Stelle. Das „Anforderungs-Formular“ enthielt eine vorgedruckte Bestellung für ein 21-teiliges Kaffee-Service und eine Schutzhülle für Gartenmöbel sowie auf der Rückseite die vorgedruckte Bestellung eines 24-teiligen Sets Gefrierbeutel-Clips. Am unteren Ende der Rückseite fand sich im Kleingedruckten folgende Passage: „Unabhängig von allen im werblichen Umfeld des Katalogs gemachten Gewinnzusagen oder vergleichbaren Mitteilungen und den durch die Gestaltung erweckten Eindruck, ist erst durch eine separate Einladung zur Preisvergabe die Sicherheit gewährleistet, einen größeren Preis zu erhalten.“

Dieses „Anforderungs-Formular“ schickte die Klägerin am 8. 8. 2005 eingeschrieben an den P*****-Versand. Die Klägerin erhielt allerdings keine Gewinnauszahlung.

Mit Schreiben vom 19. 1. 2006 lehnte die Beklagte die von der Klägerin begehrte Rechtsschutzdeckung für einen Prozess gegen „D***** Versand S.L.“ ab.

Die **Klägerin** begehrt die Feststellung der Deckungspflicht der Beklagten in Gestalt eines Haupt- und Eventualbegehrens. Die der Klägerin übermittelte Zusendung

stelle ein bindendes Gewinnversprechen im Sinn des § 5j KSchG dar. Der daraus resultierende Anspruch sei entweder als vertraglicher Anspruch oder als Schadenersatzanspruch zu qualifizieren, sodass die Beklagte nach Art 23 ARB oder Art 19 ARB zur Deckung verpflichtet sei. Dennoch habe sie trotz ausreichender Prozesschancen die Deckung der gerichtlichen Durchsetzung der Gewinnzusage abgelehnt.

Die **Beklagte** bestritt und führte im Wesentlichen - soweit für das Revisionsverfahren noch relevant - aus, bei Ansprüchen nach § 5j KSchG handle es sich weder um einen Schadenersatz- noch um einen Vertragsanspruch. Auch sei eine erfolgreiche Rechtsdurchsetzung durch die Klägerin nicht wahrscheinlich. Das Feststellungsbegehren sei auch zu unbestimmt.

Das **Erstgericht** gab dem Hauptbegehren auf der Grundlage des eingangs zusammengefasst dargestellten Sachverhalts statt. Durch Zusendung einer Gewinnzusage durch ein Versandhandelsunternehmen trete dieses mit einem Verbraucher zu geschäftlichen Zwecken in Kontakt. Unabhängig von der Anordnung des § 5j KSchG entstehe dadurch ein vorvertragliches Schuldverhältnis, das Aufklärungs-, Schutz- und Sorgfaltspflichten begründe. Durch Statuierung einer Rechtspflicht des Absenders der Gewinnzusage auf Zuhaltung würden die Rechte und Pflichten aus dem vorvertraglichen Schuldverhältnis konkretisiert und präzisiert, und zwar einerseits durch Verpflichtung zur Leistung des Erfüllungsinteresses und andererseits durch die unwiderlegliche Vermutung eines Verschuldens durch die Gestaltung der Zusendung. Daher stelle sich ein auf § 5j KSchG gestützter Anspruch als Unterfall eines Anspruchs aus culpa in contrahendo dar und lasse sich somit unter Art 23.2.1. ARB 2002 subsumieren. Die

Erfolgsaussichten einer Klage gegen das Versandhandelsunternehmen seien zu bejahen, da die inhaltliche Gestaltung der Zusendung im Sinn der Judikatur zweifellos den geforderten objektiven Eindruck einer Gewinnzusage erwecke. Die Beklagte habe der Klägerin daher volle Deckung im Rahmen des Art 6 ARB 2002 zu gewähren.

Das **Berufungsgericht** gab der Berufung der Beklagten Folge und wies die Deckungsklage sowohl im Haupt- als auch im Eventualbegehren ab. Ob eine der Deckungskomponenten nach Art 19 und 23 ARB 2002 für eine Deckung von Ansprüchen nach § 5j KSchG in Betracht komme, hänge von der rechtlichen Qualifikation dieser Ansprüche ab, die nach wie vor umstritten sei. Nach Darstellung österreichischer und deutscher Lehrmeinungen, der Auffassung des BGH zur vergleichbaren Bestimmung des § 661a BGB sowie des EuGH schloss sich das Berufungsgericht der von *Fenyves* (Zur Deckung von Ansprüchen nach § 5j KSchG in der Rechtsschutzversicherung, VR 2003, 89) vertretenen Ansicht an, es handle sich beim Anspruch nach § 5j KSchG um einen solchen „sui generis“. Daher falle die Geltendmachung von Gewinnansprüchen nach dieser Bestimmung nicht unter die Deckung des Allgemeinen Schadenersatz-Rechtsschutzes nach Art 19.2.1 ARB 2002, weil der normierte Erfüllungsanspruch kein Schadenersatzanspruch im Sinn der positiven Deckungsumschreibung sei. Die Möglichkeit der Deckung aus dem Allgemeinen Vertrags-Rechtsschutz nach dem Grundtatbestand scheidet mangels Vertrags aus; sie könne auch nicht auf den Ergänzungstatbestand gestützt werden.

Das Berufungsgericht bewertete den Entscheidungsgegenstand mit 4.000 EUR, nicht jedoch

20.000 EUR übersteigend und erklärte die Revision für zulässig. Die Frage, ob für Ansprüche auf Einhaltung einer Gewinnzusage nach § 5j KSchG Deckungsschutz nach den ARB 2002 bestehe, sei vom Obersten Gerichtshof noch nicht entschieden worden. Angesichts der Häufigkeit von derartigen Gewinnzusagen komme dieser Frage auch erhebliche, über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung zu.

Dagegen richtet sich die ordentliche **Revision der Klägerin** mit dem Antrag auf Abänderung dahin, „dass der Klage kostenpflichtig stattgegeben wird“. Hilfsweise wird die Aufhebung des Urteils und die Zurückverweisung der Rechtssache zur ergänzenden Verhandlung und neuerlichen Entscheidung begehrt.

Dem tritt die Beklagte in ihrer **Revisionsbeantwortung** entgegen.

Die Revision ist aus den vom Berufungsgericht angeführten Gründen **zulässig**. Sie ist auch **berechtigt**.

1. Die Klägerin argumentiert in ihrem Rechtsmittel im Wesentlichen, die Notwendigkeit der Gewinnanforderungen durch den Verbraucher spreche für ein zweiseitiges Geschäft, also für einen schuldrechtlichen Vertrag, für dessen Geltendmachung die Rechtsschutzversicherung einzustehen habe. Es sei das falsche Signal für die Gewinnzusageunternehmen, plötzlich die österreichische Bevölkerung schutzlos Gewinnzusageaussendungen aus aller Welt auszusetzen, weil sich ein Durchschnittsverbraucher einen Prozess nicht leisten werde können. Der vertragliche Anspruch sei im vorliegenden Fall durch einen Anspruch aus culpa in contrahendo dahingehend konkretisiert worden, dass der Vertrauensschaden das Erfüllungsinteresse sei. Eine derartige

Konstruktion sei der österreichischen Rechtsordnung nicht fremd, weshalb es keiner Berufung auf einen Anspruch sui generis bedürfe. Im Rahmen ihrer umfangreichen Kritik am - von der Klägerin so bezeichneten - „Gutachten“ von *Fenyves*, dem sich das Berufungsgericht anschloss, rügt die Klägerin das Fehlen von Feststellungen zu ihren erstinstanzlichen Behauptungen, dieses „Gutachten“ sei von der Versicherungswirtschaft in Auftrag gegeben und bezahlt worden, als sekundären Verfahrensmangel.

Dazu genügt allerdings der Hinweis, dass der zu VR 2003, 89, veröffentlichte Artikel die Lehrmeinung eines ordentlichen Universitätsprofessors der Universität Wien darstellt. Eine Auseinandersetzung mit ihrem Inhalt steht nicht nur der Klägerin, sondern unter anderem auch dem Obersten Gerichtshof offen. Keinesfalls bedarf es aber Feststellungen in einem Urteil zum Anlass und zu den Gegebenheiten der Äußerung der Lehrmeinung, weshalb es einer Verbreiterung der Sachverhaltsgrundlage dazu nicht bedurfte.

2.1. Die Bestimmung des § 5j KSchG wurde gelegentlich der (nicht jedoch in) Umsetzung der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (Fernabsatz-Richtlinie) durch BGBl I 185/1999 mit Geltung ab 1. 10. 1999 geschaffen und lautet:

„Unternehmer, die Gewinnzusagen oder andere vergleichbare Mitteilungen an bestimmte Verbraucher senden und durch die Gestaltung dieser Zusendung den Eindruck erwecken, dass der Verbraucher einen bestimmten Preis gewonnen habe, haben dem Verbraucher diesen Preis zu leisten; er kann auch gerichtlich eingefordert werden.“

2.2. Der Gesetzgeber hat damit auf die seit einigen Jahren im Versandhandel zum Einsatz gelangenden Betriebs- und Marketingpraktiken reagiert, die nach den Gesetzesmaterialien aus wettbewerbs- und Verbraucherschutzpolitischer Sicht höchst problematisch seien, nämlich auf Gewinnspiele, bei denen die Kunden persönlich adressierte Zusendungen mit unterschiedlichen „Gewinnversprechungen“ erhielten; meist ergebe sich erst aus dem Kleingedruckten oder gar erst auf Nachfrage, dass es mit dem „Gewinn nicht weit her sei“. Entgegen dem ursprünglichen Vorschlag, solche Gewinnspiele unter Verwaltungsstrafe zu stellen, sei im Begutachtungsverfahren angeregt worden, zivilrechtliche Instrumente nutzbar zu machen und den Adressaten solcher „Gewinnspiele“ zivilrechtliche Ansprüche einzuräumen. Nach der geltenden Rechtslage stünden einem Anspruch auf Auszahlung des zugesagten Gewinns nämlich die allgemeinen Regeln des Zivilrechts, vor allem die §§ 1271 ff ABGB über die Unklagbarkeit von Wette und Spiel entgegen (EBzRV 1998 BlgNR XX. GP 13). In den meisten Fällen würden die betreffenden Unternehmen mit ihren - unterschiedlich geschickt gestalteten - Zusendungen gegen Bestimmungen des UWG verstoßen, dennoch sei es bisher nicht gelungen, solche Praktiken abzustellen. Es empfehle sich, die zivilrechtlichen Schranken der Einklagung solcher Zusagen zu beseitigen. Die Gründe, die den Gesetzgeber bewogen hätten, bestimmten Forderungen die Klagbarkeit zu verweigern, sollten nicht dazu missbraucht werden, sich im geschäftlichen Verkehr gegenüber Verbrauchern sittenwidrig zu verhalten und gegebene Zusagen nicht einzuhalten. Vor allen Dingen komme der Gedanke, dass Wett- und Spielschulden grundsätzlich unklagbar sein sollten, weil die Rechtsordnung kein Interesse

daran habe, Verträge, bei denen oft Leichtsinns und Unbesonnenheit am Werk seien, unter denselben rechtlichen Schutz zu stellen wie andere Verträge, in den hier maßgeblichen Fällen von „Gewinnzusagen“ von Unternehmen gegenüber persönlich adressierten Verbrauchern nicht zum Tragen (EBzRV 1998 BlgNR XX. GP 31).

2.3. Kurze Zeit später wurde in der Bundesrepublik Deutschland eine im Wesentlichen inhaltsgleiche Bestimmung, und zwar § 661a BGB eingeführt, für den § 5j KSchG als Vorbild diente (3 Ob 230/05b mwN).

2.4. Zu beiden Bestimmungen wurden jeweils sowohl in Österreich als auch in der Bundesrepublik Deutschland ungewöhnlich viele und unterschiedliche Lehrmeinungen geäußert, auf deren aktuelle Darstellung bei *Fenyves*, § 5j KSchG im System des Zivilrechts, ÖJZ 2008, 303 f, verwiesen werden kann. Hervorzuheben sind daraus lediglich die folgenden (Kommentar-)Meinungen:

2.4.1. *Krejci* (in *Rummel*³ [2002] § 5j KSchG Rz 6 ff) argumentiert (offenlassend), die Pauschalierung eines vom tatsächlichen Eintritt eines Schadens unabhängigen Schadenersatzanspruchs aus der Verletzung vorvertraglicher Schutz- und Sorgfaltspflichten widerspreche deren rechtsdogmatischem Ansatz erheblich, laufe sie doch darauf hinaus, dass das Vertrauensinteresse mit dem vollen Erfüllungsinteresse pauschaliert werde. Sofern man davon ausgehe, dass der Gesetzgeber den „Eindruck“ der Mitteilung auf den Verbraucher, einen Gewinn gemacht zu haben, für die Annahme genügen lasse, dass zwischen Unternehmer und Verbraucher ein Vertrag über die Gewinnzusage zustande gekommen sei, so liege in der Tat ein vertraglicher Gewinnanspruch vor, den der Unternehmer zu erfüllen bzw

für den er durch Ersatz des Erfüllungsinteresses zu haften habe. Gehe man hingegen davon aus, dass die Mitteilung keinen Vertrag zustandekommen lasse, also im Ergebnis der wahre Wille des Unternehmers halte und der Verbraucher nur einem Trugbild aufgesessen sei, so treffe den Unternehmer keine vertragliche Leistungspflicht, sondern nur eine Haftung aus missbrauchtem, für schutzwert gehaltenen Vertrauen des Verbrauchers, und der Unternehmer habe lediglich für das ausgelöste Vertrauensinteresse einzustehen. Dogmatisch sei diese Haftung wohl eine Variante der "culpa-in-contrahendo-Fälle". Diese Deutung tue sich freilich ungemein schwer, den Preis zuzusprechen. Denn den Preis zu zahlen heiße erfüllen und nicht bloß den Vertrauensschaden auszugleichen. Daher spreche mehr dafür, die Gesetzesregel so zu verstehen, dass der beim Verbraucher durch die Mitteilung des Unternehmers erweckte Eindruck eher im Sinn eines vertragsbegründenden objektiven Erklärungswerts zu verstehen sei. Dafür spreche eine gewisse Verwandtschaft dieses Tatbestands mit § 864a ABGB; denn die Mitteilungen seien so formuliert, dass die Entdeckung, dass kein Preis zustehe, für den Verbraucher überraschend sei.

2.4.2. *Apathy* (in *Schwimann*³ [2006] § 5j KSchG Rz 4) verweist zur Annahme eines vertraglichen Anspruchs darauf, dass der Anspruch durch die Zusendung des Unternehmens entstehe, also weder eine ausdrückliche noch eine konkludente Annahme durch den Verbraucher erfordere. Dazu komme, dass die Mitteilung, der Verbraucher habe einen bestimmten Preis gewonnen, als Wissenserklärung einzustufen sei und daher höchstens zu einer Vertrauenshaftung führen könne. Jedenfalls könne die Verpflichtung des Unternehmers nicht, wie etwa eine Auslobung, auf ein einseitig verpflichtendes Rechtsgeschäft gegründet werden. Ebenso

lasse sich der Anspruch nicht als ein schadenersatzrechtlicher qualifizieren, ohne dass man mit wesentlichen Grundsätzen des Schadenersatzrechts breche oder Ausnahmen voraussetze. Könne man dem Unternehmer culpa in contrahendo vorwerfen, so hafte er dem Verbraucher allenfalls für den Vertrauensschaden, nicht aber für Erfüllung seiner Zusage. Gehe man davon aus, dass die Zusendung des Unternehmers als Wissenserklärung zu qualifizieren sei, so lasse sich § 5j KSchG aber auch in der Weise interpretieren, dass der Gesetzgeber das Vertrauen des Verbrauchers auf diese Wissenserklärung mit einem Erfüllungsanspruch sanktioniert habe.

2.4.3. Nach *Schurr* (in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* [2006] § 5j KSchG Rz 11) handle es sich nicht um einen vertraglichen Anspruch im eigentlichen Sinn, weil die Voraussetzungen des Vertrags (Angebot und Annahme) nicht ersichtlich seien. Auch eine einseitige Willenserklärung des Unternehmers sei nicht vorhanden, weil sich dieser ja gerade nicht zur Leistung des Preises verpflichten wolle. Von einem deliktischen Anspruch im eigentlichen Sinn könne man auch nicht ausgehen, weil nicht der Schaden des Verbrauchers im Vordergrund des Anspruchs stehe. Vielmehr handle es sich um einen Anspruch sui generis, dessen eigenständige Rechtsnatur deutlich werde, wenn man sich die ratio der Vorschrift vor Augen führe. Der Gesetzgeber habe, statt einer verwaltungsstrafrechtlichen Regelung, welche schon länger geplant gewesen sei, eine effektivere Regelung schaffen wollen, um diese von vielen Unternehmen praktizierte Unsitte zu unterbinden. Der Anspruch sei auch gerichtlich einklagbar. Damit stelle diese Vorschrift eine verbraucherspezifische lex specialis zu §§ 1271 ff ABGB dar.

2.4.4.1. Eingehend hat sich mit der

Rechtsnatur des § 5j KSchG auch *Fenyves* auseinandergesetzt (Zur Deckung von Ansprüchen nach § 5j KSchG in der Rechtsschutzversicherung, VR 2003, 89). Er kam dabei zum Ergebnis, dass sich der Anspruch des Verbrauchers auf Einhaltung der Gewinnzusage weder aus allgemeinen rechtsgeschäftlichen noch aus allgemeinen schadenersatzrechtlichen Überlegungen ableiten lasse. Zu einer möglichen vertraglichen Grundlage sei festzuhalten, dass der aus § 5j KSchG erfließende Erfüllungsanspruch des Verbrauchers von einer irgendwie gearteten, allenfalls auch nur konkludent erteilten Zustimmung des Verbrauchers völlig unabhängig sei. Der Verbraucher wäre aber auch bei Zustimmung zur Gewinnzusage gar nicht in der Lage, eine vertragliche Verpflichtung des Unternehmers zu begründen, da die Mitteilung, dass der Verbraucher einen bestimmten Preis gewonnen habe, keine Willens-, sondern eine Wissenserklärung darstelle, die nicht angenommen werde, sondern höchstens zu einer Vertrauenshaftung führen könne. Aus denselben Gründen sei die Gewinnzusage auch nicht als einseitiges verpflichtendes Rechtsgeschäft zu qualifizieren. Er lasse sich auch nicht aus allgemeinen schadenersatzrechtlichen Grundsätzen ableiten, weil die „normalen“ Regeln über das Verschulden bei Vertragsabschluss nicht in der Lage seien, den Erfüllungsanspruch nach § 5j KSchG zu begründen, da sie nur auf das Vertrauensinteresse gingen. Der Anspruch sei auch vom Nachweis eines Schadens unabhängig und nicht auf die Fälle der Vertragsanbahnung beschränkt, sondern auch auf „isolierte“ Gewinnmitteilungen anwendbar. Der Gesetzgeber habe also in § 5j KSchG einen neuartigen Anspruch aus dem Motiv geschaffen, dass die von ihm verpönten Wettbewerbshandlungen von Unternehmen mit

konventionellen Ansprüchen nicht wirksam zu bekämpfen gewesen seien. § 5j KSchG begründe also ein gesetzliches Schuldverhältnis, das noch am ehesten auf die Fiktion einer wirksamen einseitigen Verpflichtungserklärung hinauslaufe. Dieses gesetzliche Schuldverhältnis weise zwar vertrauenstheoretische Ansätze auf und möge auch (in den Warenbestellungsfällen) eine gewisse Verwandtschaft mit dem Institut des Verschuldens beim Vertragsabschluss haben; es überwiege aber ein generalpräventiver, pönaler Gedanke, der auch § 864 Abs 2 ABGB zu Grunde liege. Durch die Schaffung dieser beiden Normen sollten bestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen zurückgedrängt werden, die vom Gesetzgeber missbilligt würden. Beim Anspruch gemäß § 5j KSchG handle es sich also um einen Anspruch „sui generis“, mit dem der Gesetzgeber Neuland betreten habe.

2.4.4.2. Jüngst untersuchte *Fenyves* neuerlich die genannte Bestimmung (§ 5j KSchG im System des Zivilrechts, ÖJZ 2008, 297) und hielt an seiner früher geäußerten Rechtsansicht grundsätzlich fest; er ergänzte, es versage auch die Möglichkeit der Deutung als Vertrauenshaftung, weil der Verbraucher den Anspruch auch dann habe, wenn er nicht im Vertrauen auf die Gewinnzusage disponiert habe und auch, wenn er die Gewinnzusage durchschaut, also gerade nicht auf deren Verbindlichkeit vertraut habe. Verstünde man § 5j KSchG so, dass diese Bestimmung nur dann zur Anwendung komme, wenn der objektive Erklärungswert einer Gewinnzusage zweifelsfrei auf das Vorliegen einer Willenserklärung hindeutete, würde das § 5j KSchG weitgehend entwerten und den von ihm angestrebten Zweck konterkarieren. Der Gesetzgeber habe für die Schutzwürdigkeit des Verbrauchers nämlich keineswegs

am „objektiven Erklärungswert“ der Mitteilung des Unternehmers angesetzt, sondern verlange vom Verbraucher weit weniger „Auslegungsarbeit“ als etwa beim Abschluss eines Vertrags. § 5j KSchG enthebe den Verbraucher der Notwendigkeit zu beweisen, dass die Gewinnzusage des Unternehmers nach ihrem objektiven Erklärungswert als Willenserklärung zu verstehen sei. Konstruktiv gesehen könne man daher von einem gesetzlichen Schuldverhältnis ausgehen, dessen Wirkungen nicht durch eine Willenserklärung, sondern durch eine geschäftsähnliche Handlung (nämlich eine Wissenserklärung) ausgelöst werde. Es handle sich dabei um einen neuen Fall der normierten Willenserklärung, durch die eine einseitige Verpflichtung des Unternehmers entstehe. Der Gesetzgeber wolle die stets schwierige Frage, ob im Einzelfall eine Willens- oder Wissenserklärung vorliege, generell dahin lösen, dass die Gewinnzusage des Unternehmers bei Einhaltung der von § 5j KSchG aufgestellten Voraussetzungen die Wirkungen einer Willenserklärung habe. Beiden Lösungsansätzen sei gemeinsam, dass auf die Mitteilungen des Unternehmers grundsätzlich die Regeln über die Willenserklärung anzuwenden seien.

2.5.1. In der deutschen Rechtsprechung hat zunächst das Landesgericht Braunschweig (IPRax 2002, 213) den Anspruch aus § 661a BGB als einen gesetzlich normierten, pauschalierten Anspruch auf Schadenersatz aus culpa in contrahendo qualifiziert. Dafür spreche, dass es stets um Vertragsanbahnung gehe und der Gesetzgeber genau die Praxis sanktionieren habe wollen, dass Unternehmer Verbrauchern Mitteilungen über angebliche Gewinne zusenden, die sie auf Nachfrage nicht aushändigen, sondern stattdessen versuchen, die Verbraucher zur Abnahme von

Waren zu bewegen. Gegen eine Bewertung als Anspruch aus culpa in contrahendo spreche nicht, dass § 661a BGB einen Anspruch auf Erfüllung gewähre. Auch bei Ansprüchen aus culpa in contrahendo könne der Vertrauensschaden im Einzelfall an das Erfüllungsinteresse heranreichen. Im Fall der Gewinnzusage bestehe - abgesehen von der Belästigung - die Gefahr für den Verbraucher darin, dass er den Eindruck habe, über den angekündigten Gewinn verfügen zu können und im Hinblick darauf bereits Verpflichtungen eingehe, unter anderem auch durch Bestellung der beworbenen Waren. Eine Vermögensgefährdung des Verbrauchers bestehe daher bis zur Höhe des angekündigten Gewinns, sodass es nur konsequent sei, den möglichen Vertrauensschaden auf das Erfüllungsinteresse zu pauschalieren.

2.5.2. Der BGH qualifizierte die Ansprüche aus Gewinnmitteilungen aus der Sicht des deutschen Rechts weder als vertraglich noch als deliktisch. Eine vertragliche Qualifikation scheitere bereits daran, dass die Haftung einer Gewinnzusage nicht an ein Versprechen des Versenders anknüpfe; der Versender wolle in der Regel gerade nicht einen Anspruch auf den Gewinn begründen. Eine Annahme der Zusage sei nicht vonnöten. Es komme nur darauf an, dass die dem Verbraucher zugegangene Zusendung eines Unternehmers - nach Inhalt und Gestaltung - abstrakt geeignet sei, bei einem durchschnittlichen Verbraucher in der Lage des Empfängers den Eindruck zu erwecken, er werde einen - bereits gewonnenen - Preis erhalten. Auf das subjektive Verständnis der Zusendung durch den Empfänger komme es nicht an. Letztlich gehe es um die Haftung aus einem gesetzlichen Schuldverhältnis, dass für eine geschäftliche Handlung, eben die Versendung der Gewinnzusage oder vergleichbarer Mitteilungen an einen Verbraucher, begründet worden sei.

Deliktisch sei die Haftung indes nicht. Zwar ziele § 661a BGB auf die Unterbindung wettbewerbswidrigen Verhaltens. Der Gesetzgeber selbst habe die Haftung wegen Gewinnzusage aber nicht der unerlaubten Handlung unterstellt, sondern in die Nähe der einseitigen Rechtsgeschäfte Auslobung und Preisausschreiben gerückt. Zudem sei die von § 661a BGB bestimmte Rechtsfolge, dass der Versender Erfüllung schulde, der Systematik der unerlaubten Handlung fremd; sie begründe nicht Erfüllungs-, sondern Schadenersatzansprüche. Mittels des § 661a BGB wollte der Gesetzgeber die wettbewerbswidrige Praxis zurückdrängen, dass Unternehmer mit angeblichen Preisgewinnen Verbraucher zu ködern suchen, Waren zu bestellen. Der unlauter handelnde Unternehmer solle für sein täuschendes Versprechen „bestraft“ werden, indem er dem Verbraucher gemäß § 661a BGB auf Erfüllung hafte (III ZR 191/03 Rz 25 bis 27 und 36). Daran hielt der BGH im Wesentlichen fest (IX ZR 117/07). Der Anspruch nach § 661a BGB beruhe auf einer einseitigen schuldrechtlichen Verpflichtung des Mitteilenden. Nach dem Wortlaut der Bestimmung entstehe der gesetzliche Anspruch auf Auszahlung des scheinbar gewonnenen Preises bereits mit der Zusendung der Gewinnzusage. Das entspringe der gesetzgeberischen Intention, wettbewerbswidriges Verhalten mittels einer spürbaren zivilrechtlichen Sanktion zu unterbinden. Vor diesem Hintergrund wäre es zweckwidrig, wollte man für die Entstehung des Anspruchs zusätzlich fordern, der Verbraucher müsse sich so verhalten, wie vom Versender der Gewinnzusage (wettbewerbswidrig) beabsichtigt. § 661a BGB schütze nicht nur den einzelnen Verbraucher, sondern auch die Redlichkeit des Wettbewerbs. Die Anspruchsvoraussetzungen verwirkliche der Sender allein

durch unlautere Werbemethoden, ohne dass es einer Mitwirkung des Verbrauchers als Opfer der unlauteren Werbemethode oder eines sonstigen Täuschungserfolgs bedürfe (IV ZR 4/05 Rz 23, 28 und 29).

3. Die vielfach in der Diskussion angesprochenen Entscheidungen des EuGH betreffend die internationale Zuständigkeit für auf § 5j KSchG gestützte Klagen brauchen hier deshalb nicht erörtert zu werden, weil sie primär aus der vertragsautonomen Auslegung des EuGVÜ resultieren, während im vorliegenden Verfahren die Rechtsnatur eines Anspruchs nach § 5j KSchG nach nationalem Recht zu beurteilen ist. Da die genannte Bestimmung auch nicht auf einer Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates beruht, besteht bei ihrer Auslegung auch keine Vorlagepflicht an den EuGH (vgl 8 Ob 14/05z; *Apathy* in *Schwimann*³ § 5j KSchG Rz 1).

4. In seinem Erkenntnis vom 14. 6. 2005, G 20/05, hat der Verfassungsgerichtshof den Individualantrag zweier Gesellschaften mbH, der auf die Aufhebung des § 5j KSchG wegen Verstoßes gegen die Erwerbsausübungsfreiheit, die Meinungsfreiheit, die Grundsätze „in dubio pro reo“ und „nulla poena sine lege“ sowie die Kompetenzaufteilung zwischen Straf- und Zivilgerichten, Eigentumsverletzung, Gleichheitswidrigkeit und fehlender Bestimmtheit gerichtet war, als unbegründet abgewiesen. Zum Kern des Antragsvorbringens, nämlich der Befürchtung, die Gewinnzusagen (oder andere vergleichbare Mitteilungen) würden von den antragstellenden Gesellschaften nicht gewollte - möglicherweise ruinöse - Rechtsfolgen auslösen, die als überschießende Sanktionen für ein unerwünschtes Verhalten mit dem Charakter einer Strafe zu werten seien, führte der Verfassungsgerichtshof unter anderem aus:

„Dass das Motiv des Gesetzgebers für eine Regelung, die das Risiko eines Missverständnisses dem Erklärenden aufbürdet, die Unterbindung täuschender Praktiken ist, macht die getroffene Lösung weder zu einer Strafe noch zu einer schadenersatzrechtlichen Sanktion. Wird beim Empfänger einer Zusendung durch deren Gestaltung der Eindruck erweckt, dass er einen bestimmten Preis gewonnen habe, so entspricht es dem Grundgedanken rechtsgeschäftlicher Privatautonomie, den Zusagenden zur Leistung dieses Preises an den Empfänger zu verhalten. Damit erledigen sich alle Bedenken des Antrags, die mit dem Gewicht der Rechtsfolgen oder dem Missverhältnis von Fehler und Sanktion argumentieren.“

5. Der Oberste Gerichtshof hat zwar zur Rechtsnatur dieses vom Gesetzgeber geschaffenen Erfüllungsanspruchs nach § 5j KSchG bisher noch nicht Stellung genommen; er hat sich aber schon vielfach mit auf § 5j KSchG gestützten Ansprüchen befasst und dabei im Wesentlichen folgende Rechtssätze geprägt:

5.1. Der Erfüllungsanspruch des Verbrauchers gemäß § 5j KSchG setzt einen unmittelbar mit der Anbahnung des Kaufs von Waren verknüpfte Gewinnzusage des Unternehmers nicht voraus. Es genügt vielmehr jede auf einer erkennbaren Gewinnabsicht beruhende unseriöse Gewinnzusage, mit der der Unternehmer das Verhalten von Verbrauchern am Markt unsachlich beeinflussen will. Die gerichtliche Einforderung einer Gewinnzusage ist daher nicht von der Aufforderung zu einer gleichzeitigen Bestellung abhängig (RIS-Justiz RS0117775 [T7]). Für die Berechtigung des Klagebegehrens ist ausschlaggebend, ob der Unternehmer bei Verbrauchern nach einem objektiven, durch die Maßfigur eines „verständigen Verbrauchers“ determinierten Maßstab

den Eindruck des im Mittelpunkt seiner Mitteilung stehenden Gewinns hervorgerufen hat, wobei der durch die Zusendung vermittelte Gesamteindruck entscheidend ist (2 Ob 34/05x). Gesetzeszweck ist es, auch die Verständigung von angeblichen Gewinnen verschiedener Art als verpönte Werbemethode durch das Gewähren klagbarer Erfüllungsansprüche des Verbrauchers hintanzuhalten. Nur solche Zusendungen sind vom Anwendungsbereich der Regelung ausgenommen, die schon von vornherein keine Zweifel offen lassen, dass der Gewinner eines Preisausschreibens erst in einer Ziehung oder auf andere Weise ermittelt werden muss (RIS-Justiz RS0117343). Um den angestrebten Gesetzeszweck zu erreichen, ist es erforderlich, die Rechtsfolgen des § 5j KSchG - in insoweit sinngemäßer Anwendung - auch dann eintreten zu lassen, wenn die angesprochenen Verbraucher zwar keinen sicheren Eindruck haben, gewonnen zu haben, dies aufgrund der unklaren, verwirrenden oder sogar bewusst missverständlichen Gestaltung der Zusendung aber zumindest ernstlich für möglich halten dürfen (RIS-Justiz RS0117341). Da es auf das subjektive Verständnis der Zusendung durch den konkreten Empfänger nicht ankommt, ist es nicht erforderlich, dass dieser dem Schreiben tatsächlich Glauben schenkt; auch ein Verbraucher, der die Gewinnzusage als bloßes Werbemittel durchschaut oder durchschauen könnte, kann nach § 5j KSchG (ebenso wie nach § 661a BGB) die Leistung des angeblich gewonnenen Preises verlangen (RIS-Justiz RS0115084 [T8]; RS0117852). Die nachträgliche Aufklärung des Verbrauchers durch fachkundige Dritte über den wahren Erklärungswert einer Gewinnzusage, die hinter deren Verständnis vor dem Horizont der Maßfigur eines verständigen Verbrauchers zurückbleibt, kann einen nach § 5j KSchG schon entstandenen Erfüllungsanspruch nicht mehr

beseitigen (RIS-Justiz RS0117852). Gewinnzusagen im Sinn des § 5j KSchG sollen Verbraucher nach dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers somit immer schon dann einen klagbaren Leistungsanspruch gewähren, wenn das jeweils maßgebende Handeln des Unternehmers auf Gewinnabsicht beruht, der Unternehmer Verbrauchern jedoch in Wahrheit nicht mehr als eine Gewinnchance einräumen bzw einen geringwertigen oder wertlosen Gewinn ausfolgen will (1 Ob 33/05t).

5.2. Hauptzweck des § 5j KSchG ist nicht, dem einzelnen Verbraucher einen Schutz vor als lästig empfundenen Zusendungen zu gewähren oder ihm einen Anspruch auf den zugesagten Gewinn zu verschaffen, sondern vor allem die verbreitete aggressive Wettbewerbspraxis der Unternehmer abzustellen, vermeintliche Gewinnzusagen persönlich adressiert an Verbraucher zu verschicken, um diese zur Warenbestellung zu motivieren. Diese regelmäßig mit Verstößen gegen das UWG verbundenen, nur unzureichend mit Verwaltungsstrafen zu pönalisierenden Verhaltensweisen von Unternehmern sollten mit der Einführung des § 5j KSchG beendet werden, ist doch die Sanktion ungleich schärfer. Der Anspruch auf Auszahlung des Gewinns, der nicht immer einbringlich zu machen sein wird, ist also lediglich Mittel zum Zweck zur Durchsetzung von überindividuellen wirtschaftspolitischen Interessen. § 5j KSchG ist demnach nicht als eine Norm des Verbraucherschutzes, sondern als eine im öffentlichen Interesse erlassene, dem Gemeininteresse dienende österreichische wettbewerbspolitische Eingriffsnorm zu beurteilen, die der Sonderanknüpfung nach dem eigenen räumlichen Anwendungsbereich des rechtsetzenden Staats unterliegt (3 Ob 230/05b).

6. Hier geht es um die Beurteilung, ob die Beklagte der Klägerin aufgrund des zwischen Paul R***** und der Beklagten abgeschlossenen Rechtsschutzversicherungsvertrags Deckung für einen Prozess gegen die Versenderin der Gewinnzusage zu gewähren hat. Daher ist zwar eine allgemeine und abschließende Prüfung der Rechtsnatur des Anspruchs nach § 5j KSchG nicht notwendig, wohl aber eine Untersuchung dahin, ob Deckung aus den Bausteinen Schadenersatz-Rechtsschutz (nach Art 19 ARB/GEN 2002) und/oder Allgemeiner Vertrags-Rechtsschutz (nach Art 23 ARB/GEN 2002) zu gewähren ist, ob also ein dort erwähnter, von der Deckung umfasster Anspruch vorliegt.

Die in der Revision aufgeworfene Frage der Verjährung des Erfüllungsanspruchs nach § 5j KSchG bedarf hingegen keiner Erörterung, weil sie für die Lösung der hier anstehenden Rechtsfrage keine Bedeutung hat.

6.1. Die ARB/GEN 2002 haben - soweit für die hier zu beurteilende Frage relevant - folgenden Wortlaut:

„Artikel 7

Was ist vom Versicherungsschutz ausgeschlossen?

1. Kein Versicherungsschutz besteht für die Wahrnehmung

rechtlicher Interessen [...]

1.6. aus dem Bereich des Kartell- oder sonstigen Wettbewerbsrechts; [...]

1.13. aus Spiel- und Wettverträgen. [...]

Artikel 19

Schadenersatz- und Straf- und Rechtsschutz für den Privat-, Berufs- und Betriebsbereich

[...]

2. Was ist versichert?

Der Versicherungsschutz umfasst

2.1. Schadenersatz-Rechtsschutz

für die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen aufgrund gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen privatrechtlichen Inhalts wegen eines erlittenen Personen-, Sach- oder Vermögensschadens; [...]

Artikel 23

Allgemeiner Vertrags-Rechtsschutz

[...]

2. Was ist versichert?

2.1. Der Versicherungsschutz umfasst die Wahrnehmung rechtlicher Interessen aus schuldrechtlichen Verträgen des Versicherungsnehmers über bewegliche Sachen sowie aus Reparatur- und sonstigen Werkverträgen des Versicherungsnehmers über bewegliche Sachen.

Als Wahrnehmung rechtlicher Interessen aus schuldrechtlichen Verträgen gilt auch die Geltendmachung und Abwehr von Ansprüchen wegen bloßer Vermögensschäden, die aus der Verletzung vertraglicher Pflichten entstehen und über das Erfüllungsinteresse hinausgehen, oder aus der Verletzung vorvertraglicher Pflichten entstehen. [...]"

6.2. Die Allgemeinen Rechtsschutzbedingungen decken wegen der schweren Überschaubarkeit und Kalkulierbarkeit und der Größe des Rechtskostenrisikos im gesamten Bereich des privaten wie auch öffentlichen Rechts nur Teilgebiete ab (RIS-Justiz RS0114605). Eine universelle Gefahrenübernahme, bei der der Versicherer jeden beliebigen Bedarf des Versicherungsnehmers nach Rechtsschutz decken müsste, ist in Österreich nicht gebräuchlich (7 Ob 268/01i). Die (in den zitierten Passagen mit den hier zu beurteilenden ARB/GEN 2002) wortgleichen Art 19 und 23

der Musterbedingungen für die Rechtsschutzversicherung 1994 verfolgen zwar die Zielsetzung, sowohl Deckungsüberschneidungen als auch ungewollte Deckungslücken zwischen mehreren Rechtsschutzbausteinen zu vermeiden (*Kronsteiner*, Die neuen Musterbedingungen für die Rechtsschutz-Versicherung, VR 1994, 173 [175 f]); das bedeutet aber - im Gegensatz zur Meinung der Revision - nicht, dass deshalb für die Durchsetzung jedes erdenklichen (zivilrechtlichen) Anspruchs Deckung bestehen muss, also gar keine Deckungslücken gegeben sein dürfen, weil sonst eine den in den ARB/GEN 2002 vorgesehenen Rechtsschutz-Bausteinen widersprechende universelle Gefahrenübernahme erreicht würde.

6.3. Hier bedarf es folgender Prüfungen:

Zum Schadenersatz-Rechtsschutz,

ob die Norm des § 5j KSchG eine gesetzliche Haftpflichtbestimmung privatrechtlichen Inhalts darstellt, die Schadenersatzansprüche unter anderem wegen erlittener Vermögensschäden gewährt;

zum Vertrags-Rechtsschutz,

ob der Erfüllungsanspruch nach § 5j KSchG aus einem schuldrechtlichen Vertrag über bewegliche Sachen erwächst oder der Geltendmachung eines Anspruchs wegen bloßen Vermögensschadens aus der Verletzung vorvertraglicher Pflichten entspricht.

Die Wahrnehmung rechtlicher Interessen aus Reparatur- und sonstigen Werkverträgen über unbewegliche Sachen scheidet begrifflich von vornherein ebenso aus wie die Geltendmachung von über das Erfüllungsinteresse hinausgehenden Vermögensschäden aus der Verletzung vertraglicher Pflichten, weil § 5j KSchG (nur) einen

Erfüllungsanspruch gewährt.

7. Der Oberste Gerichtshof hat bisher in zwei Rechtssachen betreffend Rechtsschutz für die Einklagung von Gewinnzusagen nach § 5j KSchG entschieden, brauchte dabei jedoch aufgrund der jeweiligen Prozesssituation zur hier zu lösenden Frage nicht Stellung zu nehmen:

Zu 7 Ob 47/02s erfolgte nämlich seitens der beklagten Versicherung keine Bestreitung ihrer Deckungspflicht, vielmehr wurde im Wesentlichen (nur) eingewendet, die beabsichtigte Klagsführung habe keine Erfolgsaussicht, ein Unterliegen des Klägers sei jedenfalls wahrscheinlicher als ein Obsiegen. Daher war dem Obersten Gerichtshof eine Stellungnahme zur Deckungspflicht verwehrt.

Zu 7 Ob 242/05x bestand im Revisionsverfahren die Besonderheit, dass die Abweisung des Hauptbegehrens auf Feststellung der Deckungspflicht der beklagten Versicherung durch das Erstgericht unbekämpft in Rechtskraft erwuchs. Gegenstand des Revisionsverfahrens war nur mehr das als Eventualbegehren von der klagenden Verbraucherin erhobene Leistungsbegehren, mit dem sie von der Beklagten den Ersatz des Schadens verlangte, den die beklagte Versicherung durch ihre rechtswidrige und schuldhaftige Deckungsverweigerung verursacht habe und der in den entgangenen Gewinnbeträgen bestehe. Der Revision der Klägerin, die sich gegen die Abweisung (auch) des Leistungsbegehrens richtete, gab der Oberste Gerichtshof im Wesentlichen mit der Begründung nicht Folge, mit der rechtskräftigen Abweisung des Deckungsanspruchs stehe nicht nur fest, dass ein solcher nicht bestehe, sondern auch ein solcher nicht bestanden habe; eine neuerliche Überprüfung dieser Rechtsansicht im bloß über das Eventualbegehren fortgesetzte Verfahren habe daher zu

unterbleiben. Bei Fehlen eines Deckungsanspruchs könne aber die Deckungsverweigerung durch die Beklagte weder rechtswidrig noch schuldhaft sein.

Beide Entscheidungen lassen daher keine Rückschlüsse für die hier zu beurteilende Rechtsfrage zu.

8. Wie bereits dargestellt, hat sich die Beklagte zur Gewährung von Schadenersatz-Rechtsschutz für die Geltendmachung erlittener Personen-, Sach- oder Vermögensschäden, die ihre Grundlage in gesetzlichen Haftpflichtbestimmungen privatrechtlichen Inhalts haben, verpflichtet.

Obwohl Anlass für die Haftung des Unternehmers für die von ihm versendete Gewinnzusage die Übung wettbewerbswidriger Werbemaßnahmen, also unerlaubte Handlungen bildeten, ist eine schadenersatzrechtliche Natur des hier in Rede stehenden Erfüllungsanspruchs zu verneinen. Das Schadenersatzrecht (Haftpflichtrecht) regelt nämlich, wann ein Geschädigter für einen Schaden von jemand anderem Ersatz verlangen kann (*Koziol/Welser* I13, 299); der Eintritt eines Schadens ist daher Grundvoraussetzung für die Bejahung eines Schadenersatzanspruchs. Die Klägerin behauptet im vorliegenden Fall gar nicht, sie hätte irgendeinen Schaden erlitten, vielmehr möchte sie Deckung für die Geltendmachung des in § 5j KSchG normierten Anspruchs. Diese Bestimmung macht aber die Haftung des Unternehmers für den zugesagten Gewinn gar nicht vom Eintritt irgendeines Schadens beim Verbraucher abhängig, sondern schafft vielmehr einen Erfüllungsanspruch.

§ 5j KSchG kann daher weder als gesetzliche Haftpflichtbestimmung angesehen werden noch als eine solche, die Schadenersatzansprüche für erlittene Schäden einräumt. Das entspricht auch der dargestellten Beurteilung

des Verfassungsgerichtshofs.

Dementsprechend begründete der Gesetzgeber die Einführung dieser Bestimmung auch nicht mit der Notwendigkeit, geschädigten Verbrauchern Ersatz für erlittene Schäden zu verschaffen; vielmehr bietet der Anspruch des Einzelnen auf Auszahlung des Gewinns (der nicht immer einbringlich zu machen sein wird) nur das Mittel zum Zweck der Durchsetzung von überindividuellen, öffentlichen, wirtschafts- und wettbewerbspolitischen Interessen (3 Ob 230/05b).

9. Die positive Deckungsbeschreibung des Allgemeinen Vertrags-Rechtsschutzes in Art 23.2.1. erster Absatz ARB/GEN 2002 umfasst die Geltendmachung und Abwehr von Erfüllungsansprüchen und Erfüllungssurrogaten aus schuldrechtlichen Verträgen. Diesem Basistatbestand wurden im zweiten Absatz zwei Ergänzungstatbestände angefügt, die gegenüber dem Basistatbestand konstitutive Bedeutung haben, also Deckung gewähren, die sich aus dem Grundtatbestand nicht ergeben würde; sie erklären ausdrücklich - soweit hier von Interesse - auch die Geltendmachung und Abwehr von Ansprüchen wegen reiner Vermögensschäden, die aus der Verletzung vorvertraglicher Pflichten entstehen, zum Gegenstand der Deckung im allgemeinen Vertrags-Rechtsschutz (*Kronsteiner*, Die neuen Musterbedingungen für die Rechtsschutz-Versicherung, VR 1994, 173 [175 f]; *Fenyves*, Zur Deckung von Ansprüchen nach § 5j KSchG in der Rechtsschutzversicherung, VR 2003, 89 f).

10. Zum Grundtatbestand ist somit zu klären, ob es sich beim Anspruch nach § 5j KSchG um einen solchen aus einem schuldrechtlichen Vertrag handelt.

10.1. Dazu sind zunächst folgende Begriffe zu

unterscheiden:

Die moderne Dogmatik kennt nur zwei Entstehungsgründe für Schuldverhältnisse, nämlich einerseits das vor allem von der Privatautonomie getragene Rechtsgeschäft und andererseits das Gesetz; die unmittelbar auf Gesetz beruhenden Obligationen sind mannigfaltig, zB Schadenersatz oder Bereicherung etc. Das Rechtsgeschäft besteht aus Willenserklärungen, die auf die Herbeiführung von Rechtsfolgen, freilich nicht notwendig von allen vom Gesetz oder Verkehrsübung an das Geschäft geknüpften Folgen, gerichtet sind. Durch den Willen, Rechtsfolgen herbeizuführen, unterscheidet sich das Rechtsgeschäft von anderen rechtlich bedeutsamen erlaubten menschlichen Verhaltensweisen, nämlich unter anderem von den geschäftsähnlichen Handlungen, zu denen die Wissenserklärung (Vorstellungsmittelteilung) zählt. Sie ist eine bloße Nachricht über Tatsachen und ändert daher die Rechtslage nicht (*Bollenberger* in KBB² § 859 ABGB Rz 2 und 8 ff; *Koziol/Welser* I13, 99). Bei einer Wissenserklärung geht es darum, dass die eine Partei der anderen - oder beide Parteien übereinstimmend einander - bloß ihre Vorstellungen über bestimmte Tatsachen mitteilt - oder mitteilen -, jedoch keinen Willen dahin äußert - oder äußern -, mit der Erklärung bestimmte Rechtsfolgen bewirken zu wollen. Die Wissenserklärung allein löst nur in bestimmten Konstellationen Rechtsfolgen aus, bewirkt aber regelmäßig als solche nicht den Abschluss des Rechtsgeschäfts, über das sie bloß Mitteilung macht. Auch für die Frage der Abgrenzung zwischen einer Willenserklärung und einer bloßen Wissenserklärung ist nicht der Wille der einen oder anderen Partei maßgeblich, sondern wie die Äußerungen vom Erklärungsempfänger nach den Umständen objektiv zu

verstehen waren (8 ObA 34/05s mwN).

Einseitige Rechtsgeschäfte bestehen aus nur einer Willenserklärung, wie etwa die Auslobung (§ 860 ABGB), die Kündigung oder letztwillige Verfügungen; zweiseitige Rechtsgeschäfte, das heißt insbesondere Verträge, setzen zwei oder mehrere übereinstimmende Willenserklärungen voraus (*Bollenberger* in KBB² § 859 ABGB Rz 13). Ein - von der Revision angesprochener - einseitig verpflichtender *Vertrag* existiert nach der dargestellten Dogmatik daher nicht.

Es bedarf nun der Klärung, ob durch § 5j KSchG zwischen dem die Gewinnzusage versendenden Unternehmer und dem konkreten Verbraucher, an den sie gerichtet ist, das Zustandekommen eines schuldrechtlichen Vertrags, das heißt eines zweiseitigen Rechtsgeschäfts normiert wurde. Einer solchen Annahme steht Folgendes entgegen:

10.2. Der vom Gesetzgeber in den Materialien angesprochene Glücksvertrag im Sinn der §§ 1267 ff ABGB ist geprägt von der Ungewissheit über die wirtschaftlichen Auswirkungen des Vertrags (*Binder* in *Schwimann*³ § 1267 ABGB Rz 1), die bei den von § 5j KSchG erfassten Gewinnzusagen gerade nicht vorliegt, weil sie den Eindruck erwecken (müssen), dass der Verbraucher einen bestimmten Preis bereits gewonnen habe. Damit fehlt aber jedes aleatorische Element, weshalb das Zustandekommen von Glücksverträgen schon aus diesem Grund zu verneinen ist.

Abgesehen davon ist für solche Verträge in Art 7.1.13. ARB/GEN 2002 ein Risikoausschluss vorgesehen.

10.3. Bei der von § 5j KSchG erfassten Gewinnzusage (oder bei einer vergleichbaren Mitteilung) handelt es sich nicht um eine Willenserklärung des Unternehmers, weil sich dieser der Gewinnzusage nur als ein (unlauteres und wettbewerbswidriges) Werbemittel bedient,

jedoch gerade nicht die Rechtsfolge einer Verpflichtung zur Auszahlung des vermeintlichen Gewinns anstrebt. Sie bildet daher nur eine (unrichtige) Wissenserklärung.

10.4. Da der Erfüllungsanspruch nach § 5j KSchG auch jenem Verbraucher zusteht, der die Gewinnzusage als bloßes Werbemittel durchschaut hat (RIS-Justiz RS0115084 [T8]), knüpft diese Bestimmung nicht an ein Vertrauen des Verbrauchers in die Gewinnzusage des Unternehmers an. Damit scheidet aber auch eine Konstruktion einer Rechtsschein-/Vertrauenshaftung aus, die für die Annahme einer Erfüllungswirkung einer Wissenserklärung sowohl ein berechtigtes Vertrauen des Erklärungsempfängers verlangt als auch ein dadurch motiviertes nachhaltiges Disponieren im guten Glauben (*Bollenberger* in KBB² § 859 ABGB Rz 11; *Rummel* in Rummel³ § 863 ABGB Rz 4; *Apathy* in *Schwimmann*³ § 863 ABGB Rz 8; 7 Ob 173/98m; RIS-Justiz RS0014748). Davon kann hier aber keine Rede sein, weil der Erfüllungsanspruch unabhängig vom subjektiven Verständnis des Verbrauchers und unabhängig von einer allenfalls vom Unternehmer geforderten oder nur angestrebten Warenbestellung entsteht. Daher lässt sich auch auf diesem Weg ein Zustandekommen einer vertraglichen Verbindung zwischen Verbraucher und Unternehmer nicht herleiten.

10.5. Selbst wenn dem Unternehmer eine Willenserklärung unterstellt werden könnte, käme nach der Konstruktion des § 5j KSchG kein Vertrag mit dem Verbraucher zustande; diese Bestimmung sieht nämlich keine Annahme durch den Verbraucher vor, sondern lässt den Erfüllungsanspruch mit Zusendung an einen bestimmten Verbraucher (das heißt mit Zugang an diesen) entstehen, sofern die Gewinnzusage den geforderten Inhalt aufweist

(*Apathy* in *Schwimann*³ § 5j KSchG Rz 4; *Schurr* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* § 5j KSchG Rz 11; *Fenyves*, Zur Deckung von Ansprüchen nach § 5j KSchG in der Rechtsschutzversicherung, VR 2003, 89 [92], und § 5j KSchG im System des Zivilrechts, ÖJZ 2008, 297 [305]). Dem entspricht auch die Rechtsprechung des BGH (III ZR 191/03 Rz 26), der weiters ausdrücklich klarstellt, dass es zweckwidrig wäre, wollte man für die Entstehung des Anspruchs zusätzlich fordern, der Verbraucher müsse sich so verhalten wie vom Versender der Gewinnzusage wettbewerbswidrig beabsichtigt, indem der Verbraucher nämlich durch Übersendung irgendwelcher Anforderungsunterlagen die Richtigkeit seiner Anschrift und weiterer personenbezogener Daten bestätigte und außerdem noch Waren zur Ansicht bestellte; verpflichtete man den Verbraucher insoweit zur Mitwirkung, müsste die Regelung des § 661a BGB dazu führen, dass das wettbewerbswidrige Handeln des Senders der Gewinnzusage jedenfalls teilweise erfolgreich bliebe (IV ZR 4/05 Rz 28 und 29).

Dieser Rechtsansicht schließt sich der erkennende Senat auch für das österreichische Recht an, weil bei der Auslegung des § 5j KSchG dem vom Gesetzgeber mit seiner Einführung verfolgten Zweck großes Gewicht zukommt und dem Wortlaut des Gesetzes (und den Materialien dazu) das Erfordernis einer wie auch immer gearteten ausdrücklichen oder schlüssigen Annahme(-handlung) durch den Verbraucher nicht zu entnehmen ist. Das - auch in der vorliegenden - Gewinnzusage aufgestellte Erfordernis des rechtzeitigen Eingangs der Gewinnanforderung des Verbrauchers beim Unternehmer vermag daher das Entstehen des Erfüllungsanspruchs durch Zugang der entsprechenden

Gewinnzusage beim Verbraucher weder zu verhindern noch zu bewirken. Davon zu unterscheiden ist die hier nicht zu beurteilende Frage der Fälligkeit des Anspruchs.

Da das Zustandekommen eines Vertrags mindestens zwei übereinstimmende Willenserklärungen voraussetzt, der Erfüllungsanspruch aber unabhängig von jeder Aktivität des konkret angeschriebenen Verbrauchers entsteht, erweist sich die Annahme einer Vertragskonstruktion als unzulässig. Daran vermag auch die Anwendung der Unklarheitenregel nach § 915 ABGB auf die Gewinnzusage nichts zu ändern, weil diese Bestimmung nur zwei Interpretationsregeln enthält: Eine für den sich (einseitig verbindlich =) unentgeltlich Verpflichtenden, der sich eher die geringere Last aufbürdet, und eine andere für den undeutlichen Textformulierer, der die Unklarheit gegen sich gelten lassen muss (*Binder* in Schwimann³ § 915 ABGB Rz 1 und 5). Die Frage, ob die abgegebene Erklärung einer Annahme bedarf, kann durch Anwendung des § 915 ABGB aber nicht geklärt werden.

10.6. § 5j KSchG knüpft an den vorgegebenen Inhalt einer Erklärung des Unternehmers (Gewinnzusage) eine Rechtsfolge, nämlich das Entstehen eines Erfüllungsanspruchs des angesprochenen Verbrauchers, der nach dem Zweck des Gesetzes (wirksames Verhindern wettbewerbswidriger Werbemethoden) ohne Rücksicht auf den Willen und das Vertrauen der Beteiligten entstehen soll. Ob es sich dabei um eine fingierte oder normierte Willenserklärung (vgl dazu *Koziol/Welser* I13, 104; *Fenyves*, § 5j KSchG im System des Zivilrechts, *ÖJZ* 2008, 297 [305]) handelt, kann dahingestellt bleiben, weil damit jedenfalls - mangels notwendiger Mitwirkung des Verbrauchers - nur ein einseitiges Rechtsgeschäft zustandekommen kann, dessen Subsumtion

unter den Begriff „schuldrechtlicher Vertrag“ sich als völlig systemwidrig verbietet. Auch die Annahme einer - gesetzlich konstruierten - einseitigen schuldrechtlichen Verpflichtung des Unternehmers zur Erfüllung rechtfertigt also die Annahme des Zustandekommens eines Vertrags nicht.

10.7. Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass der Erfüllungsanspruch nach § 5j KSchG seiner Rechtsnatur nach nicht in einem schuldrechtlichen Vertrag zwischen dem Verbraucher und dem Unternehmer wurzelt, sondern (allenfalls) nur in einer (gesetzlich konstruierten) einseitigen schuldrechtlichen Verpflichtung des mitteilenden Unternehmers.

Dies gilt auch ungeachtet der Einordnung dieser Bestimmung in das I. Hauptstück des KSchG mit dem Titel „Besondere Bestimmungen für Verträge zwischen Unternehmen und Verbrauchern“; § 1 Abs 1 KSchG spricht nämlich ausdrücklich davon, dass dieses Hauptstück für Rechtsgeschäfte gilt, worunter nach herrschender Rechtsprechung und Lehre nicht nur Verträge, sondern auch einseitige Rechtsgeschäfte, Akte, Auslobungen, Offerte und dergleichen fallen (RIS-Justiz RS0065343).

Ein Erfüllungsanspruch nach § 5j KSchG entspricht daher nicht dem im Grundtatbestand des Allgemeinen Vertrags-Rechtsschutzes nach Art 23.2.1. erster Absatz der ARB/GEN 2002 erwähnten „schuldrechtlichen Vertrag“.

Der Hinweis der Klägerin in der Revision auf die - scheinbar gegenteilige - Entscheidung des BGH zu AZ IV ZR 4/05 geht ins Leere, weil deren Grundlage den (deutschen) ARB 94 entsprechende Versicherungsbedingungen waren, die im § 2 lit d Rechtsschutz im Vertrags- und Sachenrecht für die Wahrnehmung rechtlicher Interessen „aus

privatrechtlichen Schuldverhältnissen" gewähren (während in den ARB 75 die geschützte Interessenwahrnehmung auf schuldrechtliche Verträge beschränkt war). Deshalb stand nach den ARB 94 auch die Interessenwahrnehmung aus einseitigen und gesetzlichen Schuldverhältnissen wie zum Beispiel § 661a BGB unter Versicherungsschutz (*Stahl in Harbauer*, Rechtsschutzversicherung⁷ § 2 ARB 94/2000 Rz 8).

11. Schließlich bleibt noch der Ergänzungstatbestand des Allgemeinen Vertrags-Rechtsschutzes nach Art 23.2.1. zweiter Absatz zweiter Fall ARB/GEN 2002 zu untersuchen, bestehend in der Geltendmachung von Ansprüchen wegen bloßer Vermögensschäden aus der Verletzung vorvertraglicher Pflichten.

11.1. Mögliche Geschäftspartner treten schon mit der Kontaktaufnahme in ein beiderseitiges vorvertragliches Schuldverhältnis, das die Beteiligten insbesondere verpflichtet, einander über die Beschaffenheit der in Aussicht genommenen Leistungsgegenstände aufzuklären und Umstände mitzuteilen, die einem gültigen Vertragsabschluss entgegenstehen. Eine Verletzung dieser Verpflichtungen macht bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 1295 ABGB schadenersatzpflichtig (RIS-Justiz RS0014885). Das vorvertragliche Schuldverhältnis besteht unabhängig davon, ob es später zu einem Vertragsabschluss kommt. Es handelt sich, wenn der in Aussicht genommene Vertrag nicht zustandekommt oder als nicht zustandegekommen gilt, um ein Schuldverhältnis ohne Hauptleistungspflicht, das vor allem in Aufklärungs- und Sorgfaltspflichten besteht (RIS-Justiz RS0049409). Bei Schadenersatzverpflichtung aus dem vorvertraglichen Schuldverhältnis ist der

Vertrauensschaden (das negative Vertragsinteresse) zu ersetzen, weil vor dem Vertragsabschluss keine Erfüllungspflicht besteht und deshalb auch nicht verletzt sein kann. Der Geschädigte ist so zu stellen, wie er stünde, wenn die Pflichtverletzung nicht begangen worden wäre. Der Ersatz des Erfüllungsinteresses kommt ausnahmsweise in Betracht, wenn ohne die Pflichtverletzung der Vertrag zustandegekommen wäre (RIS-Justiz RS0016374 [T4]). Vertrauensschäden entstehen dadurch, dass jemand auf die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts oder die Richtigkeit einer Auskunft vertraut und dementsprechend seine Dispositionen trifft, das Rechtsgeschäft in Wahrheit aber nicht gültig zustandegekommen oder die Mitteilung falsch ist (4 Ob 53/98t).

11.2. Zunächst ist auch an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass seitens der Klägerin der Eintritt irgendeines konkreten Vermögensschadens wegen Dispositionen als Folge der Gewinnzusage gar nicht behauptet wurde.

11.3. Unabhängig davon dienen Gewinnzusagen im Sinn des § 5j KSchG zwar zweifellos der Anbahnung von Kaufverträgen über die in der Regel gleichzeitig in Katalogen angebotenen Waren; allerdings gewährt § 5j KSchG einen Erfüllungsanspruch, der bereits durch den Zugang einer Gewinnzusage bestimmten Inhalts an einen konkreten Verbraucher unabhängig davon entsteht, ob der Verbraucher auf den (vermeintlichen) Inhalt dieser Mitteilung vertraut oder nicht. Unter diesen Prämissen verbietet sich aber die Herleitung dieses Anspruchs aus einer Schadenersatzpflicht wegen Verletzung vorvertraglicher Pflichten, die ihre Grundlage im zu schützenden Vertrauen unter anderem auf die Richtigkeit einer Auskunft hat. Eine Vertrauenshaftung ohne

Vertrauen ist nämlich ein Widerspruch in sich (*Fenyves*, § 5j KSchG im System des Zivilrechts, ÖJZ 2008, 297 [305]).

11.4. Es vermag auch die Idee eines (pauschalierten) Schadenersatzes in Gestalt des Erfüllungsinteresses nicht zu überzeugen: Zum einen ist nämlich ein Vermögensnachteil eines angeschriebenen Verbrauchers allenfalls nur durch Dispositionen im Vertrauen auf die Gewinnzusage denkbar, also der Eintritt eines sogenannten Vertrauensschadens; zum anderen kommt zwar auch bei der Verletzung vorvertraglicher Pflichten unter Umständen der Ersatz des Erfüllungsinteresses in Frage, aber nur dann, wenn ohne die Pflichtverletzung (hier: ohne wettbewerbswidrige Gewinnzusage) der Vertrag zustandegekommen wäre. Ohne wettbewerbswidrige Gestaltung der Gewinnzusage wäre hier zwar allenfalls ein Kaufvertrag über Waren aus dem Versandkatalog des Unternehmers zustandegekommen, dessen Anspruch auf Erfüllung nur die bestellten Waren betreffen kann; keinesfalls wäre aber eine Vereinbarung über die Auszahlung des „zugesagten“ Gewinns an den Verbraucher getroffen worden. Ein Anspruch des Verbrauchers auf den Gewinn als Erfüllungsinteresse lässt sich daher auch auf diese Weise nicht rechtfertigen.

Im Übrigen verwischen sowohl die Pauschalierung des möglichen Vertrauensschadens wegen bloßer Gefährdung des Vermögens in Höhe des Erfüllungsinteresses als auch die Annahme einer „Konkretisierung/Präzisierung“ des vorvertraglichen Schuldverhältnisses durch Schaffung der Pflicht zur Leistung des Erfüllungsinteresses in systemwidriger Weise nicht nur den Unterschied zwischen dem positiven und dem negativen Interesse; damit geht auch jeder Konnex zur - allen

Schadenersatzverpflichtungen immanenten - Notwendigkeit eines Schadenseintritts in systemwidriger Weise verloren.

11.5. Der Hinweis in der Revision darauf, dass „man auch bei den Vergabevorschriften [...] im Ergebnis bei Verstößen auf den Ersatz des Erfüllungsinteresses" komme, spricht offensichtlich § 338 Abs 1 Satz 2 BVergG 2006 (= § 181 Abs 1 Satz 2 BVergG 2002) an, der dem übergangenen Bestbieter (alternativ neben Vertrauensschäden) auch den Ersatz des Nichterfüllungsschadens zugesteht (*Karner* in *KBB*² § 1293 ABGB Rz 12). Allerdings ist die Situation des übergangenen Bestbieters durchaus mit jener vergleichbar, die besteht, wenn ohne Pflichtverletzung ein Vertrag zustandegekommen wäre. Dieser Verweis betrifft daher keinen mit einer Gewinnzusage nach § 5j KSchG vergleichbaren Fall.

11.6. Zutreffend ist die Meinung der Revision, der österreichischen Rechtsordnung sei die Pauschalierung von Schadenersatz nicht fremd, zum Beispiel in § 87 Abs 3 UrhG oder im Zusammenhang mit der Konventionalstrafe. Letztere setzt allerdings eine „besondere Übereinkunft" nach § 1336 Abs 1 ABGB voraus, hat ihre Grundlage also in einem zweiseitigen Vertrag, der im Fall einer Gewinnzusage nach § 5j KSchG nicht vorliegt. Die Bestimmung des § 87 UrhG trägt die Überschrift „Anspruch auf Schadenersatz und Herausgabe des Gewinns" und regelt in seinem Abs 3 ausdrücklich den Ersatz schuldhaft zugefügter Vermögensschäden. Sie ist daher schon von ihrer Einordnung her und nach ihrem Inhalt zweifellos eine gesetzliche Haftpflichtbestimmung privatrechtlichen Inhalts, was aber auf § 5j KSchG nicht zutrifft.

12. Eine strenge juristisch-dogmatische Einordnung von Gewinnansprüchen nach § 5j KSchG führt

also zum Ergebnis, dass mit der Verfolgung eines derartigen Erfüllungsanspruchs gar kein erlittener Vermögensschaden geltend gemacht wird und § 5j KSchG keine gesetzliche Haftpflichtbestimmung privatrechtlichen Inhalts bildet; es verbietet sich auch die Annahme eines schuldrechtlichen Vertrags zwischen Verbraucher und Unternehmer als rechtsdogmatische Grundlage für den Erfüllungsanspruch des § 5j KSchG. Die von jedem Schadenseintritt und auch von jedem Vertrauen des Verbrauchers auf den Inhalt der Gewinnzusage unabhängige Normierung dieses Erfüllungsanspruchs lässt es auch nicht zu, diesen als Anspruch aus der Verletzung vorvertraglicher Pflichten anzusehen.

Dennoch ist nach Ansicht des erkennenden Senats der Schluss nicht gerechtfertigt, die Verfolgung des Erfüllungsanspruchs der Klägerin nach § 5j KSchG falle nicht unter die von Paul R***** mit der Beklagten vereinbarte Rechtsschutzdeckung:

13.1.1. Den vorliegenden Rechtsstreit entscheidet die Auslegung der unter Punkt 6.1. wiedergegebenen Klauseln der zugrunde liegenden ARB/GEN 2002. Allgemeine Versicherungsbedingungen sind nach ständiger Rechtsprechung nach den Grundsätzen der Vertragsauslegung (§§ 914, 915 ABGB) auszulegen, und zwar orientiert am Maßstab des durchschnittlich verständigen Versicherungsnehmers und stets unter Berücksichtigung des erkennbaren Zwecks einer Bestimmung (RIS-Justiz RS0050063; RS0112256). Es findet deshalb auch die Unklarheitenregelung des § 915 ABGB Anwendung, Unklarheiten gehen daher zu Lasten der Partei, von der die diesbezüglichen Formulierungen stammen, das heißt im Regelfall zu Lasten des Versicherers (RIS-Justiz RS0050063

[T3]). Die Klauseln sind, wenn sie - wie auch hier mangels gegenteiliger Behauptungen anzunehmen ist - nicht Gegenstand und Ergebnis von Vertragsverhandlungen waren, objektiv unter Beschränkung auf den Wortlaut auszulegen (RIS-Justiz RS0008901).

13.1.2. Nach *Fenyves* (Zur Deckung von Ansprüchen nach § 5j KSchG in der Rechtsschutzversicherung, VR 2003, 89 [93]) haben Rechtsbegriffe, wie etwa „Vertrag“ etc, in der Rechtssprache eine bestimmte Bedeutung und sind daher in diesem Sinn auszulegen; das wurde auch schon in der Rechtsprechung zum Begriff des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung vertreten (7 Ob 32/87 = VersE 1342) und ist grundsätzlich in der Rechtsschutzversicherung aufrecht zu erhalten. Allerdings kann dieser Grundsatz nur dann zur Anwendung kommen, wenn den zu beurteilenden Rechtsinstituten nach herrschender Ansicht ein unstrittiger Inhalt beigemessen wird und sie deshalb in der Rechtssprache eine einvernehmliche Bedeutung haben. Dementsprechendes hat nicht nur für die in den Allgemeinen Versicherungsbedingungen verwendeten Rechtsbegriffe zu gelten, sondern auch für jene Rechtsinstitute, die bei der Prüfung, ob - wie zum Beispiel hier - Deckung in den vereinbarten Rechtsschutzbausteinen besteht, unter die Allgemeinen Versicherungsbedingungen subsumiert werden müssen.

13.2. Für den - in den ARB/GEN 2002 nicht erwähnten - Erfüllungsanspruch nach § 5j KSchG fehlt aber eine unstrittige Qualifizierung seiner Rechtsnatur, wie eindrucksvoll die dargestellten unterschiedlichen Ansichten in der österreichischen und deutschen Lehre sowie Rechtsprechung zeigen (vgl Punkt 2.4. bis 5.2.). Dem Rechtsbegriff „Erfüllungsanspruch nach § 5j KSchG“ kommt

nicht einmal in der Rechtssprache eine einvernehmliche Bedeutung zu. Ein durchschnittlich versierter Versicherungsnehmer durfte daher davon ausgehen, dass die Durchsetzung einer solchen Gewinnzusage (oder einer vergleichbaren Mitteilung) von den vereinbarten Rechtsschutz-Bausteinen umfasst ist. Jedenfalls ist einem durchschnittlich versierten Versicherungsnehmer zuzugestehen, die Befolgung der Aufforderung in einer (verpönten) Gewinnzusage, den Gewinn innerhalb bestimmter Frist anzufordern, auch als Annahme des vom Unternehmer angebotenen Gewinns anzusehen und so (laienhaft und in Unkenntnis diffiziler juristischer Unterscheidungen) von einem Abschluss eines „schuldrechtlichen Vertrags“ im Sinn des Art 23.2.1. ARB/GEN 2002 zwischen zusehendem Unternehmer und anforderndem Verbraucher auszugehen. Dies gilt unter anderem auch deshalb, weil bis zum Vertragsbeginn der durch Paul R***** abgeschlossenen Rechtsschutzversicherung (1. 1. 2005) nur eine einzige veröffentlichte Kommentarmeinung zur neu geschaffenen Bestimmung des § 5j KSchG in Österreich vorlag, und zwar jene von *Krejci* (in Rummel³ [2002] § 5j KSchG Rz 6 ff), der (auch) einen vertraglichen Gewinnanspruch für möglich hielt und diesen letztlich präferierte (vgl Punkt 2.4.1.). Eine Beurteilung von Lehrmeinungen zu einem vom Gesetzgeber in Gestalt einer klassischen Anlassgesetzgebung neu normierten Rechtsinstitut kann aber von einem durchschnittlich versierten Versicherungsnehmer ebenso wenig verlangt werden, wie dessen Prognose zur (höchstgerichtlichen) Rechtsprechung dazu. Dass für die Durchsetzung eines Erfüllungsanspruchs nach § 5j KSchG Rechtsschutzdeckung besteht, war daher für einen durchschnittlich versierten Versicherungsnehmer - mangels

eindeutiger Klarstellung der Rechtslage durch Lehre und Rechtsprechung - im Zusammenhang mit einer rechtsgeschäftlichen Kontaktaufnahme anzunehmen.

Im Übrigen gehen Unklarheiten nach ständiger Rechtsprechung im Sinn des § 915 ABGB zu Lasten des Versicherers. Es war ja die Beklagte, die die ARB/GEN 2002 formulierte, ohne jede (gebotene) Klarstellung zu der bereits mit 1. 10. 1999 in Kraft gesetzten Bestimmung des § 5j KSchG vorzunehmen, obwohl deren rechtliche Qualifikation schon vom Beginn ihrer Geltung an zu völlig unterschiedlichen Standpunkten führte.

13.3. Es ist daher - ungeachtet der dogmatischen Unmöglichkeit, den vom Gesetzgeber vor allem mit wettbewerbspolitischer Zielsetzung geschaffenen Erfüllungsanspruch nach § 5j KSchG einem der in den vereinbarten Rechtsschutz-Bausteinen genannten Rechtsinstituten exakt zuzuordnen - anzunehmen, dass für den Anspruch der Klägerin auf Erfüllung der am 7. 8. 2005 erhaltenen Gewinnzusage nach § 5j KSchG nach dem hier zu beurteilenden Rechtsschutzversicherungsvertrag einschließlich der ARB/GEN 2002 Deckung besteht.

14. Es bedarf daher der Prüfung der von der Beklagten geltend gemachten eingeschränkten Erfolgsaussichten der Einklagung des Erfüllungsanspruchs nach § 5j KSchG im Sinn des Art 9.2.2. ARB/GEN 2002.

14.1. Die dafür relevanten Bestimmungen der ARB/GEN 2002 lauten:

„Artikel 9

Wann und wie hat der Versicherer zum Deckungsanspruch des Versicherungsnehmers Stellung zu nehmen ?

[...]

2. Der Versicherer hat das Recht, jederzeit Erhebungen über den mutmaßlichen Erfolg der Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung anzustellen. Kommt er nach Prüfung des Sachverhalts, unter Berücksichtigung der Rechts- und Beweislage zum Ergebnis,

2.1. dass hinreichende Aussicht besteht, in einem Verfahren im angestrebten Umfang zu obsiegen, hat er sich zur Übernahme aller Kosten nach Maßgabe des Artikels 6 (Versicherungsleistungen) bereit zu erklären;

2.2. dass diese Aussicht auf Erfolg nicht hinreichend ist, das heißt ein Unterliegen in einem Verfahren wahrscheinlicher ist als ein Obsiegen, ist er berechtigt, die Übernahme der an die Gegenseite zu zahlenden Kosten abzulehnen;

2.3. dass erfahrungsgemäß keine Aussicht auf Erfolg besteht, hat er das Recht, die Kostenübernahme zur Gänze abzulehnen."

14.2. Nach ständiger Rechtsprechung ist in der Rechtsschutzversicherung bei der Beurteilung der Erfolgsaussichten kein strenger Maßstab anzuwenden (RIS-Justiz RS0081929). Die Beurteilung der Erfolgsaussichten ist aufgrund einer Prognose nach dem im Zeitpunkt vor Einleitung des Haftpflichtprozesses vorliegenden Erhebungsmaterial vorzunehmen (SZ 68/122 = 7 Ob 13/95). Im Deckungsprozess kommt eine Vorwegnahme der Beweiswürdigung und des Ergebnisses des Haftpflichtprozesses bei Beurteilung der Erfolgsaussichten grundsätzlich nicht in Betracht (RIS-Justiz RS0081927 [T1]). In der Entscheidung 7 Ob 42/02s führte der Oberste Gerichtshof aus, dem Versicherungsnehmer werde vom Rechtsschutzversicherer die uneingeschränkte Deckung immer dann zu bestätigen sein, wenn der Versicherungsnehmer bei

Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen des § 63 Abs 1 ZPO vom Gericht für die von ihm beabsichtigte Prozessführung Verfahrenshilfe bewilligt erhalten würde. Bei der Beurteilung der Erfolgsaussicht sei insofern kein strenger Maßstab anzulegen, als die Aussicht auf einen Verfahrenserfolg ähnlich wie bei der Verfahrenshilfe mit einer gewissen, wenn auch nicht allzu großen Wahrscheinlichkeit gegeben sein müsse.

14.3. Unter dieser Prämisse ist die Erfolgsaussicht der von der Klägerin beabsichtigten Klagsführung zu untersuchen.

Dazu ist zunächst auf die eingangs wiedergegebenen Feststellungen zum Inhalt und zur äußeren Erscheinung der von der Klägerin erhaltenen Gewinnzusage Bedacht zu nehmen: Danach durfte der angesprochene Verbraucher (also die Klägerin) aufgrund der unklaren, verwirrenden oder sogar bewusst missverständlichen Gestaltung der Zusendung einen Gewinn zumindest ernstlich für möglich halten. Klarheit, dass der Gewinner eines Preisausschreibens erst in einer Ziehung oder auf andere Weise ermittelt werden muss, besteht keinesfalls, weil der einzige Hinweis darauf auf der Rückseite des eine vorgedruckte Bestellung enthaltenden (und damit die Gewinnabsicht dokumentierenden) „Anforderungs-Formulars“ am unteren Ende nur im Kleingedruckten zu finden ist. Angesichts der bereits dargestellten Rechtsprechung zu § 5j KSchG (vgl Punkt 5.1.) besteht kein Anlass, an der hinreichenden Aussicht des Erfolgs einer Klage gegen die D***** Versand S.L. auf Erfüllung der von der Klägerin am 7. 8. 2005 erhaltenen Gewinnzusage zu zweifeln. Das Verlangen der Beklagten nach Beschränkung der Deckungspflicht im Sinn des Art 9.2.2. ARB/GEN 2002 auf die Kosten der Klägerin erweist sich

deshalb als nicht gerechtfertigt. Vielmehr hat die Beklagte volle Deckung nach Art 9.2.1. ARB/GEN 2002 zu gewähren.

Der - im Ergebnis - berechtigten Revision ist daher durch Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils über das vom Erstgericht präzisierte und ausreichend bestimmte Hauptklagebegehren Folge zu geben, sodass sich ein Eingehen auf das Eventualbegehren erübrigt.

15. Zum von der Beklagten (ohnehin nur) in der Berufung gerügten Verstoß des Erstgerichts gegen § 405 ZPO durch die Umformulierung des Klagebegehrens genügt der Hinweis, dass diese behauptete Mangelhaftigkeit vom Berufungsgericht ausdrücklich und mit eingehender Begründung verneint wurde. Dem Obersten Gerichtshof ist daher eine neuerliche Prüfung verwehrt (*Zechner in Fasching/Konecny*² § 503 ZPO Rz 34 und 121; RIS-Justiz RS0043061 [T7 und T14]; RS0042963 [T53]).

16. Die Revision erweist sich daher als erfolgreich, weshalb die Beklagte der Klägerin gemäß §§ 50, 41 ZPO die richtig verzeichneten Kosten der beiden Rechtsmittelverfahren zu ersetzen hat.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 2. Juli 2008

Dr. H u b e r

Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: