SCHLUSSANTRÄGE DER GENERALANWÄLTIN VERICA TRSTENJAK

vom 11. September 2008 [1]

I — Einleitung

1. Die Fragen, die das vorlegende Gericht in dieser Rechtssache stellt, betreffen die Auslegung der Bestimmungen der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (im Folgenden: Verordnung Nr. 44/2001) [2], die sich auf die Zuständigkeit für Verbrauchersachen beziehen; genauer gesagt, geht es darum, ob sich die gerichtliche Zuständigkeit für den Anspruch eines Verbrauchers auf Auszahlung eines ihm von einem Unternehmen scheinbar zugesagten Gewinns nach diesen Bestimmungen richtet. Der Gerichtshof hat über die gerichtliche Zuständigkeit in Fällen, in denen der Verbraucher gegen einen in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Verkäufer Klage auf Auszahlung eines scheinbar zugesagten Gewinns erhoben hat, bereits im Rahmen der Auslegung des Übereinkommens vom 27. September 1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen [3] (im Folgenden: Brüsseler Übereinkommen) [4] entschieden. Im Rahmen der Auslegung der Verordnung Nr. 44/2001 hat der Gerichtshof diese Frage hingegen noch nicht entschieden [5].

2. Die vorliegende Rechtssache wirft somit die Frage nach der Kontinuität der Auslegung im Verhältnis zwischen dem Brüsseler Übereinkommen und der Verordnung Nr. 44/2001 auf. Die Verordnung Nr. 44/2001 wurde zur Gewährleistung des freien Verkehrs der Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen

1 — Originalsprache: Slowenisch.

2 — ABl. 2001, L 12, S. 1.

3 — Übereinkommen vom 27. September 1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (ABl. 1972, L 299, S. 32), geändert durch das Übereinkommen vom 9. Oktober 1978 über den Beitritt des Königreichs Dänemark, Irlands und des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland (ABl. L 304, S. 1 und — geänderte Fassung — S. 77), das Übereinkommen vom 25. Oktober 1982 über den Beitritt der Republik Griechenland (ABl. L 388, S. 1), das Übereinkommen vom 26. Mai 1989 über den Beitritt des Königreichs Spanien und der Portugiesischen Republik (ABl. L 285, S. 1) sowie das Übereinkommen vom 29. November 1996 über den Beitritt der Republik Österreich, der Republik Finnland und des Königreichs Schweden (ABl. 1997, C 15, S. 1).

4 — Urteile vom 11. Juli 2002, Gabriel (C-96/00, Slg. 2002, I-6367), und vom 20. Januar 2005, Engler (C-27/02, Slg. 2005, I-481).

5 — Eine der in der Rechtssache Kapferer (C-234/04, Urteil vom 16. März 2006, Slg. 2006, I-2585) vorgelegten Fragen, die allerdings nur hilfsweise gestellt wurde, gleicht inhaltlich der in der vorliegenden Rechtssache gestellten Frage. Da der Gerichtshof im Urteil Kapferer die erste Vorlagefrage — ob eine Pflicht zur Überprüfung einer rechtskräftig gewordenen gerichtlichen Entscheidung besteht, wenn sich zeigt, dass diese gegen Gemeinschaftsrecht verstößt — verneint hat, hat er die hilfsweise gestellte Frage nach der Zuständigkeit für Ansprüche auf einen scheinbar zugesagten Gewinn nicht beantwortet (Randnr. 25).

erlassen und trat am 1. März 2002 in den Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten mit Ausnahme Dänemarks [6] an die Stelle des Brüsseler Übereinkommens. Mit Inkrafttreten der Verordnung Nr. 44/2001 erlangte daher auch die Frage Bedeutung, ob diese Verordnung und das Brüsseler Übereinkommen völlig gleich auszulegen sind oder ob bei der Auslegung Unterschiede gemacht werden können.

3. Die Vorlagefragen werden im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen R. Ilsinger, einer österreichischen Staatsangehörigen mit Wohnsitz in Österreich, und dem Versandhandelsunternehmen Schlank & Schick GmbH mit Sitz in Aachen (Deutschland) gestellt, in dem R. Ilsinger auf Auszahlung eines Gewinns klagt, den ihr die Schlank & Schick GmbH scheinbar zugesagt haben soll.

6 — Nach den Art. 1 und 2 des Protokolls über die Position Dänemarks, das dem Vertrag über die Europäische Union und dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft beigefügt ist (ABl. 2006, C 321E, S. 201), beteiligt sich Dänemark nicht an der Annahme von Maßnahmen durch den Rat nach Titel IV des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft. Vorschriften dieses Titels, nach diesem Titel beschlossene Maßnahmen, Vorschriften internationaler Übereinkünfte, die von der Gemeinschaft nach diesem Titel geschlossen werden, sowie Entscheidungen des Gerichtshofs, in denen solche Vorschriften oder Maßnahmen ausgelegt werden, sind für Dänemark nicht bindend oder anwendbar. Wie aus dem 21. Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 44/2001 hervorgeht, hat sich Dänemark deshalb nicht an der Annahme dieser Verordnung beteiligt, die daher für Dänemark nicht bindend und ihm gegenüber nicht anwendbar ist. Nach dem 22. Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 44/2001 ist in den Beziehungen zwischen Dänemark und den durch diese Verordnung gebundenen Mitgliedstaaten weiterhin das Brüsseler Übereinkommen anzuwenden.

II — Rechtlicher Rahmen

A — *Gemeinschaftsrecht*

4. Der 13. Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 44/2001 lautet:

„Bei Versicherungs-, Verbraucher- und Arbeitssachen sollte die schwächere Partei durch Zuständigkeitsvorschriften geschützt werden, die für sie günstiger sind als die allgemeine Regelung.“

5. Der 19. Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 44/2001 lautet:

„Um die Kontinuität zwischen dem Brüsseler Übereinkommen und dieser Verordnung zu wahren, sollten Übergangsvorschriften vorgesehen werden. Dies gilt auch für die Auslegung der Bestimmungen des Brüsseler Übereinkommens durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften. Ebenso sollte das Protokoll von 1971 auf Verfahren, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Verordnung bereits anhängig sind, anwendbar bleiben.“

6. Art. 2 Abs. 1 der Verordnung Nr. 44/2001, der unter der Überschrift „Allgemeine Vorschriften“ steht, bestimmt:

„Vorbehaltlich der Vorschriften dieser Verordnung sind Personen, die ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats haben, ohne Rücksicht auf ihre Staatsangehörigkeit vor den Gerichten dieses Mitgliedstaats zu verklagen.“

7. Art. 5 Nr. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 44/2001, der unter der Überschrift „Besondere Zuständigkeiten“ steht, bestimmt:

„Eine Person, die ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats hat, kann in einem anderen Mitgliedstaat verklagt werden:

1. a) wenn ein Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag den Gegenstand des Verfahrens bilden, vor dem Gericht des Ortes, an dem die Verpflichtung erfüllt worden ist oder zu erfüllen wäre;

…“

8. Art. 15 Abs. 1 der Verordnung Nr. 44/2001, der unter der Überschrift „Zuständigkeit bei Verbrauchersachen“ steht, bestimmt:

„Bilden ein Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag, den eine Person, der Verbraucher, zu einem Zweck geschlossen hat, der nicht der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit dieser Person zugerechnet werden kann, den Gegenstand des Verfahrens, so bestimmt sich die Zuständigkeit unbeschadet des Artikels 4 und des Artikels 5 Nummer 5 nach diesem Abschnitt,

a) wenn es sich um den Kauf beweglicher Sachen auf Teilzahlung handelt,

b) wenn es sich um ein in Raten zurückzuzahlendes Darlehen oder ein anderes Kreditgeschäft handelt, das zur Finanzierung eines Kaufs derartiger Sachen bestimmt ist, oder

c) in allen anderen Fällen, wenn der andere Vertragspartner in dem Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet der Verbraucher seinen Wohnsitz hat, eine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit ausübt oder eine solche auf irgendeinem Wege auf diesen Mitgliedstaat oder auf mehrere Staaten, einschließlich dieses Mitgliedstaats, ausrichtet und der Vertrag in den Bereich dieser Tätigkeit fällt."

9. Art. 16 Abs. 1 der Verordnung Nr. 44/2001 bestimmt:

„Die Klage eines Verbrauchers gegen den anderen Vertragspartner kann entweder vor den Gerichten des Mitgliedstaats erhoben werden, in dessen Hoheitsgebiet dieser Vertragspartner seinen Wohnsitz hat, oder vor dem Gericht des Ortes, an dem der Verbraucher seinen Wohnsitz hat."

B — *Brüsseler Übereinkommen*

10. Art. 13 Abs. 1 des Brüsseler Übereinkommens bestimmt:

„Für Klagen aus einem Vertrag, den eine Person zu einem Zweck abgeschlossen hat, der nicht der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit dieser Person (Verbraucher) zugerechnet werden kann, bestimmt sich die Zuständigkeit, unbeschadet des Artikels 4 und des Artikels 5 Nummer 5, nach diesem Abschnitt,

1. wenn es sich um den Kauf beweglicher Sachen auf Teilzahlung handelt,

2. wenn es sich um ein in Raten zurückzuzahlendes Darlehen oder ein anderes Kreditgeschäft handelt, das zur Finanzierung eines Kaufs derartiger Sachen bestimmt ist, oder

3. für andere Verträge, wenn sie die Erbringung einer Dienstleistung oder die Lieferung beweglicher Sachen zum Gegenstand haben, sofern

   a) dem Vertragsabschluss in dem Staat des Wohnsitzes des Verbrauchers ein ausdrückliches Angebot oder eine Werbung vorausgegangen ist und

   b) der Verbraucher in diesem Staat die zum Abschluss des Vertrages erforderlichen Rechtshandlungen vorgenommen hat."

C — *Österreichisches Recht*

11. § 5j des Konsumentenschutzgesetzes [7] (im Folgenden: KSchG) bestimmt:

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

III — Sachverhalt, Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

12. R. Ilsinger, eine österreichische Staatsangehörige mit Wohnsitz in Österreich, empfing im August 2002 ein Kuvert des Versandhandelsunternehmens Schlank & Schick GmbH (im Folgenden: Schlank & Schick), das seinen Sitz in Aachen (Deutschland) hat. Das Kuvert mit den Aufschriften „Wichtige

7 — Bundesgesetz vom 8. März 1979, mit dem Bestimmungen zum Schutz der Verbraucher getroffen werden (Konsumentenschutzgesetz — KSchG) (BGBl. 1979/140), in geänderter Fassung.

Unterlagen! Bitte sofort öffnen“ und „Persönlich“ enthielt eine an R. Ilsinger persönlich adressierte Benachrichtigung über einen Gewinn von 20 000 Euro. In der Gewinnbenachrichtigung hieß es, dass R. Ilsinger den Preis gewonnen habe, wenn sie „die gewinnberechtigte Identifikationsnummer“ habe und wenn sie den Kupon mit der Identifikationsnummer auf das Gewinn-Anforderungs-Zertifikat klebe und dieses innerhalb von sieben Tagen bei Schlank & Schick eingehe. Aus der Gewinnbenachrichtigung ging ferner hervor, dass der Gewinnanspruch nicht von einer Warenbestellung abhing. R. Ilsinger klebte den Kupon mit der Identifikationsnummer auf das Gewinn-Anforderungs-Zertifikat und sandte dieses an Schlank & Schick.

13. Weil sie von Schlank & Schick den Gewinn nicht erhielt, erhob R. Ilsinger im Dezember 2002 beim Landesgericht St. Pölten, dem Gericht des Ortes, an dem sie ihren Wohnsitz hat, gestützt auf § 5j KSchG in Verbindung mit Art. 16 Abs. 1 der Verordnung Nr. 44/2001, eine Klage gegen dieses Unternehmen, mit der sie die Auszahlung des Gewinns begehrte. Schlank & Schick erhob in dem Verfahren die Einrede der Unzuständigkeit des österreichischen Gerichts. Das Landesgericht St. Pölten wies mit Entscheidung vom 15. Juni 2004 sowohl die Einrede der Unzuständigkeit als auch das Klagebegehren ab.

14. Gegen die Entscheidung des Landesgerichts St. Pölten legten beide Parteien Rechtsmittel beim vorlegenden Gericht, dem Oberlandesgericht Wien, ein. Dieses führt im Vorlagebeschluss aus, der Gerichtshof habe in seiner Rechtsprechung zu Art. 13 Abs. 1 des Brüsseler Übereinkommens bereits entschieden, dass Voraussetzung für die Anwendung dieses Artikels der tatsächliche Abschluss eines Vertrags über den Kauf einer beweglichen Sache oder die Erbringung einer Dienstleistung sei. Nach Ansicht des vorlegenden Gerichts ist Art. 15 Abs. 1 der Verordnung Nr. 44/2001 jedoch weiter gefasst als Art. 13 Abs. 1 des Brüsseler Übereinkommens, weshalb nicht sicher sei, ob auch für diesen Artikel die Auslegung zu gelten habe, die der Gerichtshof für Art. 13 Abs. 1 des Brüsseler Übereinkommens entwickelt habe. Eine Zuständigkeit der österreichischen Gerichte nach Art. 5 Nr. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 44/2001 sei nicht gegeben, obwohl dafür kein Vertragsschluss erforderlich sei, denn Erfüllungsort für Geldschulden sei sowohl nach österreichischem als auch nach deutschem Recht der Ort, an dem der Schuldner seinen Wohnsitz habe, hier also Deutschland.

15. Aus den Sachverhaltsangaben des vorlegenden Gerichts geht nicht eindeutig hervor, ob R. Ilsinger zusammen mit der Versendung des Gewinn-Anforderungs-Zertifikats eine Testbestellung aufgegeben hat. R. Ilsinger macht geltend, dass dies der Fall sei, während Schlank & Schick dies bestreitet und vorträgt, dass es von R. Ilsinger keine Bestellung erhalten habe. Laut vorlegendem Gericht hat das Landesgericht St. Pölten in den Gründen der Entscheidung, mit der es die

Einrede der Unzuständigkeit und das Klagebegehren von R. Ilsinger abgewiesen hat, ausgeführt, dass der Gewinn nicht von einer Warenbestellung abhängig gemacht worden sei und dass daher die Frage, ob R. Ilsinger zusammen mit dem Gewinnabruf eine Testbestellung getätigt habe, nicht erheblich sei.

16. Vor diesem Hintergrund hat das vorlegende Gericht mit Beschluss vom 29. März 2006 das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof gemäß den Art. 68 EG und 234 EG folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Ist der in § 5j des österreichischen Konsumentenschutzgesetzes (KSchG), BGBl 1979/140, in der Fassung des Art I Z 2 des österreichischen Fernabsatz-Gesetzes, BGBl I 1999/185, den Verbrauchern eingeräumte Anspruch, von Unternehmern den scheinbar gewonnenen Preis gerichtlich einfordern zu können, wenn Letztere Gewinnzusagen oder andere vergleichbare Mitteilungen an bestimmte Verbraucher senden (gesendet haben) und durch die Gestaltung dieser Zusendungen den Eindruck erwecken (erweckt haben), dass der Verbraucher einen bestimmten Preis gewonnen habe, ohne dass der Gewinnabruf von einer Warenbestellung oder auch nur einer Testbestellung abhängig gemacht wurde und auch keine Warenbestellung erfolgte, jedoch der Gewinn vom Mitteilungsempfänger abgerufen wird, im Sinne der Verordnung Nr. 44/2001 ein vertraglicher, oder diesem gleichgestellter, Anspruch nach Art. 15 Abs. 1 Buchst. c dieser Verordnung?

Für den Fall der Verneinung der Frage 1:

2. Liegt ein Anspruch im Sinne des Art 15 Abs. 1 Buchst. c der Verordnung Nr. 44/2001 vor, wenn der Gewinnauszahlungsanspruch wohl nicht von einer Warenbestellung abhängig gemacht wurde, der Mitteilungsempfänger jedoch Waren bestellt hat?

IV — Verfahren vor dem Gerichtshof

17. Der Vorlagebeschluss ist am 7. April 2006 beim Gerichtshof eingegangen. Im schriftlichen Verfahren haben die österreichische, die tschechische, die italienische, die slowenische und die spanische Regierung sowie die Kommission Erklärungen eingereicht. In der Sitzung vom 3. Juli 2008 haben der Insolvenzverwalter von Schlank & Schick, die österreichische, die tschechische und die spanische Regierung sowie die Kommission mündliche Ausführungen gemacht und Fragen des Gerichtshofs beantwortet.

V — Vorbringen der Beteiligten

A — *Erste Vorlagefrage*

18. Die Ausführungen der Beteiligten zur ersten Vorlagefrage lassen sich grob in zwei Gruppen einteilen. Einige der Beteiligten sind der Ansicht, dass der Verbraucheranspruch aus § 5j KSchG kein Anspruch aus einem Vertrag im Sinne von Art. 15 Abs. 1 Buchst. c der Verordnung Nr. 44/2001 sei; andere Beteiligte hingegen halten den Verbraucheranspruch aus dem österreichischen Gesetz für einen Anspruch aus einem Vertrag gemäß der Verordnung Nr. 44/2001. Die Kommission hat in ihren schriftlichen Erklärungen den erstgenannten Standpunkt vertreten, in der Sitzung aber erklärt, dass sie auch den zweitgenannten Standpunkt für vertretbar halte.

19. Nach Auffassung der *Kommission* — in ihren schriftlichen Erklärungen — sowie der *slowenischen Regierung* und des *Insolvenzverwalters von Schlank & Schick* ist Art. 15 Abs. 1 Buchst. c der Verordnung Nr. 44/2001 genauso auszulegen wie Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 des Brüsseler Übereinkommens, auch wenn die beiden Bestimmungen nicht völlig gleichlautend sind.

20. Die *Kommission* und die *slowenische Regierung* betonen in ihren schriftlichen Erklärungen, dass sich dies bereits aus dem Wortlaut von Art. 15 der Verordnung Nr. 44/2001 ergebe, da sich sowohl der Einleitungssatz von Abs. 1 als auch Buchst. c dieses Absatzes nur auf Fälle bezögen, in denen der Verbraucher einen Vertrag mit dem anderen Vertragspartner *geschlossen habe*. Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 des Brüsseler Übereinkommens beziehe sich zwar nur auf Verträge, die die Erbringung einer Dienstleistung oder die Lieferung beweglicher Sachen zum Gegenstand hätten, während Art. 15 Abs. 1 Buchst. c der Verordnung Nr. 44/2001 auch „*in allen anderen Fällen*“ anzuwenden sei, „wenn der andere Vertragspartner … eine berufliche oder gewerbliche

Tätigkeit ausübt". Auch in den anderen Fällen des Art. 15 Abs. 1 Buchst. c der Verordnung Nr. 44/2001 müsse der Vertrag zwischen dem Verbraucher und dem anderen Vertragspartner jedoch *geschlossen worden sein*. Sowohl die Kommission als auch die slowenische Regierung berufen sich in ihren schriftlichen Erklärungen auf die Auffassung, die Generalanwalt Tizzano in dieser Frage in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache Kapferer [8] vertreten hat, in denen er in Nr. 54 unterstrichen hat, dass die Änderungen in Art. 15 der Verordnung Nr. 44/2001 ausschließlich den sachlichen Geltungsbereich der Bestimmungen über die Verbraucherverträge betroffen hätten und in keiner Weise das Erfordernis des Abschlusses eines Vertrags berührten.

21. Auch der *Insolvenzverwalter von Schlank & Schick* hat in der Sitzung vorgetragen, dass er der Ansicht zustimme, die Generalanwalt Tizzano in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache Kapferer vertreten habe. Art. 15 Abs. 1 Buchst. c der Verordnung Nr. 44/2001 sei anders gefasst worden als Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 des Brüsseler Übereinkommens, um auch über das Internet geschlossene Verträge in den Anwendungsbereich dieser Bestimmung der Verordnung einzubeziehen. Art. 15 der Verordnung betreffe nur synallagmatische Verträge, in deren Rahmen beide Vertragspartner Verpflichtungen eingingen. Wenn der Verbraucher keinerlei Verpflichtung eingehe, brauche er nicht über die Möglichkeit zu verfügen, in dem Mitgliedstaat Klage zu erheben, in dem er seinen Wohnsitz habe.

22. Die *österreichische*, die *tschechische*, die *italienische* und die *spanische Regierung* sind hingegen der Ansicht, dass Art. 15 Abs. 1 Buchst. c der Verordnung Nr. 44/2001 anders auszulegen sei als Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 des Brüsseler Übereinkommens. Auch die Kommission hat in der Sitzung erklärt, dass sie eine andere Auslegung dieses Artikels der Verordnung für vertretbar halte.

23. Die *österreichische Regierung* weist darauf hin, dass Art. 15 Abs. 1 Buchst. c der Verordnung Nr. 44/2001 wesentlich weiter gefasst sei als Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 des Brüsseler Übereinkommens. Art. 15 Abs. 1 Buchst. c der Verordnung Nr. 44/2001 sei nicht auf bestimmte Vertragstypen beschränkt, sondern auf alle Arten von Verbraucherverträgen „in allen anderen Fällen" anwendbar. Ein solch anderer Fall liege auch bei einseitigen Gewinnzusagen vor, die vom Verbraucher angenommen würden und so zu einem Vertrags-

8 — Schlussanträge des Generalanwalts Tizzano vom 10. November 2005 in der Rechtssache Kapferer (in Fn. 5 angeführt).

verhältnis führten, ohne dass den Verbraucher eine Leistungspflicht treffe. Zur Stützung ihrer Ansicht führt die österreichische Regierung an, dass der Einleitungssatz von Art. 15 Abs. 1 der Verordnung Nr. 44/2001 Art. 5 Nr. 1 der Verordnung nachgebildet worden sei, was darauf hindeute, dass Art. 15 Abs. 1 der Verordnung Nr. 44/2001 einen weiteren Anwendungsbereich habe.

24. Ähnlich meint die *tschechische Regierung*, dass eine einseitige Gewinnzusage als Angebot zu verstehen sei und der Abruf des Gewinns als Annahme des Angebots. Damit entstehe eine Beziehung vertraglicher Natur, die als Vertragsschluss bezeichnet werden könne.

25. Auch die *italienische Regierung* vertritt den Standpunkt, dass die Gewinnzusage, die R. Ilsinger damit angenommen habe, dass sie Schlank & Schick das Gewinn-Anforderungs-Zertifikat mit dem aufgeklebten Kupon zurückgeschickt habe, ein Verbrauchervertrag im Sinne von Art. 15 Abs. 1 Buchst. c der Verordnung Nr. 44/2001 sei. Ein Vertragsschluss im Sinne dieses Artikels könne auch dann vorliegen, wenn nur eine Partei durch den Vertrag eine Verpflichtung eingehe.

26. Die *spanische Regierung* stützt ihren Standpunkt auf vier Argumente. Erstens habe Art. 15 Abs. 1 Buchst. c der Verordnung Nr. 44/2001 einen anderen Wortlaut als Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 des Brüsseler Übereinkommens. Zweitens könne nur durch eine abweichende Auslegung von Art. 15 Abs. 1 Buchst. c der Verordnung Nr. 44/2001 ein hohes Schutzniveau für den Verbraucher als schwächere Vertragspartei sichergestellt werden. Drittens sei der Zusammenhang zwischen der gerichtlichen Zuständigkeit und dem von den Gerichten angewandten materiellen Recht zu berücksichtigen. Um den Verbraucher zu schützen, sei zu gewährleisten, dass auf ihn die Vorschriften des Mitgliedstaats angewandt würden, in dem er seinen Wohnsitz habe. Viertens führe die Anwendung von Art. 15 der Verordnung Nr. 44/2001 nicht immer dazu, dass das Gericht des Ortes zuständig sei, an dem der Verbraucher seinen Wohnsitz habe.

27. Die *Kommission* hat in der Sitzung vorgetragen, sie halte angesichts des Erfordernisses eines hohen Verbraucherschutzniveaus auch die Argumentation für vertretbar, dass es im Fall einer Gewinnzusage gegenüber einem

Verbraucher, die von diesem angenommen werde, zum Abschluss eines Verbrauchervertrags und damit zur Zuständigkeit nach Art. 15 Abs. 1 Buchst. c der Verordnung Nr. 44/2001 komme. Die Zusendung von Gewinnzusagen an Verbraucher habe in den letzten Jahren stark zugenommen, und zahlreiche Unternehmen hätten ihren Sitz in einen anderen Mitgliedstaat verlegt, um auf diese Weise Klagen der Verbraucher zu entgehen, da diese nicht in einem anderen Mitgliedstaat Klage erheben wollten. Dieser Standpunkt stehe zu der von Generalanwalt Tizzano in der Rechtssache Kapferer vertretenen Auffassung nicht in Widerspruch; in jener Rechtssache sei es nämlich nicht zum Abschluss eines Verbrauchervertrags gekommen, denn die Verbraucherin habe die in der Gewinnzusage festgelegten Bedingungen nicht akzeptiert, da sie keine unverbindliche Testbestellung aufgegeben habe, von der der Erhalt des Preises abhängig gewesen sei.

B — *Zweite Vorlagefrage*

28. Die zweite Vorlagefrage sollte nach Ansicht aller Beteiligten — mit Ausnahme des Insolvenzverwalters von Schlank & Schick — vom Gerichtshof bejaht werden. Die *Kommission* sowie die *tschechische* und die *slowenische Regierung* tragen vor, der Gerichtshof habe bereits in der Rechtssache Gabriel [9] entschieden, dass die Zuständigkeit für Streitigkeiten im Zusammenhang mit der Zusage eines Bargeldguthabens nach denselben Vorschriften zu beurteilen sei wie die Zuständigkeit für Streitigkeiten im Zusammenhang mit Verträgen über die Lieferung beweglicher Sachen, die der Verbraucher bei dem Verkäufer bestellt habe, der den Gewinn zugesagt habe. Nach Ansicht der *italienischen Regierung* besteht zwischen der Gewinnzusage und der Warenbestellung ein untrennbarer Zusammenhang, da der Verbraucher die Ware wegen des zugesagten Gewinns bestellt habe, dessen Wert erheblich höher sei als der Wert der bestellten Waren. Daneben machen die *italienische* und die *spanische Regierung* geltend, der Gerichtshof habe in der Rechtssache Besix [10] entschieden, dass Situationen vermieden werden müssten, in denen für Streitigkeiten im Zusammenhang mit einem einzigen Rechtsverhältnis oder mehreren eng miteinander verbundenen Rechtsverhältnissen mehrere Gerichte zuständig seien. Die *österreichische* Regierung schlägt wegen der Subsidiarität der zweiten Vorlagefrage keine gesonderte Antwort auf diese Frage vor.

29. Der *Insolvenzverwalter von Schlank & Schick* hat in der Sitzung den Standpunkt vertreten, dass auch dann, wenn der Verbraucher Waren bestellt habe, obwohl eine solche Bestellung nicht Voraussetzung für den Erhalt des Preises gewesen sei, die Zuständigkeit nicht bei den Gerichten des

9 — Urteil vom 11. Juli 2002, Gabriel (C-96/00, Slg. 2002, I-6367).
10 — Urteil vom 19. Februar 2002, Besix (C-256/00, Slg. 2002, I-1699).

Ortes liege, an dem der Verbraucher seinen Wohnsitz habe, da Zweck des Verbraucherschutzes nicht sei, dem Verbraucher zu ermöglichen, sich durch den eingeklagten Gewinn zu bereichern.

VI — Würdigung durch die Generalanwältin

A — *Einleitung*

30. Mit den Vorlagefragen ersucht das nationale Gericht um Auslegung der Bestimmungen der Verordnung Nr. 44/2001, die die gerichtliche Zuständigkeit für Verbrauchersachen betreffen. Die Bestimmungen über die Zuständigkeit für Verbrauchersachen sind vom allgemeinen Zuständigkeitsgrundsatz des *actor sequitur forum rei* ausgenommen, der in Art. 2 Abs. 1 der Verordnung Nr. 44/2001 zum Ausdruck gebracht wird und wonach Personen, die ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats haben, ohne Rücksicht auf ihre Staatsangehörigkeit vor den Gerichten dieses Mitgliedstaats zu verklagen sind. Wie aus dem 13. Erwägungsgrund der Verordnung hervorgeht, sollte der Verbraucher als die im Rahmen von Verbraucherverträgen schwächere Partei durch Zuständigkeitsvorschriften geschützt werden, die für ihn günstiger sind als die allgemeine Regelung. Im Rahmen der Auslegung der besonderen Zuständigkeitsvorschriften ist zu berücksichtigen, dass diese Vorschriften eine enge Auslegung erfahren müssen, die nicht über die ausdrücklich in der Verordnung Nr. 44/2001 vorgesehenen Fälle hinausgehen darf[11].

31. Das vorlegende Gericht möchte mit der ersten Vorlagefrage im Wesentlichen wissen, ob Art. 15 Abs. 1 Buchst. c der Verordnung Nr. 44/2001 dahin auszulegen ist, dass ein Anspruch, kraft dessen ein Verbraucher von einem Versandhandelsunternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat einen scheinbar gewonnenen Preis gerichtlich einfordern kann, ein Anspruch aus einem Vertrag im Sinne von Art. 15 Abs. 1 Buchst. c der Verordnung Nr. 44/2001 ist, wenn der Gewinnabruf nicht von einer Warenbestellung abhängig gemacht wurde und der Verbraucher auch keine Waren bestellt hat. Mit der zweiten Frage begehrt das vorlegende Gericht Aufschluss darüber, ob der Verbraucheranspruch auf Gewinnauszahlung ein Anspruch aus einem Vertrag im Sinne dieses Artikels ist, wenn dieser Anspruch zwar nicht von einer Warenbestellung abhängig gemacht wurde, der Verbraucher jedoch Waren bestellt hat.

11 — Vgl. Urteile vom 13. Juli 2006, Reisch Montage (C-103/05, Slg. 2006, I-6827, Randnr. 23), vom 11. Oktober 2007, Freeport (C-98/06, Slg. 2007, I-8319, Randnr. 35), und vom 22. Mai 2008, Glaxosmithkline (C-462/06, Slg. 2008, I-3965, Randnr. 28). Zum Brüsseler Übereinkommen vgl. u. a. Urteile vom 3. Juli 1997, Benincasa (C-269/95, Slg. 1997, I-3767, Randnr. 13), vom 27. April 1999, Mietz (C-99/96, Slg. 1999, I-2277, Randnr. 27), Engler (in Fn. 4 angeführt, Randnr. 43) und vom 20. Januar 2005, Gruber (C-464/01, Slg. 2005, I-439, Randnr. 32).

32. Zum Sachverhalt ist klarzustellen, dass aus dem Beschluss des vorlegenden Gerichts nicht hervorgeht, ob R. Ilsinger tatsächlich Waren bei Schlank & Schick bestellt hat. Laut vorlegendem Gericht hat das erstinstanzliche Gericht seine Entscheidung auf den Umstand gestützt, dass der Gewinnanspruch nicht von einer Warenbestellung abhängig gemacht worden sei, und es deshalb nicht als wesentlich angesehen, ob R. Ilsinger Waren bei dem Unternehmen bestellt habe. Das vorlegende Gericht stellt seine Frage deshalb sowohl für den Fall, dass der Verbraucher Waren bestellt hat, als auch für den Fall, dass er dies nicht getan hat.

B — *Erste Vorlagefrage*

33. Das nationale Gericht möchte mit der ersten Vorlagefrage wissen, ob der Anspruch nach § 5j KSchG ein Anspruch aus einem Vertrag im Sinne von Art. 15 Abs. 1 Buchst. c der Verordnung Nr. 44/2001 ist. Da der Gerichtshof im Rahmen eines Vorabentscheidungsersuchens lediglich die Vorschriften des Gemeinschaftsrechts auszulegen hat, um dem vorlegenden Gericht Hinweise für die Entscheidung des Ausgangsrechtsstreits zu geben [12], sollte die erste Vorlagefrage wie folgt umformuliert werden:

Ist Art. 15 Abs. 1 Buchst. c der Verordnung Nr. 44/2001 dahin auszulegen, dass der Anspruch, kraft dessen Verbraucher nach dem Recht des Mitgliedstaats, in dem sie ihren Wohnsitz haben, von in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Unternehmern den scheinbar gewonnenen Preis gerichtlich einfordern können, wenn Letztere Gewinnzusagen an bestimmte Verbraucher senden und durch die Gestaltung dieser Zusendungen den Eindruck erwecken, dass der Verbraucher einen bestimmten Preis gewonnen habe, ohne dass der Gewinnabruf von einer Warenbestellung oder auch nur einer Testbestellung abhängig gemacht wurde und wenn auch keine Warenbestellung erfolgte, jedoch der Gewinn vom Mitteilungsempfänger abgerufen wird, ein Anspruch aus einem Vertrag im Sinne des genannten Artikels der Verordnung ist?

34. Damit die Zuständigkeit nach Art. 15 Abs. 1 Buchst. c der Verordnung Nr. 44/2001 gegeben ist, müssen drei Voraussetzungen

12 — U. a. Urteile vom 3. Oktober 2000, Corsten (C-58/98, Slg. 2000, I-7919, Randnr. 24), und vom 22. Januar 2002, Canal Satélite (C-390/99, Slg. 2002, I-607, Randnr. 24).

erfüllt sein [13]. Erstens muss der Verbraucher eine Privatperson sein, die nicht berufs- oder gewerbebezogen handelt, zweitens muss der Anspruch einen Verbrauchervertrag betreffen, der zwischen einem Verbraucher und einer Person geschlossen wird, die eine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit ausübt, und drittens muss die Person, die eine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit ausübt, dies in dem Mitgliedstaat tun, in dessen Hoheitsgebiet der Verbraucher seinen Wohnsitz hat, oder die Tätigkeit auf irgendeinem Weg auf diesen Mitgliedstaat oder auf mehrere Staaten, einschließlich dieses Mitgliedstaats, ausrichten, und der Vertrag muss in den Bereich dieser Tätigkeit fallen.

35. Die erste und die dritte Voraussetzung sind in der vorliegenden Rechtssache erfüllt. R. Ilsinger hat unzweifelhaft die Eigenschaft eines Verbrauchers im Sinne von Art. 15 Abs. 1 der Verordnung Nr. 44/2001; im fraglichen Rechtsverhältnis ist sie eine Privatperson, die nicht berufs- oder gewerbebezogen handelt. Schlank & Schick wiederum übt eine gewerbliche Tätigkeit aus, die es mit dem Versandhandel auf den Mitgliedstaat ausrichtet, in dem sich der Wohnsitz von R. Ilsinger befindet. Weiter kann davon ausgegangen werden, dass eine Gewinnzusage gegenüber einem Verbraucher in den Bereich dieser Tätigkeit fällt, da dadurch versucht wird, den Verbraucher zu einer Warenbestellung zu motivieren. In der vorliegenden Rechtssache ist aber streitig, ob die zweite Voraussetzung erfüllt ist, ob also der Anspruch einen Verbrauchervertrag betrifft, der zwischen R. Ilsinger und Schlank & Schick geschlossen wurde. Von der Feststellung, ob es in der vorliegenden Rechtssache wegen der Gewinnzusage gegenüber der Verbraucherin zum Abschluss eines Verbrauchervertrags gekommen ist, hängt die Bestimmung des Gerichts ab, das für die Entscheidung über die Klage zuständig ist, mit der die Verbraucherin die Auszahlung des scheinbar zugesagten Gewinns begehrt.

36. Der Gerichtshof hat die Frage der gerichtlichen Zuständigkeit für den Anspruch auf Auszahlung eines dem Verbraucher scheinbar zugesagten Gewinns nur im Kontext des Brüsseler Übereinkommens beantwortet; im Zusammenhang mit der Verord-

13 — Zu den drei Voraussetzungen für die Anwendung von Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 des Brüsseler Übereinkommens vgl. entsprechend die in Fn. 4 angeführten Urteile Gabriel (Randnrn. 38 bis 40 und 47 bis 51) sowie Engler (Randnr. 34).

nung Nr. 44/2001 hat er diese Frage hingegen noch nicht geprüft [14]. Im Rahmen der Auslegung von Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 des Brüsseler Übereinkommens hat der Gerichtshof bereits eine Frage beantwortet, die der ersten Frage des vorlegenden Gerichts entspricht, und zwar im Urteil Engler [15]. In diesem Urteil hat der Gerichtshof entschieden, dass Art. 13 des Brüsseler Übereinkommens nicht anwendbar ist, wenn der Verkäufer dem Verbraucher ein Schreiben zugesandt hat, das eine Gewinnzusage enthielt, und der Verbraucher die Auszahlung des Preises verlangt hat, ohne dass er mit dem Verkäufer einen Vertrag über die Lieferung beweglicher Sachen oder die Erbringung von Dienstleistungen geschlossen hätte. Der Gerichtshof hat im Urteil Engler darauf hingewiesen, dass in diesem Fall „auf den Vorstoß des Gewerbetreibenden nicht der Abschluss eines Vertrages zwischen der Verbraucherin und dem gewerbsmäßigen Verkäufer [folgte], der einen der in dieser Bestimmung spezifizierten Gegenstände betroffen hätte und in dessen Rahmen die Parteien synallagmatische Verpflichtungen eingegangen wären“ [16]. Diese Feststellung konnte nach Auffassung des Gerichtshofs weder durch das Ziel dieser Bestimmung, dem Verbraucher als der schwächeren Partei Schutz zu gewährleisten, noch durch den Umstand entkräftet werden, dass der Verkäufer der an die Verbraucherin adressierten Zuschrift ein Formular für eine Test-Anforderung beigefügt hatte, mit dem er sie zu einer Bestellung von Waren motivieren wollte [17].

37. In der Rechtssache Ilsinger ist somit im Kern die Frage zu prüfen, ob die Kontinuität zwischen den beiden Rechtsakten zu wahren ist, ob also Art. 15 Abs. 1 Buchst. c der Verordnung Nr. 44/2001 genauso wie Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 des Brüsseler Übereinkommens auszulegen ist, oder ob dieser Artikel der Verordnung — angesichts seiner teilweise anderen Formulierung — anders auszulegen ist. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass im Rahmen der Auslegung der Verordnung Nr. 44/2001, die am 1. März 2002 an die Stelle des Brüsseler Übereinkommens getreten ist [18], im Allgemeinen vom Grundsatz der Kontinuität auszugehen ist. Wie aus dem 19. Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 44/2001 hervorgeht, ist die Kontinuität zwischen dem Brüsseler Über-

14 — Diese Frage wird auch im Schrifttum nicht eindeutig beantwortet. Staudinger, A., in: Rauscher, T. (Hrsg.), *Europäisches Zivilprozessrecht. Kommentar*, 2. Auflage, Sellier. European Law Publishers, München 2006, S. 284, Randnr. 9, hat Bedenken, die Rechtsprechung zum Brüsseler Übereinkommen auf Art. 15 der Verordnung Nr. 44/2001 zu übertragen, da sich dieser Artikel von seiner Formulierung her mit Art. 5 Nr. 1 Buchst. a der Verordnung decke. Geimer, R., in: Geimer, R., Schütze, R. A., *Europäisches Zivilverfahrensrecht. Kommentar zur EuGVVO, EuEheVO, EuZustellungsVO, zum Lugano-Übereinkommen und zum nationalen Kompetenz- und Anerkennungsrecht*, Beck, München 2004, S. 275, Randnr. 17, erklärt zwar, dass Gewinnzusagen unter Art. 15 der Verordnung Nr. 44/2001 fielen, führt dabei aber die Rechtssache Gabriel an, so dass sich diese Aussage höchstwahrscheinlich auf die gerichtliche Zuständigkeit im Zusammenhang mit Gewinnzusagen in Fällen bezieht, in denen der Verbraucher Waren bestellt hat.

15 — Urteil Engler (in Fn. 4 angeführt).

16 — Urteil Engler (in Fn. 4 angeführt, Randnr. 36). In Randnr. 40 hat der Gerichtshof ausdrücklich festgestellt, dass Art. 13 des Brüsseler Übereinkommens „eindeutig von einem Verbraucher abgeschlossene Verträge [betrifft], ‚wenn sie die Erbringung einer Dienstleistung oder die Lieferung beweglicher Sachen zum Gegenstand haben‘“.

17 — Urteil Engler (in Fn. 4 angeführt, Randnr. 39).

18 — Die Kommission hatte dem Rat 1999 einen Vorschlag für eine Verordnung vorgelegt; im Dezember 2000 wurde die Verordnung erlassen. Vgl. im Schrifttum allgemein zur Entstehungsgeschichte der Verordnung Nr. 44/2001 und zur Ersetzung des Brüsseler Übereinkommens durch diese Verordnung z. B. Micklitz, H.-W., Rott, P., „Vergemeinschaftung des EuGVÜ in der Verordnung (EG) Nr. 44/2001“, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, Nr. 11/2001, S. 325 ff.; Schoibl, N. A., „Vom Brüsseler Übereinkommen zur Brüssel-I-VO: Neuerungen im Europäischen Zivilprozessrecht“, *Juristische Blätter*, Nr. 3/2003, S. 150; Storskrubb, E., *Civil Procedure and EU Law. A Policy Area Uncovered*, Oxford University Press, New York 2008, S. 132 ff.

einkommen und dieser Verordnung zu wahren, und zwar auch in Bezug auf die Auslegung des Brüsseler Übereinkommens durch den Gerichtshof. Diesem Grundsatz der Kontinuität im Rahmen der Auslegung der Verordnung Nr. 44/2001 ist der Gerichtshof in seiner Rechtsprechung bereits gefolgt [19]. Wenn berechtigte Gründe vorlagen und sich der Wortlaut in der Verordnung Nr. 44/2001 wesentlich von dem im Brüsseler Übereinkommen unterschied, ist der Gerichtshof von diesem Grundsatz jedoch abgewichen und hat die Verordnung anders ausgelegt [20]. In der Rechtssache Ilsinger ist somit zu prüfen, ob der Umstand, dass Art. 15 Nr. 1 Buchst. c der Verordnung Nr. 44/2001 anders gefasst ist als Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 des Brüsseler Übereinkommens, es zusammen mit dem Erfordernis der Gewährleistung eines höheren Verbraucherschutzniveaus rechtfertigt, diesen Artikel der Verordnung anders auszulegen.

1. Abschluss eines Verbrauchervertrags als Voraussetzung für die Anwendung von Art. 15 Abs. 1 Buchst. c der Verordnung Nr. 44/2001

38. Im Rahmen der Prüfung der ersten Vorlagefrage ist zunächst zu berücksichtigen, dass sich der Wortlaut des Art. 15 Abs. 1 Buchst. c der Verordnung Nr. 44/2001 vom Wortlaut des Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 des Brüsseler Übereinkommens unterscheidet. Nach dem Einleitungssatz von Art. 13 Abs. 1 des Brüsseler Übereinkommens bzw. Art. 15 Abs. 1 der Verordnung Nr. 44/2001 richtet sich die Zuständigkeit nach dem Abschnitt über die Zuständigkeit bei Verbrauchersachen, wenn „ein Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag, den [ein] Verbraucher …

19 — So hat sich der Gerichtshof beispielsweise im Urteil Reisch Montage (in Fn. 11 angeführt, Randnrn. 22 bis 25) im Rahmen der Auslegung der Verordnung Nr. 44/2001 auf die Rechtsprechung zum Brüsseler Übereinkommen berufen. Auch im Urteil vom 1. Oktober 2002, Verein für Konsumenteninformation (C-167/00, Slg. 2002, I-8111, Randnr. 49), hat der Gerichtshof darauf hingewiesen, dass in Ermangelung von Gründen für eine unterschiedliche Auslegung von Art. 5 Nr. 3 des Brüsseler Übereinkommens und Art. 5 Nr. 3 der Verordnung Nr. 44/2001 zur Wahrung der Kohärenz beide Bestimmungen gleich auszulegen sind. Der Gerichtshof hat außerdem betont, dass die Beachtung dieses Grundsatzes umso wichtiger ist, weil die Verordnung — ausgenommen für Dänemark — das Brüsseler Übereinkommen ersetzt hat.

20 — Im Urteil vom 22. Mai 2008, Glaxosmithkline (C-462/06, Slg. 2008, I-3965), hat der Gerichtshof in Randnr. 15 festgestellt, dass sich die in der Verordnung enthaltenen Zuständigkeitsvorschriften für den Bereich der individuellen Arbeitsverträge erheblich von den auf diesem Gebiet anwendbaren Vorschriften des Brüsseler Übereinkommens unterscheiden. In Randnr. 24 hat er ausgeführt, dass diese unterschiedliche Auslegung auch durch die vorbereitenden Arbeiten für die Verordnung Nr. 44/2001 gestützt wird. Deshalb ist er dem Grundsatz der Kontinuität im Rahmen der Auslegung nicht gefolgt und hat die Verordnung Nr. 44/2001 anders ausgelegt als das Brüsseler Übereinkommen.

geschlossen hat, … den Gegenstand des Verfahrens [bilden]“ (Art. 15 Abs. 1 der Verordnung Nr. 44/2001; entsprechend heißt es in Art. 13 Abs. 1 des Brüsseler Übereinkommens: „[f]ür Klagen aus einem Vertrag, den [ein Verbraucher] abgeschlossen hat“). Art. 15 Abs. 1 Buchst. c der Verordnung Nr. 44/2001 ist jedoch weiter gefasst als Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 des Brüsseler Übereinkommens. Nach Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 des Brüsseler Übereinkommens bestimmt sich die Zuständigkeit nach dem Abschnitt über Verbrauchersachen u. a. „für andere Verträge, wenn sie die Erbringung einer Dienstleistung oder die Lieferung beweglicher Sachen zum Gegenstand haben“. Art. 15 Abs. 1 Buchst. c der Verordnung Nr. 44/2001 hingegen sieht vor, dass sich die Zuständigkeit „*in allen anderen Fällen*“ nach diesem Abschnitt bestimmt, wenn der andere Vertragspartner seine Tätigkeit in dem Mitgliedstaat ausübt, in dessen Hoheitsgebiet der Verbraucher seinen Wohnsitz hat, oder seine Tätigkeit auf diesen Mitgliedstaat ausrichtet. Während Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 des Brüsseler Übereinkommens nur Verträge über die Erbringung einer Dienstleistung oder die Lieferung beweglicher Sachen erfasst, bezieht sich Art. 15 Abs. 1 Buchst. c der Verordnung Nr. 44/2001 auf alle Verträge, die zwischen dem Verbraucher und dem anderen Vertragspartner unter den Voraussetzungen dieses Artikels geschlossen werden.

39. Wie sich aus der Begründung des Vorschlags für die Verordnung Nr. 44/2001 ergibt, wurde Art. 15 Abs. 1 Buchst. c der Verordnung vor allem deswegen anders gefasst als Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 des Brüsseler Übereinkommens, weil auch solche Verträge in seinen Anwendungsbereich fallen sollen, die über das Internet geschlossen werden [21]. Art. 15 Abs. 1 Buchst. c der Verordnung Nr. 44/2001 wurde deshalb dahin geändert, dass er auch diejenigen Fälle erfasst, in denen der Vertrag mit einer Person geschlossen wurde, die ihre berufliche oder gewerbliche Tätigkeit auf den Mitgliedstaat ausrichtet, in dessen Hoheitsgebiet der Verbraucher seinen Wohnsitz hat [22]. Dieser Artikel ist jedoch auch dann anzuwenden, wenn der andere Vertragspartner eine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit in dem Mitgliedstaat ausübt, in dessen Hoheitsgebiet der Verbraucher seinen Wohnsitz hat. Unter den genannten Voraussetzungen ist der Artikel z. B. auch auf

21 — Vgl. Begründung des Vorschlags für eine Verordnung (EG) des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (KOM[1999] 348 endg., S. 17 der deutschen Fassung). Im Schrifttum vgl. z. B. Schlosser, P., *EU-Zivilprozessrecht, Kommentar zur EuGVVO, EuEheVO, AVAG, HZÜ, EuZVO, HBÜ, EuBVO*, 2. Auflage, Beck, München 2003, S. 117, Randnr. 8a, nach dessen Ansicht Art. 15 Abs. 1 Buchst. c der Verordnung Nr. 44/2001 auf den Fall anzuwenden ist, in dem der Verbraucher eine Bestellung über aktive Websites aufgebe, nicht jedoch dann, wenn er nur Zugang zu passiven Websites habe. Tiefenthaler, S., in: Czernich, D., Kodek, G. E., Tiefenthaler, S., *Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht EuGVO und Lugano-Übereinkommen. Kurzkommentar*, 2. Auflage, LexisNexis ARD ORAC, Wien 2003, S. 141, Randnr. 25, erläutert, dass aktive Websites den Vertragsabschluss „durch Mouseklick“ ermöglichten. Allgemein vgl. auch Reich, N., Gambogi, A. P., „Gerichtsstand bei internationalen Verbrauchervertragsstreitigkeiten im e-commerce“, *Verbraucher und Recht*, Nr. 8/2001, S. 269 ff.; Stadler, A., „From the Brussels Convention to Regulation 44/2001: Cornerstones of a European law of civil procedure“, *Common Market Law Review*, Nr. 6/2005, S. 1640 ff.; Storskrubb, E., *Civil Procedure and ELI Law. A Policy Area Uncovered*, Oxford University Press, New York 2008, S. 139.

22 — Vgl. näher zu dieser Voraussetzung z. B. Geimer, R., a. a. O. (Fn. 14), Randnr. 35.

Pauschalreiseverträge [23], Treuhandverträge [24] und andere Verträge [25] anzuwenden.

40. Mit dieser Erweiterung der Formulierung wollte der Gemeinschaftsgesetzgeber meines Erachtens Art. 15 Abs. 1 Buchst. c der Verordnung Nr. 44/2001 nicht auf synallagmatische Verträge (*contractus bilaterales aequales*) eingrenzen, sondern die Anwendung dieses Artikels auf alle Verbraucherverträge erstrecken. Zur Stützung dieser Auffassung lassen sich drei Argumente anführen. Erstens sind nach Art. 15 Abs. 1 der Verordnung Nr. 44/2001 Verbraucherverträge Verträge, „[die] eine Person, der Verbraucher, zu einem Zweck geschlossen hat, der nicht der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit dieser Person zugerechnet werden kann". Ob ein Verbrauchervertrag vorliegt, bestimmt sich folglich nach den Vertragsparteien und nicht nach seinem Inhalt oder den Pflichten der Vertragsparteien. Zweitens ist in Art. 15 Abs. 1 Buchst. c ausdrücklich festgelegt, dass dieser Artikel „in *allen* anderen Fällen" anzuwenden ist, in denen der Vertrag unter den in diesem Buchstaben aufgeführten Voraussetzungen geschlossen wurde. Wenn der Gemeinschaftsgesetzgeber diesen Buchstaben auf synallagmatische Verträge hätte eingrenzen wollen, hätte er durch die Verwendung der entsprechenden Terminologie deutlich gemacht, dass der Buchstabe nur in bestimmten Fällen Anwendung findet. Da der Gemeinschaftsgesetzgeber in der Verordnung aber den allgemeinen Begriff „Vertrag" verwendet hat, ist davon auszugehen, dass alle Vertragsarten unter diesen Begriff fallen [26]. Drittens wäre, wenn die Anwendung von Art. 15 Abs. 1 Buchst. c auf synallagmatische Verträge eingegrenzt worden wäre, damit die Anwendung dieses Artikels auf bestimmte, nur eine Vertragspartei verpflichtende Verträge ausgeschlossen worden, etwa auf einen Bürgschaftsvertrag, den ein Verbraucher schließt und kraft dessen er für die Erfüllung der Verbindlichkeit eines anderen Verbrauchers einsteht [27], oder auf einen mit einem Verbraucher geschlossenen Garantievertrag.

23 — Nach Art. 15 Abs. 3 der Verordnung Nr. 44/2001 ist der Abschnitt über die Zuständigkeit für Verbrauchersachen „nicht auf Beförderungsverträge mit Ausnahme von Reiseverträgen, die für einen Pauschalpreis kombinierte Beförderungs- und Unterbringungsleistungen vorsehen, anzuwenden". Bei Beförderungsverträgen ist also eine Bestimmung der Zuständigkeit nach dem Abschnitt über Verbrauchersachen grundsätzlich ausgeschlossen; ausgenommen sind Pauschalreiseverträge. Das ergibt sich auch aus der Begründung des in Fn. 21. angeführten Vorschlags für eine Verordnung (S. 18 der deutschen Fassung). So ferner Rauscher, T., a. a. O. (Fn. 14), S. 283, Randnr. 8.

24 — So Rauscher, T., a. a. O. (Fn. 14), S. 283, Randnr. 8.

25 — Etwa Timesharing-Verträge, wenn sie mit einem Verbraucher geschlossen werden. Vgl. Begründung des in Fn. 21 angeführten Vorschlags für eine Verordnung (S. 17 der deutschen Fassung der Begründung). Nach Art. 22 Abs. 1 der Verordnung Nr. 44/2001 sind zwar für Klagen, die dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen sowie die Miete oder Pacht von unbeweglichen Sachen zum Gegenstand haben, die Gerichte des Mitgliedstaats zuständig, in dem die unbewegliche Sache belegen ist. Die Kommission hat im Vorschlag für die Verordnung Nr. 44/2001 jedoch klargestellt, dass auf Timesharing-Verbraucherverträge Art. 15 der Verordnung anzuwenden ist.

26 — Ähnlich hat Generalanwalt Tizzano in seinen Schlussanträgen vom 20. September 2001 in der Rechtssache Leitner (C-168/00, Urteil vom 12. März 2002, Slg. 2002, I-2631, Nr. 35) argumentiert, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber dann, wenn er zwischen Schäden, für die auf der Grundlage einer Gemeinschaftsrichtlinie der Produzent hafte, und Schäden, deren Regelung den Mitgliedstaaten überlassen bleibe, habe unterscheiden wollen, dies ausdrücklich getan habe. Habe dagegen der Gesetzgeber in einer Gemeinschaftsrichtlinie den allgemeinen Begriff „Schaden" verwendet, sei davon auszugehen, dass alle Schadensarten unter diesen Begriff fielen.

27 — So hat der Gerichtshof z. B. zur Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen (ABl. L 372, S. 31) entschieden, dass ein Bürgschaftsvertrag grundsätzlich ein Verbrauchervertrag im Sinne dieser Richtlinie sein kann. Vgl. Urteil vom 17. März 1998, Bayerische Hypotheken- und Wechselbank (C-45/96, Slg. 1998, I-1199, Randnr. 20). Im Schrifttum vgl. Staudinger, A., in: Rauscher, T., a. a. O. (Fn. 14), S. 283, Randnr. 8.

41. Der Gerichtshof hat zwar zu Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 des Brüsseler Übereinkommens entschieden, dass dieser Artikel anzuwenden ist, „wenn … die Klage an einen zwischen [dem] Verbraucher und einem gewerbsmäßigen Verkäufer geschlossenen Vertrag anknüpft, der die Lieferung beweglicher Sachen oder die Erbringung einer Dienstleistung zum Gegenstand hat und der gegenseitige, voneinander abhängende Pflichten zwischen den beiden Parteien des Vertrages hat entstehen lassen“ [28]. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass sowohl Verträge über die Lieferung beweglicher Sachen als auch Verträge über die Erbringung von Dienstleistungen, auf die Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 des Brüsseler Übereinkommens eingegrenzt war, synallagmatische Verträge sind. Der Gerichtshof hat daher im Rahmen der Auslegung von Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 des Brüsseler Übereinkommens meines Erachtens mit der Erwähnung des Synallagmas lediglich abstrakt die Merkmale von Verträgen über die Lieferung beweglicher Sachen oder die Erbringung von Dienstleistungen erläutert. Deshalb meine ich, dass sich das Argument bezüglich der synallagmatischen Verträge nicht auf die Auslegung von Art. 15 Abs. 1 Buchst. c der Verordnung Nr. 44/2001 übertragen lässt.

42. Wie Generalanwalt Tizzano bereits in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache Kapferer ausgeführt hat, ist bei der Feststellung der Zuständigkeit für Verbrauchersachen zu berücksichtigen, dass Art. 13 Abs. 1 des Brüsseler Übereinkommens und Art. 15 Abs. 1 der Verordnung Nr. 44/2001 nur dann Anwendung finden, wenn ein Verbraucher mit einem Gewerbetreibenden einen *Vertrag geschlossen hat* [29]. Dem Generalanwalt ist deshalb darin zuzustimmen, dass die Änderungen in Art. 15 der Verordnung Nr. 44/2001 nicht das Erfordernis des Abschlusses eines Vertrags [30] als Voraussetzung für die Anwendung dieses Artikels berühren. Wie der Generalanwalt betont hat, betreffen die Änderungen in Art. 15 der Verordnung Nr. 44/2001 ausschließlich den sachlichen Geltungsbereich der Bestimmungen über die Verbraucherverträge [31], was bedeutet, dass sie sich im Ergebnis auf eine größere Zahl von Verbraucherverträgen beziehen. Der Generalanwalt hat sich in dieser Rechtssache zwar dafür ausgesprochen, dass die Auslegung von Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 des Brüsseler Übereinkommens, die der Gerichtshof in der Rechtssache Engler vorgenommen hat, auf Art. 15 Abs. 1 Buchst. c der Verordnung Nr. 44/2001 übertragen wird, und darauf hingewiesen, dass es in der Rechtssache Kapferer nicht zum Abschluss eines Verbrauchervertrags gekommen sei. Wie die Kommission in der Sitzung zutreffend vorgetragen hat, hing der Gewinnanspruch in der Rechtssache Kapferer jedoch von einer Warenbestellung ab [32], und da es in dieser Rechtssache nicht möglich war, mit Gewissheit festzustellen, ob Waren bestellt worden waren, hat der Generalanwalt den Standpunkt eingenommen, dass es nicht zum Abschluss eines Vertrags über den Kauf von Waren gekommen sei.

28 — Urteil Engler (in Fn. 4 angeführt, Randnr. 34).

29 — Schlussanträge von Generalanwalt Tizzano in der Rechtssache Kapferer (in Fn. 8 angeführt, Nr. 52).

30 — Schlussanträge von Generalanwalt Tizzano in der Rechtssache Kapferer (in Fn. 8 angeführt, Nr. 54).

31 — Ebd.

32 — Das ergibt sich aus dem Urteil Kapferer (in Fn. 5 angeführt, Randnr. 9) und aus den Schlussanträgen von Generalanwalt Tizzano in derselben Rechtssache (in Fn. 8 angeführt, Nr. 11).

43. Da in Art. 15 der Verordnung Nr. 44/2001 der Abschluss eines Vertrags verlangt wird, kann man sich in der vorliegenden Rechtssache nicht auf das Argument stützen, auf das sich die österreichische Regierung beruft, dass nämlich Art. 15 Abs. 1 der Verordnung Nr. 44/2001 genauso wie Art. 5 Nr. 1 Buchst. a [33] dieser Verordnung auszulegen sei, weil der Einleitungssatz von Art. 15 Abs. 1 Art. 5 Nr. 1 Buchst. a der Verordnung nachgebildet worden sei. Art. 15 Abs. 1 der Verordnung Nr. 44/2001 verlangt anders als Art. 5 Nr. 1 Buchst. a der Verordnung auf jeden Fall den *Abschluss* eines Vertrags, was ein wesentlicher Unterschied zwischen den beiden Artikeln ist. Genau deswegen kann Art. 5 Nr. 1 Buchst. a. der Verordnung auch dann angewandt werden, wenn es nicht zum Abschluss eines Vertrags gekommen ist [34]. Im Übrigen zeigt eine Untersuchung der verschiedenen Sprachfassungen der beiden Artikel der Verordnung, dass diese Artikel — unabhängig vom Erfordernis des Vertragsschlusses in Art. 15 Abs. 1 — nur in einigen Sprachfassungen sehr ähnlich formuliert sind, in der Mehrzahl der Sprachfassungen Art. 5 Nr. 1 Buchst. a jedoch allgemeiner gefasst ist als Art. 15 Abs. 1. Sehr ähnlich sind die genannten Artikel in der deutschen und in der englischen Fassung konzipiert [35], in der Mehrzahl der übrigen Sprachfassungen wird hingegen in Art. 5 Nr. 1 Buchst. a ein weiterer Begriff — „Vertragsverhältnis" — verwendet, während in Art. 15 Abs. 1 von „Verträgen, die ein Verbraucher geschlossen hat", gesprochen wird [36].

2. Voraussetzungen für den Abschluss eines Verbrauchervertrags

44. Nach dem Einleitungssatz von Art. 15 Abs. 1 der Verordnung Nr. 44/2001 sind Verbraucherverträge im Sinne dieser Verordnung Verträge, die der Verbraucher zu einem Zweck geschlossen hat, der nicht seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zu-

33 — Die österreichische Regierung beruft sich zwar allgemein auf Art. 5 Nr. 1, zitiert dabei aber den Wortlaut von Buchst. a dieses Artikels.

34 — Vgl. zum Brüsseler Übereinkommen entsprechend Urteil Engler (in Fn. 4 angeführt, Randnr. 36 und Tenor), in dem der Verbraucher mit dem Verkäufer keinen Vertrag im Sinne von Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 des Übereinkommens geschlossen hatte und sich die Zuständigkeit nach Art. 5 Nr. 1 des Übereinkommens richtete.

35 — In der deutschen Fassung heißt es in Art. 5 Nr. 1 Buchst. a „ein Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag" und in Art. 15 Abs. 1 „ein Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag, den … der Verbraucher … geschlossen hat". In der englischen Fassung der Verordnung heißt es in Art. 5 Nr. 1 Buchst. a „matters relating to a contract", in Art. 15 Abs. 1 jedoch „matters relating to a contract concluded by […] the consumer".

36 — So heißt es z. B. in der französischen Fassung von Art. 5 Nr. 1 Buchst. a „matière contractuelle" und von Art. 15 Abs. 1 „matière de contrat conclu par … le consommateur", in der italienischen Fassung von Art. 5 Nr. 1 Buchst. a „materia contrattuale" und von Art. 15 Abs. 1 „materia di contratti conclusi da … il consumatore", in der spanischen Fassung von Art. 5 Nr. 1 Buchst. a „materia contractual" und von Art. 15 Abs. 1 „materia de contratos celebrados por … el consumidor", in der portugiesischen Fassung wird in Art. 5 Nr. 1 Buchst. a der Begriff „matéria contratual" verwendet und in Art. 15 Abs. 1 die Wendung „matéria de contrato celebrado por … ‚o consumidor'"; die rumänische Fassung verwendet in Art. 5 Nr. 1 Buchst. a den Begriff „materie contractuală" und in Art. 15 Abs. 1 die Wendung „ceea ce privește un contract încheiat de … consumatorul"; in der slowenischen Fassung heißt es in Art. 5 Nr. 1 Buchst. a „zadevah v zvezi s pogodbenimi razmerji", während in Art. 15 Abs. 1 von „zadevah v zvezi s pogodbami, ki jih sklene … potrošnik" die Rede ist.

gerechnet werden kann. Die Verordnung Nr. 44/2001 legt jedoch nicht fest, wann ein Verbrauchervertrag geschlossen ist. Es gibt auf Gemeinschaftsebene auch keine zwingenden zivilrechtlichen Vorschriften, die bestimmen würden, wann und unter welchen Voraussetzungen ein Vertrag geschlossen ist.

45. Zwar legt die Verordnung Nr. 44/2001 die Voraussetzungen für den Abschluss eines Vertrags nicht fest, doch lassen sich diese Voraussetzungen aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs, durch Analogie aus bestimmten Rechtsakten des sekundären Gemeinschaftsrechts sowie aus Dokumenten von Expertengruppen im Bereich des europäischen Vertragsrechts unter Berücksichtigung des relevanten Schrifttums auf diesem Gebiet herleiten. Im Folgenden werde ich daher die allgemeinen Voraussetzungen für den Abschluss von Verträgen im Rahmen des Gemeinschaftsrechts erörtern. Diese Voraussetzungen gelten *a maiori ad minus* auch für den Abschluss von Verbraucherverträgen im Sinne der Verordnung Nr. 44/2001.

46. Eine der Grundvoraussetzungen für den Vertragsschluss im Rahmen des Gemeinschaftsrechts besteht darin, dass die Parteien durch Angebot und Annahme eine Einigung über den Abschluss eines Vertrags erzielen.

47. Das Erfordernis von Angebot und Annahme, durch die es zu einer Einigung als notwendiges Merkmal des Vertragsschlusses kommt, ergibt sich zunächst aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs. So hat der Gerichtshof im Urteil Gabriel festgestellt, dass zwischen dem Verbraucher und dem Verkäufer eine Vertragsbeziehung entstanden ist, wenn der Verbraucher bei dem Verkäufer Waren bestellt hat und damit „die Annahme des Angebots … erklärt hat“ [37], und dass durch diese „Willenseinigung“ der beiden Parteien Pflichten im Rahmen eines Vertrags entstanden sind [38].

48. Auch aus einigen Richtlinien auf dem Gebiet des Verbraucherrechts der Gemeinschaft ergibt sich implizit das Erfordernis von Angebot und Annahme als Voraussetzungen für den Abschluss eines Vertrags. So ist z. B. in

37 — Urteil Gabriel (in Fn. 4 angeführt, Randnr. 48).
38 — Urteil Gabriel (in Fn. 4 angeführt, Randnr. 49).

der Richtlinie 97/7 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz [39] von „Angebot“ [40] und „Zustimmung“ [41] die Rede. Auch in der Richtlinie 2002/65 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher [42] finden sich die Begriffe „Angebot“ [43] und „Zustimmung“ [44].

49. Ferner ergibt sich aus dem Fachdokument *Draft Common Frame of Reference* (Entwurf eines Gemeinsamen Referenzrahmens) (im Folgenden: DCFR) [45], das in Zukunft möglicherweise den Ausgangspunkt einer einheitlichen Regelung des europäischen Privatrechts bilden wird, dass ein Vertrag geschlossen ist, wenn die Parteien ein bindendes Rechtsverhältnis begründen oder eine andere Rechtswirkung herbeiführen wollen und eine ausreichende Einigung erzielen (Art. II.-4:101) [46]. In dem die Verträge betreffenden Kapitel regelt der DCFR auch das Angebot (Art. II.-4:201) und die Annahme (Art. II.-4:204). Nach Art. II.-4:201 Abs. 1 ist ein Vorschlag ein Angebot, wenn er erstens mit der Absicht gemacht wird, im Fall der Annahme durch die andere Partei zu einem Vertrag zu führen, und zweitens Bedingungen enthält, die in einer für einen Vertrag ausreichenden Weise bestimmt sind [47]. Nach Art. II.-4:204 Abs. 1 ist jede Erklärung oder jedes Verhalten des Empfängers, wenn es eine Zustimmung zu dem Angebot ausdrückt, eine Annahme [48]. Entsprechende Bestimmungen enthielten bereits die *Principles of*

39 — Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (ABl. L 144, S. 19).

40 — So muss nach Art. 4 Abs. 1 Buchst. h der Richtlinie 97/7 der Verbraucher rechtzeitig vor Abschluss eines Vertrags im Fernabsatz Informationen über die „Gültigkeitsdauer des *Angebots* oder des Preises“ erhalten (Hervorhebung nur hier).

41 — Nach Art. 9 der Richtlinie 97/7 müssen „[d]ie Mitgliedstaaten … die erforderlichen Maßnahmen [treffen], um den Verbraucher von jedweder Gegenleistung für den Fall zu befreien, dass unbestellte Waren geliefert oder unbestellte Dienstleistungen erbracht wurden, wobei das Ausbleiben einer Reaktion nicht als *Zustimmung* gilt“ (Hervorhebung nur hier).

42 — Richtlinie 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinie 90/619/EWG des Rates und der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG (ABl. L 271, S. 16).

43 — So sind z. B. nach Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2002/65 dem Verbraucher, „bevor [er] durch einen Fernabsatzvertrag oder durch ein *Angebot* gebunden ist“, bestimmte Informationen zur Verfügung zu stellen. Entsprechend muss nach Art. 5 Abs. 1 der Anbieter dem Verbraucher alle Vertragsbedingungen und andere Informationen übermitteln, „bevor der Verbraucher durch einen Fernabsatzvertrag oder durch ein *Angebot* gebunden ist“ (Hervorhebung nur hier).

44 — Nach Art. 9 dieser Richtlinie müssen die Mitgliedstaaten Maßnahmen treffen, damit die Verbraucher im Fall der Lieferung unbestellter Waren oder der Erbringung unbestellter Dienstleistungen keine Verpflichtungen haben, wobei das „Ausbleiben einer Antwort nicht als *Zustimmung* gilt“ (Hervorhebung nur hier).

45 — Von Bar, C., u. a. (Hrsg.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Interim Outline Edition; prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*, Sellier. European Law Publishers, München 2008.

46 — Im Original lautet Art. II.-4:101 (*Requirements for the conclusion of a contract*) DCFR: „A contract is concluded, without any further requirement, if the parties: (a) intend to enter into a binding legal relationship or bring about some other legal effect; and (b) reach a sufficient agreement.“

47 — Im Original lautet Art. II.-4:201 (*Offer*) Abs. 1 DCFR: „A proposal amounts to an offer if: (a) it is intended to result in a contract if the other party accepts it; and (b) it contains sufficiently definite terms to form a contract.“

48 — Im Original lautet Art. II.-4:204 (*Acceptance*) Abs. 1 DCFR: „Any form of statement or conduct by the offeree is an acceptance if it indicates assent to the offer.“

European Contract Law (Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts) (im Folgenden: PECL) [49].

50. Auch das Schrifttum zum europäischen Vertragsrecht sieht als wichtigste Voraussetzung für den Vertragsschluss im europäischen Vertragsrecht die durch Angebot und Annahme erzielte Einigung an [50]. Eine rechtsvergleichende Betrachtung zeigt, dass die Einigung über den Abschluss eines Vertrags auch nach dem Recht zahlreicher Mitgliedstaaten von wesentlicher Bedeutung ist [51].

51. Im Zusammenhang mit den Voraussetzungen für den Abschluss eines Vertrags ist sodann zu betonen, dass die Frage, ob ein Angebot gemacht wurde, aus der Sicht desjenigen zu beurteilen ist, an den das Angebot

49 — Die PECL wurden später in einer teilweise geänderten Fassung in den DCFR aufgenommen, der die Grundlagen für eine Regelung des Zivilrechts in der EU umfassender und systematischer festlegt. Näher zum Verhältnis zwischen den PECL und dem DCFR: von Bar, C., u. a., a. a. O. (Fn. 45), S. 24 ff. In den PECL vgl. zu den Voraussetzungen für den Vertragsschluss Art. 2.101 (*Conditions for the Conclusion of a Contract*), zum Angebot Art. 2:201 (*Offer*) und zur Annahme Art. 2:204 (*Acceptance*).

50 — Schulze, R., „Precontractual Duties and Conclusion of Contract in European Law", *European Review of Private Law*, Nr. 6/2005, S. 850; Riesenhuber, K., *System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts*, De Gruyter Recht, Berlin 2003, S. 315 ff.; Gandolfi, G. (Hrsg.), *Code européen des contrats. Avant-projet*, Giuffrè Editore, Mailand 2004, S. 105. Zum Erfordernis der Einigung beim Vertragsschluss im Gemeinschaftsrecht vgl. ferner Pfeiffer, T., „Der Vertragsschluss im Gemeinschaftsrecht", in: Schulze, R., Ebers, M., Grigoleit, H. C., *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire*, Mohr Siebeck, Tübingen 2003, S. 109. Peiffer weist jedoch darauf hin, dass im Fall der Verbraucherverträge der Phase des Vertragsschlusses noch eine Phase folge, in der der Verbraucher den Vertrag widerrufen könne. Vgl. Pfeiffer, T., „New Mechanisms for Concluding Contracts", in: Schulze, R., *New Features in Contract Law*, Sellier. European Law Publishers, München 2007, S. 163. Die Bedeutung von Angebot und Annahme beim Vertragsschluss unterstreicht auch Van Erp, J. H. M., in: Hartkamp, A., u. a. (Hrsg.), *Towards a European Civil code*, Kluwer Law International, Ars Aequi Libri, Nijmegen 2004, S. 367. Schmidt-Kessel, M., „At the Frontiers of Contract Law: Donation in European Private Law", in: Vaquer, A. (Hrsg.), *European Private Law Beyond the Common Frame of Reference. Essays in Honour of Reinhard Zimmermann*, Europa Law Publishing, Groningen 2008, S. 84, erläutert, dass im europäischen Vertragsrecht auch die Schenkung als Vertrag qualifiziert sei. Das bedeute, dass auch für den Abschluss eines Schenkungsvertrags eine Einigung erforderlich sei, die durch Angebot und Annahme erzielt werde.

51 — Im österreichischen Recht vgl. § 861 des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs (ABGB), aus dem hervorgeht, dass ein Vertrag durch eine Einigung zustande kommt. Im Schrifttum vgl. zum österreichen Recht z. B. Koziol, H., Welser, R., *Grundriss des bürgerlichen Rechts. Band I: Allgemeiner Teil — Sachenrecht — Familienrecht*, 11. Auflage, Manzsche Verlags- u. Universitätsbuchhandlung, Wien 2000, S. 109 ff. Im französischen Recht vgl. Art. 1101 des Code civil, wonach ein Vertrag eine Vereinbarung ist, durch die sich eine oder mehrere Personen gegenüber einer anderen oder mehreren anderen Personen verpflichten, etwas zu geben, etwas zu tun oder etwas zu unterlassen. Im italienischen Recht vgl. Art. 1321 des Codice civile, wonach ein Vertrag eine Vereinbarung zwischen zwei oder mehr Parteien ist, durch die die Parteien untereinander ein Rechtsverhältnis begründen, regeln oder beenden. Im italienischen Schrifttum vgl. z. B. Gazzoni, F., *Manuale di diritto privato*, 12. Auflage, Edizioni Scientifiche Italiane, Neapel 2006, S. 837 ff. Im deutschen Recht vgl. §§ 145 ff. des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB), aus denen hervorgeht, dass ein Vertrag durch übereinstimmende Willenserklärungen, Antrag und Annahme, zustande kommt. Im Schrifttum vgl. Larenz, K., Wolf, M., *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 9. Auflage, Beck, München 2004, S. 551, Randnr. 3. Im slowenischen Recht vgl. Art. 15 des Obligacijski zakonik, wonach ein Vertrag geschlossen ist, wenn sich die Vertragsparteien über seine wesentlichen Bestandteile einigen. Im Schrifttum vgl. Kranjc. V., in: Juhart, M., Plavšak, N. (Hrsg.), *Obligacijski zakonik s komentarjem, 1. knjiga*, GV založba, Ljubljana 2003, Kommentar zu Art. 15, S. 207 ff. Im spanischen Recht vgl. Art. 1258 des Código Civil, wonach der Vertragsschluss eine Einigung voraussetzt. Im Schrifttum vgl. allgemein zum Vertragsschluss nach spanischem Recht Cossio y Corral, A., Cossío y Martínez, M., León Alonso, J., *Instituciones de derecho civil*, Civitas, Madrid 1988, S. 387 ff. Eine Einigung ist im Übrigen auch für den Abschluss von Schenkungsverträgen erforderlich; für den Abschluss eines Schenkungsvertrags muss der Beschenkte der Schenkung zustimmen. In diesem Zusammenhang vgl. z. B. im österreichischen Schrifttum Koziol, H., Welser, R., *Grundriss des bürgerlichen Rechts. Band II. Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht*, 12. Auflage, Manzsche Verlags- u. Universitätsbuchhandlung, Wien 2001, S. 178.

gerichtet war. So ist z. B. nach dem DCFR der Wille der Partei, ein bindendes Rechtsverhältnis zu begründen oder eine andere Rechtswirkung herbeizuführen, aus den Erklärungen oder dem Verhalten dieser Partei zu ermitteln, wie diese vernünftigerweise von der anderen Partei verstanden wurden (Art. II. 4:102) [52]. Dieser Standpunkt wird auch im Schrifttum vertreten [53]. Zudem zeigt eine rechtsvergleichende Betrachtung, dass eine entsprechende Regelung nach dem Recht zahlreicher Mitgliedstaaten gilt [54].

52. Ferner ist darauf hinzuweisen, dass der Vertragsschluss im Rahmen des Gemeinschaftsrechts in der Regel keiner besonderen Form unterliegt, es sei denn, dies ist für einzelne Vertragstypen besonders festgelegt, wie für Verbraucherkreditverträge [55] oder Verträge über die Teilnutzung von Immobilien [56]. Im Gegenteil, wenn Vorschriften, die besondere Vertragstypen regeln, keine besondere Form festlegen, ist eine solche für den Abschluss eines wirksamen Vertrags nicht erforderlich. Dass der Vertragsschluss in der Regel keiner besonderen Form unterliegt, geht auch aus dem DCFR [57] und dem Schrifttum [58] hervor, und auch eine rechtsvergleichende Betrachtung ergibt, dass nach dem Recht zahlreicher Mitgliedstaaten eine bestimmte Form für den Vertragsschluss im Allgemeinen nicht erforderlich ist, sofern sie nicht gesondert vorgeschrieben ist [59].

52 — Im Original lautet Art. II.-4:102 (*How intention is determined*) DCFR: „The intention of a party to enter into a binding legal relationship or bring about some other legal effect is to be determined from the party's statements or conduct as they were reasonably understood by the other party." In den PECL vgl. Art. 2.102 (*Intention*).

53 — Vgl. z. B. Kötz, H., Flessner, A., *European contract law. Vol. 1: Formation, Validity, and Content of Contracts; Contract and Third Parties*, Clarendon Press, Oxford 1997, S. 19, denen zufolge zu prüfen ist, wie das Angebot von einem verständigen Empfänger verstanden würde.

54 — Vgl. z. B. im englischen Recht die Sache Smith v Hughes, (1871) L.R. 6 Q. B., S. 607, im österreichischen Recht § 863 ABGB und im italienischen Recht Art. 1362 des Codice Civile. Das slowenische Recht enthält keine ausdrückliche Bestimmung, vgl. aber Kranjc, V., a. a. O. (Fn. 51), S. 211.

55 — Art. 10 Abs. 1 der Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates (ABl. L 133, S. 66) bestimmt: „Kreditverträge werden auf Papier oder auf einem anderen dauerhaften Datenträger erstellt."

56 — Nach Art. 4 erster Gedankenstrich der Richtlinie 94/47/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 1994 zum Schutz der Erwerber im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Verträgen über den Erwerb von Teilzeitnutzungsrechten an Immobilien (ABl. L 280, S. 83) müssen die Mitgliedstaaten in ihren Rechtsvorschriften vorsehen, dass „der Vertrag, der der Schriftform bedarf, mindestens die im Anhang [der Richtlinie] genannten Angaben enthalten muss".

57 — Art. II.-1:107 (*Form*) Abs. 1 DCFR bestimmt: „A contract or other juridical act need not be concluded, made or evidenced in writing nor is it subject to any other requirement as to form." In den PECL vgl. Art. 2:101 (*Conditions for the Conclusion of a Contract*) Abs. 2.

58 — Laut Riesenhuber, K., a. a. O. (Fn. 50), S. 317, sind im Vertragsrecht Vorschriften, die das Zustandekommen eines Rechtsgeschäfts an die Wahrung einer Form knüpfen, nur vereinzelt vorgesehen.

59 — Im Zusammenhang mit dem Formzwang seien rechtsvergleichend nur einige Mitgliedstaaten genannt, in denen das Schuldrecht in der Regel keine besondere Form für den Vertragsschluss vorschreibt oder dies lediglich bei bestimmten Vertragstypen tut. Im österreichischen Recht vgl. § 883 ABGB, wonach außer in den im Gesetz bestimmten Fällen keine bestimmte Form für den Vertragsschluss erforderlich ist; im italienischen Recht vgl. Art. 1350 des Codice civile, der die Schriftform nur für bestimmte Vertragstypen vorschreibt; im deutschen Recht vgl. § 125 BGB, wonach ein Rechtsgeschäft, das der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, nichtig ist; im slowenischen Recht vgl. Art. 51 des Obligacijski zakonik, der bestimmt, dass für den Vertragsschluss keinerlei Form erforderlich ist, sofern nicht in einem Gesetz anderes bestimmt ist; im spanischen Recht vgl. Art. 1278 des Código Civil, wonach Verträge ungeachtet der Form, in der sie geschlossen werden, bindend sind, wenn die wesentlichen Voraussetzungen für ihre Wirksamkeit erfüllt sind.

53. Des Weiteren braucht im Rahmen der Feststellung, ob in einem bestimmten Fall ein Vertrag geschlossen wurde, nicht ausdrücklich bestimmt zu werden, um welchen Vertragstyp es sich handelt. Verträge können nämlich Nominatverträge, also im Hinblick auf den Vertragstyp ausdrücklich bezeichnet [60], oder Innominatverträge sein, d. h. Verträge, die keine ausdrückliche Bezeichnung haben [61]. Dies entspricht auch der Privatautonomie [62].

54. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die in der Verordnung Nr. 44/2001 verwendeten Begriffe autonom auszulegen und dabei in erster Linie die Systematik und die Ziele dieser Verordnung zu berücksichtigen sind, um deren einheitliche Anwendung in allen [63] Mitgliedstaaten [64] sicherzustellen. Daher kommt es im Rahmen der Auslegung der Verordnung Nr. 44/2001 nicht auf die rechtliche Qualifizierung des Anspruchs auf Auszahlung eines zugesagten Gewinns im nationalen Recht an. Ungeachtet dessen sei — rein rechtsvergleichend — erwähnt, dass es z. B. in der österreichischen, der deutschen und der französischen Literatur und Rechtsprechung keinen einheitlichen Standpunkt zu dieser Qualifizierung gibt.

55. Im österreichischen Schrifttum begegnet man der Auffassung, dass es durch eine Gewinnzusage zu einem Vertragsschluss kommen könne und dass der Eindruck, den Gewinnzusagen beim Verbraucher erweckten, einen objektiven Erklärungswert habe, durch den ein Vertrag zustande kommen

60 — Etwa Kaufvertrag, Kreditvertrag, Mietvertrag.

61 — So enthält z. B. auch der DCFR in Buch II (*Contracts and other juridical acts*) allgemeine Bestimmungen über Verträge und in Buch IV (*Specific contracts and the rights and obligations arising from them*) Bestimmungen über einzelne Vertragstypen. Rechtsvergleichend sei bemerkt, dass auch die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten die Unterscheidung zwischen Nominatverträgen und Innominatverträgen kennen. Vgl. z. B. im österreichischen Recht Rummel, P., in: Rummel, P., *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch: mit EheG, KSchG, MRG, WGG, WEG 2002, BTVG, HeizKG, IPRG, EVÜ*, Manzsche Verlags- u. Universitätsbuchhandlung, Wien 2000, Kommentar zu § 859 AGBG, Randnr. 21; im französischen Recht Antonmattei, P.-H., Raynard, J., *Droit civil: Contrats spéciaux*, 3. Auflage, Litec, Paris 2002, S. 3; im deutschen Recht Kramer, E. A., in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 5. Auflage, Beck, München 2006, Kommentar zu § 145, Randnr. 4; im slowenischen Recht Cigoj, S., *Teorija obligacij. Splošni del obligacijskega prava*, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2003, S. 100.

62 — Zur Privatautonomie siehe rechtsvergleichend im deutschen Schrifttum Larenz, K., Wolf, M., a. a. O. (Fn. 51), Randnr. 2, im österreichischen Recht Koziol, H., Welser, R., *Grundriss des bürgerlichen Rechts. Band I: Allgemeiner Teil — Sachenrecht — Familienrecht*, 11. Auflage, Manzsche Verlags- u. Universitätsbuchhandlung, Wien 2000, S. 84, im französischen Recht Starck, B., Roland, H., Boyer, L., *Droit civil. Les obligations. 2. Contrat*, 6. Auflage, Litec, Paris 1998, S. 4 ff.

63 — Wie ich bereits in Fn. 6 dieser Schlussanträge erläutert habe, geht aus dem 21. Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 44/2001 hervor, dass sich Dänemark an der Annahme der Verordnung nicht beteiligt hat, die daher für Dänemark nicht bindend und ihm gegenüber nicht anwendbar ist. Wie sich aus dem 22. Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 44/2001 ergibt, ist in den Beziehungen zwischen Dänemark und den durch diese Verordnung gebundenen Mitgliedstaaten weiterhin das Brüsseler Übereinkommen anzuwenden.

64 — Das Erfordernis einer autonomen Auslegung der in der Verordnung Nr. 44/2001 verwendeten Begriffe lässt sich durch Analogie aus der Rechtsprechung zum Brüsseler Übereinkommen herleiten, in der der Gerichtshof wiederholt festgestellt hat, dass die in diesem Übereinkommen verwendeten Begriffe autonom auszulegen sind, wobei in erster Linie die Systematik und die Ziele des Übereinkommens zu berücksichtigen sind, um dessen einheitliche Anwendung in allen Vertragsstaaten sicherzustellen. Vgl. in diesem Sinne Urteile vom 21. Juni 1978, Bertrand (150/77, Slg. 1978, 1431, Randnrn. 14 bis 16), vom 19. Januar 1993, Shearson Lehman Hutton (C-89/91, Slg. 1993, I-139, Randnr. 13), vom 3. Juli 1997, Benincasa (C-269/95, Slg. 1997, I-3767, Randnr. 12), vom 27. April 1999, Mietz (C-99/96, Slg. 1999, I-2277, Randnr. 26), sowie in Fn. 4 angeführte Urteile Gabriel (Randnr. 37) und Engler (Randnr. 33). Im Schrifttum vgl. Schmidt-Kessel, M., „Europäisches Vertragsrecht", in: Riesenhuber, K. (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre. Handbuch für Ausbildung und Praxis*, de Gruyter Recht, Berlin 2006, S. 395, Randnr. 11, der erläutert, dass die Vorschriften und Begriffe des europäischen Vertragsrechts autonom und nicht etwa nur mit Blick auf die nationalen Rechtsordnungen auszulegen seien.

könne [65]. In diese Richtung geht auch die Ansicht, dass durch die Gewinnzusage und ihre Annahme — mit und ohne Warenbestellung — *per se* ein Vertrag entstehe [66]. Andere Autoren meinen, dass es sich bei dem Anspruch auf Auszahlung eines zugesagten Gewinns um einen Schadensersatzanspruch aus *culpa in contrahendo* handele [67]. Einige österreichische Autoren haben den Anspruch als Anspruch *sui generis* bezeichnet [68]. Im Schrifttum wird ferner die Ansicht vertreten, dass es sich um einen Anspruch im Zusammenhang mit einem Institut handele, das der Auslobung ähnle [69].

56. Zu erwähnen ist, dass § 661a des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs eine ähnliche Bestimmung enthält wie § 5j KSchG [70]. Auch im deutschen Schrifttum werden verschiedene Ansichten zur rechtlichen Qualifizierung des Anspruchs auf Auszahlung eines zugesagten Gewinns vertreten. So begegnet man der Auffassung, dass es sich dabei um einen Anspruch aus einem einseitigen Rechtsgeschäft handle [71], sowie dem Standpunkt, dass es um einen Anspruch aus einem gesetzlichen Schuldverhältnis gehe [72]. Als eine der möglichen Qualifizierungen wird auch der Anspruch aus *culpa in contrahendo* [73] oder aus einem der Auslobung verwandten Institut [74] genannt.

65 — Krejci, H., in: Rummel, P., a. a. O. (Fn. 61), Kommentar zu § 5j KSchG, S. 254, Randnr. 8.

66 — Klauser, A, „Gewinnzusagen sind einzuhalten!“, *ecolex 2002*, S. 574 ff. In diesem Zusammenhang sei darauf hingewesen, dass Klauser vor der Veröffentlichung dieses Aufsatzes einen anderen Standpunkt vertreten hatte; vgl. Klauser, A., „Der Anspruch nach § 5j KSchG in dogmatischer und kollisionsrechtlicher Hinsicht“, *ecolex 1999*, S. 752 ff.

67 — Diesen Standpunkt vertritt Klauser, A., „Der Anspruch nach § 5j KSchG in dogmatischer und kollisionsrechtlicher Hinsicht“, a. a. O. (Fn. 66); zustimmend Wukoschitz, M., „Grenzüberschreitende Gewinnzusagen — Was der Generalanwalt wirklich sagte … Replik zu Klauser in ecolex 2002, 80“, *ecolex 2002*, S. 423 ff. Zur Definition der *culpa in contrahendo* im österreichischen Recht vgl. z. B. Koziol, H., Welser, R., *Grundriss des bürgerlichen Rechts. Band I: Allgemeiner Teil — Sachenrecht — Familienrecht*, 11. Auflage, Manzsche Verlags- u. Universitätsbuchhandlung, Wien 2000, S. 29. Die Autoren führen u. a. aus, dass eine vertragschließende Partei den Partner insbesondere über solche Umstände aufklären müsse, die dem gültigen Zustandekommen des Geschäfts entgegenstehen könnten; wer eine solche Verpflichtung verletze *(culpa in contrahendo)*, müsse dem anderen Teil Ersatz leisten.

68 — Fenyves, A., „Zur Deckung von Ansprüchen nach § 5j KSchG in der Rechtsschutzversicherung“, *Verbraucherrecht 2003*, S. 89 ff.; Matt, A., „Noch einmal § 5j KSchG“, *ecolex 2000*, S. 494.

69 — Klauser, A., „Der Anspruch nach § 5j KSchG in dogmatischer und kollisionsrechtlicher Hinsicht“, a. a. O. (Fn. 66). Die Auslobung ist allerdings an eine unbestimmte Zahl von Personen gerichtet, anders als die Gewinnzusage in der vorliegenden Rechtssache, die namentlich an einen bestimmten Verbraucher gerichtet ist. Zur Auslobung vgl. im österreichischen Schrifttum Rummel, P., in: Rummel, P., a. a. O. (Fn. 61), Kommentar zu § 860 ABGB.

70 — § 661a BGB bestimmt: „Ein Unternehmer, der Gewinnzusagen oder vergleichbare Mitteilungen an Verbraucher sendet und durch die Gestaltung dieser Zusendungen den Eindruck erweckt, dass der Verbraucher einen Preis gewonnen hat, hat dem Verbraucher diesen Preis zu leisten.“

71 — Lorenz, S., „Internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte und Anwendbarkeit von § 661a BGB bei Gewinnmitteilungen aus dem Ausland: Erweiterungen des Verbrauchergerichtsstands durch die ‚Brüssel I-Verordnung‘ (zu LG Braunschweig, 10.1.2002 — 10 O 2753/00)“, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, Nr 3/2002, S. 193.

72 — So z. B. Schulze, R., in: Schulze, R., Dörner, H., Ebert, I. (Hrsg.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 5. Auflage, Nomos, Baden-Baden 2007, Kommentar zu § 661a, Randnr. 1; Mansel, P., in: Jauernig, O., *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 12. Auflage, Beck, München 2007, Kommentar zu § 661a, Randnr. 2.

73 — Als Beispiel für die Qualifizierung der Gewinnzusage als *culpa in contrahendo* wird in der Regel ein Urteil des Landgerichts Braunschweig vom 10. Januar 2002, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, Nr. 3/2002, S. 213, genannt; Kommentar zu diesem Urteil: Lorenz, S., a. a. O. (Fn. 71), S. 192.

74 — Kotzian-Marggraf, K., in: Bamberger, H. G., Roth, H., *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (Beck'scher Online-Kommentar), 9. Auflage, Beck, München 2007, Kommentar zu § 661a, Randnr. 1.

57. Die französische Rechtsprechung hingegen hat derartige Gewinnzusagen der Gruppe der „Quasiverträge“ zugerechnet [75].

58. Die Beantwortung der ersten Vorlagefrage hängt demnach maßgeblich davon ab, ob es im Ausgangsverfahren zum Abschluss eines Vertrags zwischen R. Ilsinger und Schlank & Schick gekommen ist.

3. Vorliegen eines Verbrauchervertrags im Ausgangsverfahren

59. Im Rahmen der Prüfung, ob im Ausgangsverfahren ein Vertrag geschlossen wurde, stellt sich zunächst die Frage, ob die Parteien durch Angebot und Annahme eine Einigung über den Abschluss eines Vertrags erzielt haben. Dabei ist zunächst zu untersuchen, ob die Gewinnzusage als Angebot an einen Verbraucher verstanden werden kann. Wie bereits festgestellt, beurteilt sich die Frage, ob ein Angebot gemacht wurde, aus der Sicht des Empfängers des Angebots.

60. Auf die Frage, ob es sich bei einer Gewinnzusage gegenüber einem Verbraucher um ein Angebot handelt, kann meines Erachtens keine allgemeine Antwort gegeben werden. Es muss im jeweils konkreten Fall geprüft werden, wie ein Durchschnittsverbraucher die Gewinnzusage des Verkäufers verstanden hätte und ob aus Sicht des Verbrauchers davon ausgegangen werden kann, dass ihm der Verkäufer mit der Gewinnzusage ein Angebot gemacht hat. Diese Würdigung des Sachverhalts ist im konkreten Fall vom nationalen Gericht vorzunehmen. Im Vorabentscheidungsverfahren, das auf einer klaren Aufgabenteilung zwischen den nationalen Gerichten und dem Gerichtshof beruht, ist nämlich für jegliche Würdigung des Sachverhalts das nationale Gericht zuständig [76].

61. Das nationale Gericht wird daher im Rahmen seiner Prüfung klären müssen, ob das Angebot z. B. davon abhängig gemacht wurde, dass sein Empfänger einen weiteren

75 — Im Schrifttum vgl. Reifegerste, S., „Fondement de la responsabilité des sociétés organisatrices de loteries publicitaires“, *La Semaine Juridique (Édition Générale)*, Nr. 46/2002, S. 2023; Fages, B., „L'annonce d'un gain à des fins publicitaires (comparaison franco-allemande sur fond de jurisprudence européenne“, in: Coester, M., Martiny, D., Prinz von Sachsen Gessaphe, K. A. (Hrsg.), *Privatrecht in Europa. Vielfalt, Kollision, Kooperation. Festschrift für Hans Jürgen Sonnenberger zum 70. Geburtstag*, Beck, München 2004, S. 230 ff.; Dutoit, B., „Le consommateur face aux promesses de gain non tenues: quel tribunal est compétent?: à propos des arrêts Gabriel et Engler de la Cour de justice des communautés européennes“, in: *Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux: mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Dalloz, Paris 2006, S. 154; Berrebi, J., „ECJ judgment C-27/02, 20 January 2005, Engler v. Janus Versand GmbH — Entitlement of a consumer to whom misleading advertising has been sent to seek payment, in judicial proceedings, of the prize which he has ostensibly won (French case note)“, *European Review of Private Law*, Nr. 1/2006, S. 138 ff.

76 — Vgl. in diesem Sinne Urteile vom 8. März 2001, Gourmet International Products (C-405/98, Slg. 2001, I-1795, Randnr. 33), vom 25. Februar 2003, IKA (C-326/00, Slg. 2003, I-1703, Randnr. 27), vom 11. März 2004, Lasteyrie du Saillant (C-9/02, Slg. 2004, I-2409, Randnr. 41), vom 26. Mai 2005, Burmanjer u. a. (C-20/03, Slg. 2005, I-4133, Randnrn. 31 und 32), vom 23. Februar 2006, A-Punkt Schmuckhandels (C-441/04, Slg. 2006, I-2093, Randnr. 25), und vom 28. September 2006, Ahokainen in Leppik (C-434/04, Slg. 2006, I-9171, Randnr. 37).

Vertrag schließt oder eine ihn zum Gewinn berechtigende Identifikationsnummer besitzt, und ob diese Voraussetzung erfüllt war.

62. Wenn das nationale Gericht feststellt, dass dem Verbraucher im konkreten Fall ein Angebot gemacht wurde, muss es außerdem prüfen, ob der Verbraucher das Angebot angenommen hat. Es hat zu berücksichtigen, dass der Verbraucher das Angebot in eindeutiger und unmissverständlicher Weise annehmen muss, etwa indem er dem Verkäufer, der ihm die Gewinnzusage geschickt hat, das verlangte Gewinn-Anforderungs-Zertifikat zusendet, auf das er den Kupon mit der Identifikationsnummer geklebt hat.

63. Das nationale Gericht hat also im jeweils konkreten Fall festzustellen, ob ein Angebot vorgelegen hat und ob der Verbraucher das Angebot angenommen hat, wodurch es zu einer Einigung und damit zu einem Vertragsschluss gekommen wäre. Es hat ferner zu berücksichtigen, dass der Abschluss dieses Vertrags keiner besonderen Form unterliegt und dass der Vertrag zur Gruppe der Innominatverträge gehören kann.

4. Das Erfordernis eines hohen Verbraucherschutzniveaus

64. Nachdem festgestellt worden ist, dass die einem Verbraucher gegebene Gewinnzusage zum Abschluss eines Vertrags und damit zur Zuständigkeit der Gerichte in dem Mitgliedstaat führen kann, in dem der Verbraucher seinen Wohnsitz hat, möchte ich unterstreichen, dass dieser Standpunkt auch durch das Erfordernis eines hohen Schutzniveaus für den Verbraucher als die im Rahmen von Verbraucherverträgen schwächere Vertragspartei gestützt wird.

65. Der Gerichtshof hat festgestellt, dass die besonderen Bestimmungen über die Zuständigkeit für Verbrauchersachen von dem Bestreben getragen sind, „den Verbraucher als den wirtschaftlich schwächeren und rechtlich weniger erfahrenen Vertragspartner zu schützen, und dass diesem daher der Entschluss zur gerichtlichen Wahrnehmung seiner Rechte nicht dadurch erschwert werden darf, dass er bei den Gerichten des Staates klagen muss, in dessen Hoheitsgebiet sein Vertragspartner seine Niederlassung hat“ [77]. Durch die besonderen Bestimmungen über Verbrauchersa-

77 — Vgl. entsprechend zum Brüsseler Übereinkommen Urteil Shearson Lehman Hutton (in Fn. 64 angeführt, Randnr. 18); vgl. ferner Schlussanträge des Generalanwalts Jacobs vom 8. Juli 2004 in der Rechtssache Engler (in Fn. 4 angeführt, Nr. 28).

chen sollen die Schwierigkeiten beseitigt werden, auf die ein Verbraucher bei einer Auseinandersetzung über einen Verbrauchervertrag stoßen kann, wenn er in einem anderen Staat Klage erheben muss [78].

66. Die Bestimmungen über die Zuständigkeit für Verbrauchersachen sind in der Verordnung Nr. 44/2001 inhaltlich weiter gefasst als im Brüsseler Übereinkommen, so dass sich auch der Umfang des Verbraucherschutzes vergrößert hat. Die inhaltliche Erweiterung der Bestimmungen über Verbrauchersachen bringt die allgemeine Orientierung der Gemeinschaft hin zu einer Verstärkung des Verbraucherschutzes zum Ausdruck. So ergibt sich das Erfordernis eines hohen Verbraucherschutzniveaus etwa auch aus dem Grünbuch „Die Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstands im Verbraucherschutz“ [79]. Die Kommission führt dort aus: „Es gilt, die Zuversicht der Verbraucher in den Binnenmarkt zu stärken, indem ihnen EU-weit ein gleich hoher Schutz zugesichert werden kann.“ [80] Auch die Vorschriften des materiellen Gemeinschaftsrechts sind auf ein höheres Verbraucherschutzniveau ausgerichtet, wie z. B. der Erlass der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken [81] zeigt. Ebenso folgt aus der vor Kurzem erlassenen Verordnung Nr. 593/2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I) das Erfordernis eines hohen Verbraucherschutzniveaus [82].

67. Angesichts des Vorstehenden kann dem in der Sitzung vorgetragenen Argument des Insolvenzverwalters im Konkurs von Schlank & Schick, Verbraucherschutz sei nicht gerechtfertigt, wenn der Verbraucher im Rahmen der Verbraucherbeziehung keinerlei Verpflichtung eingegangen sei, nicht zugestimmt werden. Zweck der Verbraucherschutzbestimmungen ist nicht, nur dann Schutz für den Verbraucher zu gewährleisten, wenn er durch den Vertrag Verpflichtungen übernimmt, sondern auch, jede Irreführung des Verbrauchers zu verhindern, wenn ein nur einseitig verpflichtender Vertrag geschlossen

78 — Vgl. entsprechend zum Brüsseler Übereinkommen in Fn. 77 angeführte Schlussanträge von Generalanwalt Jacobs in der Rechtssache Engler (Nr. 29).

79 — Grünbuch „Die Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstands im Verbraucherschutz“ (vorgelegt von der Europäischen Kommission), KOM(2006) 744 endg. Auch bei der Ausarbeitung des Gemeinsamen Referenzrahmens wird die Kommission der Erörterung von Problemen des Verbrauchervertragsrechts Priorität einräumen, um sicherzustellen, dass die entsprechenden Erkenntnisse in die Überarbeitung des gemeinschaftlichen Besitzstands im Bereich des Verbraucherschutzes einfließen können. Vgl. Zweiten Fortschrittsbericht der Kommission zum Gemeinsamen Referenzrahmen, KOM(2007) 447 endg.

80 — Grünbuch „Die Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstands im Verbraucherschutz“ (in Fn. 79 angeführt, S. 4).

81 — Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken) (ABl. L 149, S. 22).

82 — Nach Art. 6 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I) (ABl. L 177, S. 6) unterliegen Verbraucherverträge „dem Recht des Staates, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, sofern der Unternehmer a) seine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit in dem Staat ausübt, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, oder b) eine solche Tätigkeit auf [irgendeine] Weise auf diesen Staat oder auf mehrere Staaten, einschließlich dieses Staates, ausrichtet und der Vertrag in den Bereich dieser Tätigkeit fällt“. Nach Art. 6 Abs. 2 können die Parteien das anzuwendende Recht wählen, doch darf die Rechtswahl nicht dazu führen, dass „dem Verbraucher der Schutz entzogen wird, der ihm durch diejenigen Bestimmungen gewährt wird, von denen nach dem Recht, das nach Absatz 1 mangels einer Rechtswahl anzuwenden wäre, nicht durch Vereinbarung abgewichen werden darf“. Nach ihrem Art. 29 wird die Verordnung ab 17. Dezember 2009 gelten.

wurde. Durch eine falsche Gewinnzusage wird der Verbraucher in die Irre geführt und dadurch sein wirtschaftliches Verhalten beeinflusst. Möglich ist außerdem, dass der Verbraucher infolge der Gewinnzusage einen Schaden erlitten hat, wenn er in dem guten Glauben, dass er den Preis gewonnen habe, den scheinbar gewonnenen Geldbetrag ausgegeben hat oder aufgrund des scheinbar zugesagten Gewinns für sich nachteilige wirtschaftliche Entscheidungen getroffen hat.

68. Zu berücksichtigen ist ferner, dass dem Verbraucher durch die Möglichkeit, Klage bei dem Gericht des Ortes zu erheben, in dem er seinen Wohnsitz hat, noch nicht garantiert wird, dass das Gericht auch in der Sache zu seinen Gunsten entscheidet und ihm den mit der Klage eingeforderten Gewinn zuspricht, sondern dass ihm nur verfahrensrechtlicher Schutz gewährt wird. Denselben verfahrensrechtlichen Schutz genösse ein Verbraucher, wenn er z. B. durch einen Vertrag über den Kauf von Waren die finanzielle Verpflichtung zur Zahlung eines Mindestbetrags eingegangen wäre. Zudem ist es angesichts dessen, dass der Verbraucher vor falschen Gewinnzusagen, die unter die unlauteren Geschäftspraktiken fallen, auch materiellrechtlich — nach der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken — geschützt ist [83], sinnvoll, dass er insoweit auch verfahrensrechtlichen Schutz genießt, natürlich unter der Voraussetzung, dass es im konkreten Fall zum Abschluss eines Vertrags gekommen ist.

5. Antwort auf die erste Vorlagefrage

69. Aus den vorstehenden Ausführungen folgt, dass der Anspruch des Verbrauchers auf Auszahlung eines scheinbar gewonnenen Preises ein Anspruch aus einem Vertrag im Sinne von Art. 15 Abs. 1 Buchst. c der Verordnung Nr. 44/2001 sein kann, wenn das nationale Gericht anhand sämtlicher Umstände des Falles feststellt, dass im Fall des Ausgangsverfahrens ein Vertrag geschlossen wurde.

70. Auf die erste Vorlagefrage ist daher zu antworten, dass Art. 15 Abs. 1 Buchst. c der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen dahin auszulegen ist, dass der Anspruch, kraft dessen Verbraucher nach dem Recht des Mitgliedstaats, in dem sie ihren Wohnsitz haben, von in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Unternehmern den scheinbar gewonnenen Preis gerichtlich einfordern können, wenn Letztere Gewinnzusagen an bestimmte Verbraucher senden und durch die Gestaltung dieser Zusendungen den Eindruck erwecken, dass der Verbraucher einen bestimmten Preis gewonnen habe, ohne dass der Gewinnabruf von einer Warenbestellung oder auch nur einer Testbe-

83 — Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken (in Fn. 81 angeführt) nennt unter der Überschrift „Geschäftspraktiken, die unter allen Umständen als unlauter gelten“ in Nr. 31 ihres Anhangs I auch das „Erwecken des fälschlichen Eindrucks, der Verbraucher habe bereits einen Preis gewonnen, werde einen Preis gewinnen oder werde durch eine bestimmte Handlung einen Preis oder einen sonstigen Vorteil gewinnen, obwohl: es in Wirklichkeit keinen Preis oder sonstigen Vorteil gibt, oder die Möglichkeit des Verbrauchers, Handlungen in Bezug auf die Inanspruchnahme des Preises oder eines sonstigen Vorteils vorzunehmen, in Wirklichkeit von der Zahlung eines Betrags oder der Übernahme von Kosten durch den Verbraucher abhängig gemacht wird“. Nach Art. 5 Abs. 1 dieser Richtlinie sind unlautere Geschäftspraktiken verboten.

stellung abhängig gemacht wurde und wenn auch keine Warenbestellung erfolgte, jedoch der Gewinn vom Mitteilungsempfänger abgerufen wird, ein Anspruch aus einem Vertrag im Sinne des genannten Artikels der Verordnung sein kann, wenn im Fall des Ausgangsverfahrens ein Verbrauchervertrag im Sinne dieses Artikels geschlossen wurde. Ob im Fall des Ausgangsverfahrens ein Verbrauchervertrag im Sinne dieses Artikels geschlossen wurde, ist vom nationalen Gericht zu prüfen.

C — *Zweite Vorlagefrage*

71. Das nationale Gericht stellt die zweite Vorlagefrage nur subsidiär für den Fall, dass die erste Vorlagefrage verneint wird. Mit der zweiten Frage möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob der Anspruch des Verbrauchers auf Auszahlung des scheinbar gewonnenen Preises ein Anspruch aus einem Vertrag im Sinne von Art. 15 Abs. 1 Buchst. c der Verordnung Nr. 44/2001 ist, wenn der Gewinnauszahlungsanspruch wohl nicht von einer Warenbestellung abhängig gemacht wurde, der Mitteilungsempfänger jedoch Waren bestellt hat. Es geht also um die Frage, ob für die Klage auf Gewinnauszahlung dasselbe Gericht zuständig ist, das für Rechtssachen im Zusammenhang mit einem Vertrag über die Bestellung von Waren zuständig gewesen wäre.

72. Da die Antwort auf die erste Vorlagefrage vom Ausgang der Prüfung des nationalen Gerichts abhängt, werde ich im Folgenden eine Untersuchung vornehmen, die das nationale Gericht berücksichtigen müsste, wenn es die erste Vorlagefrage verneinen sollte.

73. Im Rahmen dieser Frage ist darauf hinzuweisen, dass der Gerichtshof zum Brüsseler Übereinkommen im Urteil Gabriel [84] festgestellt hat, dass in einem Fall, in dem der Verbraucher beim Verkäufer Waren bestellt hat, zwischen dem Verkäufer und dem Verbraucher unbestreitbar eine Vertragsbeziehung besteht, da der Verbraucher mit der Warenbestellung die Annahme des Angebots einschließlich aller damit verbundenen Bedingungen erklärt hat, das der Verkäufer an ihn gerichtet hatte [85]. Durch diese Willenseinigung der beiden Parteien sind gegenseitige, voneinander abhängende Pflichten im Rahmen eines Vertrags über den Kauf von Waren entstanden [86].

74. Auch in der vorliegenden Rechtssache ist es — wenn die Verbraucherin Waren bestellt hat — zum Abschluss eines Vertrags über den

84 — Urteil Gabriel (in Fn. 4 angeführt).
85 — Urteil Gabriel (in Fn. 4 angeführt, Randnr. 48).
86 — Urteil Gabriel (in Fn. 4 angeführt, Randnr. 49).

Kauf von Waren gekommen, der unbestreitbar unter Art. 15 Abs. 1 Buchst. c der Verordnung Nr. 44/2001 fällt, da die Voraussetzungen für einen Vertragsschluss erfüllt sind. Die Zuständigkeit der Gerichte für Streitigkeiten aus dem Vertrag über den Kauf von Waren richtet sich deshalb nach den die Verbrauchersachen betreffenden Vorschriften der Verordnung Nr. 44/2001. Die zweite Frage in der vorliegenden Rechtssache geht jedoch dahin, ob sich auch die Zuständigkeit für eine Klage auf Gewinnauszahlung nach diesen Vorschriften richtet, wenn der Verbraucher zusammen mit der Zusendung des Gewinn-Anforderungs-Zertifikats, auf das er den Kupon mit der Identifikationsnummer geklebt hat, beim Verkäufer Waren bestellt hat.

75. Der Gerichtshof hat im Urteil Gabriel zum Brüsseler Übereinkommen festgestellt, dass in einem Fall, in dem der Verbraucher beim Verkäufer Waren bestellt hat, auch die Zuständigkeit für die Klage, mit der der Verbraucher die Herausgabe eines gewonnenen Preises verlangt, nach den Bestimmungen über Verbrauchersachen festzustellen ist [87]. Dies hat er damit begründet, dass das Recht des Verbrauchers auf Erhebung einer Klage auf Gewinnauszahlung eng mit dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag verbunden ist, denn auch zwischen der Gewinnzusage und der Warenbestellung besteht eine untrennbare Verbindung, weil die Warenbestellung die Vorbedingung für die Gewinnauszahlung ist [88]. Weiter hat der Gerichtshof festgestellt, dass der Verbraucher die Waren im Wesentlichen oder sogar ausschließlich bestellt hat, weil die finanziellen Vorteile, die ihm versprochen wurden, erheblich größer sind als der für die Bestellung erforderliche Mindestbetrag [89].

76. Zwar liegt der Rechtssache Gabriel ein anderer Sachverhalt zugrunde als der vorliegenden Rechtssache. In der Rechtssache Gabriel hatte das Unternehmen, das den Gewinn zugesagt hatte, dessen Auszahlung von der vorherigen Bestellung von Waren durch den Verbraucher abhängig gemacht. Im vorliegenden Fall wurde die Gewinnauszahlung allerdings nicht von einer Warenbestellung abhängig gemacht. Dennoch ist dieser Fall meines Erachtens so zu behandeln wie der Fall, in dem die Gewinnauszahlung von einer Warenbestellung abhängig gemacht wird, und die Zuständigkeit für die Klage auf Gewinnauszahlung richtet sich nach denselben Vorschriften wie die Zuständigkeit für Streitigkeiten im Zusammenhang mit einem Vertrag über die Bestellung von Waren.

77. Obwohl eine Warenbestellung keine Voraussetzung für den Anspruch auf Gewinnauszahlung ist, ist sie eng mit der Gewinnzusage verbunden, und damit ist auch die Klage des Verbrauchers, mit der er die Gewinnauszahlung begehrt, eng mit dem Vertrag über den Kauf von Waren verbunden.

87 — Urteil Gabriel (in Fn. 4 angeführt, Randnr. 53).
88 — Urteil Gabriel (in Fn. 4 angeführt, Randnr. 54).
89 — Ebd.

Wie das vorlegende Gericht in seinem Vorlagebeschluss ausgeführt hat, will Schlank & Schick die Verbraucher durch die Gewinnzusage zum Abschluss von Verträgen über den Kauf von Waren motivieren. Die Gewinnzusage soll die Aufmerksamkeit des Verbrauchers wecken und seine Entscheidung über die Warenbestellung beeinflussen und — wie die slowenische Regierung zutreffend bemerkt — dadurch den Vorsprung des Verkäufers vor Anbietern gleichartiger Waren vergrößern.

78. Zweifellos kann der Verkäufer die Entscheidung des Verbrauchers über die Bestellung von Waren durch die Zusage eines Geldpreises sehr stark beeinflussen, auch wenn die in Aussicht gestellte Gewinnauszahlung nicht von einer Warenbestellung abhängt. Möglicherweise wird in der Gewinnzusage nicht klar genug angegeben, dass die in Aussicht gestellte Auszahlung nicht von einer Bestellung abhängt, und dies beeinflusst die Entscheidung des Verbrauchers über eine Bestellung von Waren. Möglicherweise nimmt der Verbraucher irrtümlich an, dass ihm eine Warenbestellung die Gewinnauszahlung sichern wird, möglich ist aber auch, dass er sich angesichts der Erlangung eines so großen Wertes moralisch verpflichtet fühlt, Waren zu bestellen. Wenn die in Aussicht gestellte Gewinnauszahlung nicht von einer Warenbestellung abhängig gemacht wird, ist der Verbraucher auch nicht verpflichtet, Waren zu einem Mindestbetrag zu bestellen, sondern kann Produkte in einem Wert seiner Wahl bestellen, was ihn noch zusätzlich zu einer Bestellung animieren kann. Da der Abschluss eines Vertrags über den Kauf von Waren also sehr eng mit der Gewinnzusage verbunden ist, sind Streitigkeiten in Bezug auf beide Rechtsverhältnisse von demselben Gericht zu entscheiden.

79. Darüber hinaus hat der Gerichtshof wiederholt festgestellt, dass eine Situation zu vermeiden ist, in der im Zusammenhang mit demselben Vertrag mehrere Gerichte zuständig wären, um der Gefahr einander widersprechender Entscheidungen zu begegnen und die Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen außerhalb des Urteilsstaats zu erleichtern [90].

80. Auf die zweite Vorlagefrage ist deshalb zu antworten, dass der Anspruch, kraft dessen Verbraucher von Unternehmern den scheinbar gewonnenen Preis gerichtlich einfordern können, ein Anspruch aus einem Vertrag im Sinne von Art. 15 Abs. 1 Buchst. c der Verordnung Nr. 44/2001 ist, wenn der Gewinnauszahlungsanspruch wohl nicht von einer Warenbestellung abhängig gemacht wurde, der Mitteilungsempfänger jedoch Waren bestellt hat.

90 — Zur Verordnung Nr. 44/2001 vgl. Urteil Gabriel (in Fn. 4 angeführt, Randnr. 57). Vgl. entsprechend zum Brüsseler Übereinkommen Urteile vom 6. Oktober 1976, De Bloos (14/76, Slg. 1976, 1497, Randnr. 9), vom 15. Januar 1987, Shenavai (266/85, Slg. 1987, 239, Randnr. 8), vom 13. Juli 1993, Mulox IBC (C-125/92, Slg. 1993, I-4075, Randnr. 21), vom 9. Januar 1997, Rutten (C-383/95, Slg. 1997, I-57, Randnr. 18), vom 5. Oktober 1999, Leathertex (C-420/97, Slg. 1999, I-6747, Randnr. 31), und Besix (in Fn. 10 angeführt, Randnr. 27).

VII — Entscheidungsvorschlag

81. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, die vom Oberlandesgericht Wien vorgelegten Fragen wie folgt zu beantworten:

1. Art. 15 Abs. 1 Buchst. c der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen ist dahin auszulegen, dass der Anspruch, kraft dessen Verbraucher nach dem Recht des Mitgliedstaats, in dem sie ihren Wohnsitz haben, von in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Unternehmern den scheinbar gewonnenen Preis gerichtlich einfordern können, wenn Letztere Gewinnzusagen an bestimmte Verbraucher senden und durch die Gestaltung dieser Zusendungen den Eindruck erwecken, dass der Verbraucher einen bestimmten Preis gewonnen habe, ohne dass der Gewinnabruf von einer Warenbestellung oder auch nur einer Testbestellung abhängig gemacht wurde und wenn auch keine Warenbestellung erfolgte, jedoch der Gewinn vom Mitteilungsempfänger abgerufen wird, ein Anspruch aus einem Vertrag im Sinne des genannten Artikels der Verordnung sein kann, wenn im Fall des Ausgangsverfahrens ein Verbrauchervertrag im Sinne dieses Artikels geschlossen wurde. Ob im Fall des Ausgangsverfahrens ein Verbrauchervertrag im Sinne dieses Artikels geschlossen wurde, ist vom nationalen Gericht zu prüfen.

2. Der Anspruch, kraft dessen Verbraucher von Unternehmern den scheinbar gewonnenen Preis gerichtlich einfordern können, ist ein Anspruch aus einem Vertrag im Sinne von Art. 15 Abs. 1 Buchst. c der Verordnung Nr. 44/2001, wenn der Gewinnauszahlungsanspruch wohl nicht von einer Warenbestellung abhängig gemacht w'urde, der Mitteilungsempfänger jedoch Waren bestellt hat.