



*Ivo Bach*

## Was ist wo Vertrag und was wo nicht?

### – Anmerkung zur Ilsinger-Entscheidung des EuGH –

IHR 2010, 17-25

Ob ein Anspruch vertraglich oder deliktisch zu qualifizieren ist, kann weitreichende Konsequenzen haben: Bei vertraglicher Qualifikation ist eine Klage am Erfüllungsort möglich, bei deliktischer Qualifikation am Handlungs- und am Erfolgsort; vertragliche Ansprüche beurteilen sich nach dem “Verkäuferrecht”, deliktische nach dem Recht am Ort des (primären) Schadenseintritts.

Schwierigkeiten der Grenzziehung zwischen Vertrag und Delikt zeigen sich insbesondere an zwei Rechtsinstituten: der culpa in contrahendo und dem Anspruch auf Einhaltung einer Gewinnzusage (wie sie im etwa deutschen Recht in § 661a BGB normiert ist): Die c.i.c. greift ihrer Natur nach bereits vor Vertragsschluss, und die Regelung in § 661a BGB verschafft dem Verbraucher durch den bloßen Empfang der Gewinnmitteilung einen Anspruch auf den versprochenen Gewinn.

Zu letzterem Rechtsinstitut – der Gewinnzusage – hat der EuGH mit der Ilsinger-Entscheidung<sup>1</sup> erneut das Wort ergriffen (bzw. aufgrund einer Vorlage des Oberlandesgerichts Wien ergreifen müssen). Diese Entscheidung bietet Anlass zu einer Systematisierung der EuGH-Rechtsprechung zum Vertragsbegriff im Gemeinschafts-IZPR (EuGVÜ, EuGVVO) [unten II.] – und zu der Frage, ob und inwieweit die Kasuistik auf das Gemeinschafts-IPR (EVÜ, Rom I-VO und Rom II-VO) übertragen werden kann [unten III.]. Als Grundlage der Analyse ist zunächst die neue Ilsinger-Entscheidung im Kontext der Gewinnmitteilungs-Problematik und ihrer Vorgänger-Entscheidungen vorzustellen [sogleich I.].

## I. Die Ilsinger Entscheidung im Kontext von Gabriel- und Engler-Entscheidung

Die nun vorliegende Ilsinger-Entscheidung ist die dritte einer Trilogie – den Ausgangspunkt bildete 2002 die Gabriel-Entscheidung,<sup>2</sup> 2005 schloss sich die Engler-Entscheidung an.<sup>3</sup> Die Entwicklung sei hier – weil schon oft dargestellt – nur grob skizziert:

### 1. Die Sachverhalte

Gemeinsam ist allen Entscheidungen, dass der jeweils auf Leistung des versprochenen Gewinns klagende (jeweils österreichische) Verbraucher eine Gewinnzusage eines (jeweils deutschen) Versandhandelsunternehmens<sup>4</sup> erhalten hatte. Der Kläger Gabriel sah sich dabei einer Gewinnmitteilung gegenüber, die die Auskehr des Gewinns von

einer Bestellung bei dem Versandhandelsunternehmen abhängig machte. Gabriel bestellte und verlangte daraufhin den versprochenen Gewinn. Die Klägerinnen Engler und Ilsinger hatten demgegenüber den Gewinn unabhängig von einer Bestellung versprochen bekommen – sie bestellten dementsprechend nichts, sondern wandten sich ausschließlich mit der Forderung nach Auskehr des Gewinns an das Versandhandelsunternehmen.

## 2. Der rechtliche Hintergrund

Alle drei Kläger beriefen sich zur Begründung ihres Anspruchs auf § 5j des österreichischen Konsumentenschutzgesetzes (KSchG),<sup>5</sup> dem österreichischen Pendant zu § 661a BGB. Danach führt bereits die bloße Zusendung einer Ge-

↑ IHR 2010, 17 ↑

↓ IHR 2010, 18 ↓

winnmitteilung durch einen Unternehmer zu einem Anspruch des adressierten Verbrauchers auf den betreffenden Gewinn. Die dogmatische Einordnung dieses Konstrukts im deutschen Recht ist seit jeher umstritten.<sup>6</sup>

Seinem Zweck nach zu urteilen, müsste der Anspruch aus § 661a BGB (bzw. § 5j KSchG) eigentlich dem Deliktsrecht zugeordnet werden: Das Ziel der Norm ist präventiver Natur; es besteht in der Verhinderung unlauteren Wettbewerbs.<sup>7</sup> Die zivilrechtliche Sanktion, einen Anspruch des Mitteilungsempfängers zu konstruieren, dürfte schlicht als wirkungsvoller angesehen worden sein, als die Normierung wettbewerbsrechtlicher Rechtsbehelfe.<sup>8</sup> Die systematische Einordnung in Buch 2, Abschnitt <sup>8</sup>, Titel 11 des BGB – also unter der Überschrift “Auslobung” – spricht dagegen eher für ein rechtsgeschäftliches (wenn auch nicht im strengen Sinne “vertragliches”) Schuldverhältnis.<sup>9</sup>

Beide Qualifikationsmöglichkeiten sehen sich jedoch gewichtigen Gegenargumenten ausgesetzt: So ist der von § 661a BGB normierte Erfüllungsanspruch als Rechtsfolge im Deliktsrecht zumindest untypisch;<sup>10</sup> auch entsteht bei dem Verbraucher durch die bloße Zusendung einer Gewinnmitteilung kein ersatzfähiger Schaden.<sup>11</sup> Dies lässt an einer deliktischen Qualifikation zweifeln. Gegen eine vertragliche Qualifikation spricht demgegenüber, dass es sich bei der Gewinnmitteilung jedenfalls ihrem äußeren Erscheinungsbild nach eher um eine Wissens- denn um eine Willenserklärung handelt.<sup>12</sup> Ferner soll der Anspruch unabhängig davon bestehen, ob der Verbraucher an die Gewinnzusage glaubt oder sie als Werbetrick durchschaut.<sup>13</sup>

## 3. Die Vorlagefragen

Die österreichischen Verbraucher hatten jeweils in Österreich geklagt, und der EuGH hatte nun (de facto) auf die Vorlagen jeweils zu entscheiden, ob die Regelungen des EuGVÜ bzw. der EuGVVO zu einer Zuständigkeit österreichischer Gerichte führen konnten. In der Sache ging es um folgende Fragen: a) Ist der Anspruch aus Gewinnmitteilung nach europäischer Lesart<sup>14</sup> vertraglich oder deliktisch zu qualifizieren – ist also Art. 5 Nr. 1 oder Nr. 3 EuGVÜ/VO einschlägig. b) Wenn der Anspruch vertraglich zu qualifizieren ist, stellt er dann einen Verbrauchervertrag i. S.d. Art. 13 EuGVÜ bzw. Art. 15 EuGVVO dar?

#### 4. Die Gabriel-Entscheidung

In seiner ersten, der Gabriel- Entscheidung umschiffte der EuGH die Festlegung auf eine bestimmte Qualifikation mit einem Kniff: Er stellte nicht auf den Anspruch selbst ab, sondern darauf, dass zwischen den Parteien ohnehin ein Kaufvertrag zustande gekommen sei: Weil der Kläger Gabriel Waren bestellt hatte, sei zweifelsfrei ein Vertrag – und sogar ein Verbrauchervertrag i. S.d. Art. 13 I Nr. 3 EuGVÜ – zustande gekommen. Da zwischen der Warenbestellung und der Gewinnzusage eine “untrennbare Verbindung” bestehe, müsse auch der Anspruch aus der Gewinnzusage am Verbrauchervertragsgerichtsstand eingeklagt werden können.<sup>15</sup>

#### 5. Die Engler-Entscheidung

Diese Konstruktion lief in der Engler-Konstellation indes leer: Weder hatte das Versandhandelsunternehmen den Gewinn von einer Bestellung abhängig gemacht, noch hatte die Klägerin Engler eine solche aufgegeben. Folgerichtig musste der EuGH den Anspruch aus der Gewinnzusage selbst zum Gegenstand seiner Prüfung machen. Das Ergebnis wirkte auf den ersten Blick kurios, erwies sich bei genauerer Betrachtung aber als folgerichtig: Der Anspruch aus der Gewinnzusage ist zwar vertraglicher Natur i. S.d. Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ, beruht aber nicht auf einem Verbrauchervertrag i. S.d. Art. 13 I Nr. 3 EuGVÜ.

[↑ IHR 2010, 18 ↑](#)

[↓ IHR 2010, 19 ↓](#)

Ein Verbrauchervertrag liege, so der EuGH, nur dann vor, wenn “die Klage an einen zwischen [einem] 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 Vertrags hat entstehen lassen”.<sup>16</sup> Ein solcher Vertrag sei aber nicht geschlossen worden. Der EuGH bezog sich in seiner Subsumtion zunächst einzig darauf, dass der avisierte Kaufvertrag mangels Bestellung seitens der Klägerin Engler nicht geschlossen worden sei; ein Abschluss des Vertrags sei aber unter Art. 13 I Nr. 3 EuGVÜ zwingend erforderlich. Hinsichtlich der Gewinnzusage selbst stellt der EuGH dann lediglich zusammenhanglos fest, dass diese zum einen nicht an eine Bestellung gebunden gewesen sei und die Klägerin zum anderen mit ihrem Auszahlungsverlangen keinerlei Verpflichtung gegenüber der Beklagten eingegangen sei. Ohne es explizit auszusprechen ging der EuGH damit zu Recht davon aus, der Anspruch auf Gewinnzusage selbst erfülle die Erfordernisse des Art. 13 I Nr. 3 EuGVÜ nicht.

Eine weite Auslegung des Art. 13 I Nr. 3 EuGVÜ – oder gar eine analoge Anwendung – lehnt der EuGH strikt ab: Die Vorschrift stelle eine Ausnahme zu dem in Art. 2 I EuGVÜ normierten Grundsatz actor sequitur forum rei dar und sei daher eng auszulegen.<sup>17</sup>

Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ wird dagegen “vom Gerichtshof nicht eng ausgelegt”<sup>18</sup> – nach ständiger Rechtsprechung verlange die Vorschrift “nicht den Abschluss eines Vertrages”.<sup>19</sup> Voraussetzung sei einzig, “dass eine von einer Person gegenüber einer anderen freiwillig eingegangene Verpflichtung bestimmt werden kann, auf die sich die

betreffende Klage stützt".<sup>20</sup> Eine solche "freiwillig eingegangene Verpflichtung" sieht der EuGH mit folgender Begründung als gegeben an:

*52. Insoweit hat das vorliegende Gericht festgestellt, dass im vorliegenden Fall zum einen ein gewerbsmäßiger Verkäufer auf seine eigene Initiative hin einem Verbraucher, ohne dass dieser darum in irgendeiner Weise gebeten hätte, ein Schreiben an dessen Wohnungsanschrift gesandt hat, in dem der Verbraucher namentlich als Gewinner eines Preises bezeichnet wurde.*

*53. Eine solche Sendung an vom Absender ausgewählte Empfänger und mit von ihm gewählten Mitteln, die allein dem Willen ihres Urhebers entspringt, kann daher eine "freiwillig eingegangene" Verpflichtung im Sinne der in Randnummer 50 des vorliegenden Urteils in Erinnerung gerufenen Rechtsprechung darstellen.*

*54. Außerdem konnte nach Auffassung des vorlegenden Gerichts eine unter solchen Umständen von einem Gewerbetreibenden gemachte Gewinnzusage, bei der dieser nicht deutlich auf das Bestehen einer Unsicherheit aufmerksam gemacht oder sogar Formulierungen verwendet hat, die geeignet waren, den Verbraucher irrezuführen, um ihn zu einem Vertragsschluss anzureizen, indem er von diesem Gewerbetreibenden angebotene Waren erwirbt, bei der Empfängerin der Sendung vernünftigerweise den Eindruck erwecken, dass sie einen Preis erhalten werde, wenn sie den beigefügten "Auszahlungs-Bescheid" zurücksende.*

*55. Zum anderen ist den vom vorlegenden Gericht übersandten Akten zu entnehmen, dass die Empfängerin der streitigen Sendung ausdrücklich die zu ihren Gunsten gemachte Gewinnzusage angenommen hat, indem sie die Auszahlung des scheinbar von ihr gewonnenen Preises verlangte.*

*56. Zumindest ab diesem Zeitpunkt ist die freiwillig von einem Gewerbetreibenden unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens vorgenommene Handlung als Handlung anzusehen, die eine Verpflichtung darstellen kann, die ihren Urheber wie ein Vertrag bindet. Daher kann, vorbehaltlich der endgültigen Qualifizierung dieser Verpflichtung, die Sache des vorlegenden Gerichts ist, die Voraussetzung des Bestehens einer bindenden Verpflichtung einer Partei gegenüber einer anderen entsprechend der in Randnummer 50 des vorliegenden Urteils genannten Rechtsprechung ebenfalls als erfüllt angesehen werden."*

## 6. Die Ilsinger-Entscheidung

Während sich Gabriel- und Engler-Entscheidung in ihrem Sachverhalt unterscheiden, basieren Engler- und Ilsinger-Entscheidung im Wesentlichen auf den gleichen tatsächlichen Umständen<sup>21</sup> – geändert hat sich indes die rechtliche Grundlage: Im Zuge der Vergemeinschaftung des EuGVÜ hat der europäische Gesetzgeber den Verbrauchervertragsgerichtsstand (jetzt Art. 15 EuGVVO) deutlich ausgeweitet.<sup>22</sup> Für den hiesigen Kontext ist insbesondere von Bedeutung, dass die dem Art. 13 I Nr. 3

EuGVÜ entsprechende Regelung des Art. 15 I lit. c EuGVVO nicht mehr auf Verträge über die Erbringung einer Dienstleistung oder die Lieferung beweglicher Sachen beschränkt ist – lit.c ist zu einer generalklauselartigen Auffangnorm umfunktioniert worden, die “in allen anderen Fällen” greift. Der EuGH hat daher nun zu Recht ausgeführt, dass “der Anwendungsbereich des Art. 15 Abs. 1 Buchst. c [EuGVVO] nunmehr offensichtlich nicht mehr auf Fallgestaltungen begrenzt [sei], in denen die Parteien synallagmatische Pflichten vereinbart haben”.<sup>23</sup> Allerdings sei unter Art. 15 I

↑ IHR 2010, 19 ↑

↓ IHR 2010, 20 ↓

EuGVVO (im Unterschied zu Art. 5 Nr. 1 EuGVVO) weiterhin erforderlich, dass es zum Abschluss des Vertrages gekommen sei.<sup>24</sup>

Der EuGH führt daher folgerichtig aus:

*“54. In Bezug auf diese Voraussetzung ist im Rahmen von Art. 15 Abs. 1 Buchst. c [EuGVVO] zwar denkbar, dass eine der Parteien nur ihre Annahme zum Ausdruck bringt, ohne selbst eine wie auch immer geartete rechtliche Verpflichtung gegenüber der anderen Vertragspartei einzugehen [...]. Damit ein Vertrag im Sinne dieser Vorschrift vorliegt, ist allerdings unerlässlich, dass die letztgenannte Partei eine solche rechtliche Verpflichtung eingeht, indem sie ein verbindliches Angebot macht, das hinsichtlich seines Gegenstands und seines Umfangs so klar und präzise ist, dass eine Vertragsbeziehung, wie sie diese Vorschrift voraussetzt, entstehen kann.*

*55. Diese letztgenannte Voraussetzung kann nur dann als erfüllt angesehen werden, wenn die Versandhandelsgesellschaft im Rahmen einer Gewinnzusage wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden eine rechtliche Verbindlichkeit eingegangen ist. Sie muss mit anderen Worten klar ihren Willen zum Ausdruck gebracht haben, im Fall einer Annahme durch die andere Partei an ihre Verbindlichkeit gebunden zu sein, indem sie sich bedingungslos bereit erklärt hat, den fraglichen Preis an Verbraucher auszusahlen, die darum ersuchen. Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, zu beurteilen, ob diese Voraussetzung in dem bei ihm anhängigen Rechtsstreit erfüllt ist.”*

Wieder betont der EuGH zudem, dass der Vertragsbegriff unter Art. 5 Nr. 1 EuGVVO weiter sei als derjenige unter Art. 15 I EuGVVO:

*“56. Sollte es sich im vorliegenden Fall nicht so verhalten, dann könnte ein Vorgehen im Geschäftsverkehr der Art, wie es dem genannten Rechtsstreit zugrunde liegt, nicht als Vorgehen angesehen werden, das als solches vertraglicher Natur ist oder in Verbindung mit einem Vertrag im Sinne von Art. 15 [EuGVVO] in seiner gegenwärtigen Fassung steht.*

*57. In diesem letztgenannten Fall könnte eine solche Situation höchstens als vorvertraglich oder quasivertraglich qualifiziert werden und somit nur – gegebenenfalls – Art. 5 Nr. 1 [EuGVVO] unterliegen, einer Vorschrift, der*

*aufgrund ihres Wortlauts und ihrer Stellung im System dieser Verordnung ein weiterer Anwendungsbereich beizumessen ist als deren Art. 15 [...].“*

## 7. Stellungnahme

Die ersten beiden Entscheidungen des EuGH wurden in der Vergangenheit bereits ausführlich analysiert;<sup>25</sup> dies hier in aller Breite zu wiederholen erscheint nicht angezeigt, zumal dem Grundtenor nahezu aller Besprechungen beigespflichtet werden kann:

### a) Gabriel-Entscheidung

Die Verknüpfung der Gewinnzusage mit dem Kaufvertrag im Fall Gabriel erscheint zwar konstruiert (der EuGH wollte ersichtlich eine Qualifikation der Gewinnzusage selbst vermeiden<sup>26</sup>), vermag aber im Ergebnis durchaus zu überzeugen.<sup>27</sup>

### b) Engler-Entscheidung

Die Ablehnung eines Verbrauchervertrags im Fall Engler mag zwar in ihrem praktischen Ergebnis zu bedauern sein, sie ist aber dogmatisch richtig und alternativlos.<sup>28</sup> Es liegt schlicht keiner der in Art. 13 I EuGVÜ enumerierten Vertragstypen vor. Zwar kann man die Entscheidung, Art. 13 I Nr. 3 EuGVÜ sei auf synallagmatische Verträge beschränkt, durchaus in Zweifel ziehen, weil sich dies aus der Norm nicht ergibt – der Begriff der Lieferung beweglicher Sachen ließe sich durchaus auch auf Lieferungen infolge einer Schenkung beziehen.<sup>29</sup> Allerdings war der konkrete Anspruch nicht auf einen Sachsondern auf einen Geldgewinn gerichtet, dessen Leistung keinesfalls unter den Lieferbegriff zu fassen ist.

Einzig die Bejahung eines “einfachen” Vertrags i. S.d. Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ im Fall Engler ist zweifelhaft. Dabei ist das Ergebnis durchaus vertretbar – wie oben<sup>30</sup> aufgezeigt sprechen ebenso gute Argumente für wie gegen eine vertragliche Qualifikation. Allerdings hat sich der EuGH nicht die Mühe gemacht, zu analysieren, *ob* das Versandhandelsunternehmen mit der Gewinnzusage tatsächlich eine freiwillige Verpflichtung eingehen wollte (bzw. ob dies jedenfalls für die Klägerin Engler so aussehen musste) – er hat vielmehr schlicht festgestellt, *dass* dem so sei. Der EuGH stützte sich dabei wohl in erster Linie darauf, dass die Beklagte die Gewinnmitteilung freiwillig und auf eigene Initiative an die Klägerin gesandt hatte. Dies allein kann jedoch kaum zur Annahme einer “freiwillig eingegangenen Verpflichtung” genügen. Ansonsten wäre jede absichtlich begangene unerlaubte Handlung als freiwillig eingegangene (Schadensersatz-) Verpflichtung und damit als Vertrag einzustufen. Das gleiche müsste für die c.i.c.-

↑ IHR 2010, 20 ↑

↓ IHR 2010, 21 ↓

Haftung wegen eines Abbruchs von Vertragsverhandlungen gelten: Unterstellt man, dass die Parteien wissen, dass nach dem deutschen Recht der Abbruch von Vertragsverhandlungen gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstoßen kann, so müsste in dem Beginn von Vertragsverhandlungen die Selbstverpflichtung gesehen

werden, die Verhandlungen nicht treuwidrig abubrechen. Dies hat der EuGH freilich an anderer Stelle abgelehnt.<sup>31</sup>

Der Gerichtshof hat also, so möchte man anfügen, die eigentliche Frage nicht beantwortet.<sup>32</sup>

Auch die – nahezu apodiktische – Aussage des EuGH, Art. 5 Nr. 1 sei nicht eng auszulegen, ist höchst zweifelhaft, trifft doch die Begründung für eine enge Auslegung von Art. 13 EuGVÜ, nämlich dass es sich um eine Ausnahmevorschrift zum allgemeinen Prinzip des Beklagtengerichtsstands handele,<sup>33</sup> in gleicher Weise auf Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ zu. Der EuGH selbst hat in seiner bisherigen Kasuistik stets den Ausnahmecharakter von Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ betont und eine enge Auslegung gefordert und praktiziert<sup>34</sup> Zwar ließe sich anführen, bei der Frage des Vertragsbegriffs gehe es einzig um eine Abgrenzung von Art. 5 Nr. 1 und Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ, so dass eine weite Auslegung hier nicht zu Lasten des Grundsatzes in Art. 2, sondern ausschließlich zu Lasten des Anwendungsbereichs des Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ ginge. Zum einen würde dieses Argument jedoch in gleicher Weise auch für Art. 15 I EuGVÜ gelten: Wenn ein Verbrauchervertrag in Rede steht, ist jedenfalls auch ein Vertrag gegeben, so dass von Art. 2 I EuGVÜ ohnehin abgewichen werden kann. Zum anderen sind durchaus Fallgestaltungen denkbar, in denen Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ nicht die Alternative zu Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ sondern Art. 2 I EuGVÜ darstellt.

Zudem ist die Begründung des EuGH in sich unstimmgig: Vordergründig stellt der Gerichtshof darauf ab, dass es unter Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ keines Vertragsschlusses bedürfe. In seiner Subsumtion stützt er sich indes nicht etwa auf einen (nicht geschlossenen, aber dennoch beachtlichen) Kaufvertrag, mit dem die Gewinnzusage untrennbar verbunden wäre, sondern auf die Gewinnzusage selbst.

### c) IIsinger-Entscheidung

Auch die IIsinger-Entscheidung ist ihrem Ausgangspunkt zutreffend: Art. 15 I lit. c EuGVVO ist nicht (mehr) auf synallagmatische Verträge beschränkt.

Dagegen ist die Einschätzung des EuGH, Art. 15 I EuGVVO setze im Gegensatz zu Art. 5 Nr. 1 EuGVVO den *Abschluss* eines Vertrages voraus, erstens keineswegs zwingend und zweitens – jedenfalls in aller Regel – ohne jede Relevanz. Die Einschätzung ist nicht zwingend, weil die gewählte Formulierung kaum auf einer bewussten Entscheidung des Gesetzgebers für ein Abschlusserfordernis beruhen dürfte, sondern vielmehr einzig der Normierung des Verbraucherbegriffs dient: Die Verwendung des Begriffs “geschlossen” dürfte bei realitätsnaher Betrachtung eher auf einen Mangel an Verben zurückzuführen sein: Welches andere Verb hätte der Gesetzgeber denn auch wählen sollen? Wenn überhaupt ein Wortlautargument ein Annahmeerfordernis zu begründen vermöchte, dann der Begriff des Vertrags selbst, der – klassisch verstanden – nur das zweiseitig begründete Schuldverhältnis umfasst.<sup>35</sup> Dies allerdings würde für Art. 5 Nr. 1 EuGVVO in gleicher Weise gelten.<sup>36</sup> Die Einschätzung ist ohne Relevanz, weil sich ein nicht geschlossener Vertrag von einem geschlossenen Vertrag einzig durch das Fehlen einer Annahmeerklärung unterscheidet – eine solche Annahme nimmt der EuGH indes äußerst großzügig an, unter anderem bereits dann, wenn die

andere Partei die versprochene Leistung (z. B. gerichtlich) geltend macht.<sup>37</sup> Mit anderen Worten: Jede Klage stellt eine Annahme dar. Hat also ein Gericht über einen Anspruch zu entscheiden, kann ohne Weiteres von einem Vertragsschluss ausgegangen werden.<sup>38</sup>

Sieht man in der Notwendigkeit einer Annahme den einzigen Unterschied zwischen Art. 5 Nr. 1 und Art. 15 I lit. c EuGVVO (in Bezug auf den allgemeinen Vertragsbegriff), so bedeutet dies im Umkehrschluss: Bei Vorliegen einer Annahmeerklärung bestehen zwischen den Vertragsbegriffen in Art. 15 I und 5 Nr. 1 keine inhaltlichen Diskrepanzen. Ausschlaggebend ist, ob der Versender freiwillig eine Verpflichtung eingegangen ist, bzw. genauer: ob dies aus Sicht des Empfängers so aussah. Vor diesem Hintergrund ist es allerdings erstaunlich, dass der EuGH bei – soweit ersichtlich – identischer Sachverhaltslage zu unterschiedlichen Ergebnissen kommt: Hier (Ilsinger) überlässt er die Qualifikation dem nationalen Gericht, dort (Engler) trifft er sie im Wesentlichen

[↑ IHR 2010, 21 ↑](#)

[↓ IHR 2010, 22 ↓](#)

selbst, indem er eine freiwillig eingegangene Verpflichtung bejaht.<sup>39</sup>

Dabei liegt genau hier die alles entscheidende Frage: Stellt die Gewinnzusage eine “Willenserklärung” dar, mit der sich der Versender binden will oder nicht? Zwar ist der EuGH – wie er zu Recht betont – nicht zur Sachverhaltsauslegung berufen. Um eine solche geht es aber auch nicht. Im Zentrum der Vorlagefrage steht vielmehr ein rechtlich-abstraktes Problem: Unter welchen Voraussetzungen ist von einer “freiwillig eingegangenen Verpflichtung” auszugehen? Zu dieser Frage hätte der EuGH Stellung beziehen müssen. Er hat es nicht getan.

## II. Schlussfolgerungen für den Vertragsbegriff des EuGH

Dennoch lassen die Ausführungen des EuGH gewisse Umriss des europäischen Vertragsbegriffs erkennen, die im Folgenden abstrakt generell zusammengefasst werden sollen.

### 1. Zentrale Voraussetzung: Freiwillig eingegangene Verpflichtung

In ständiger Rechtsprechung hatte der EuGH bereits vor der Gewinnmitteilungs-Trilogie eine “freiwillig eingegangene Verpflichtung” als zentrales Element des Vertragsbegriffs hervorgehoben:<sup>40</sup> Konkret hat der EuGH dabei stets negativ formuliert, der Vertragsbegriff könne “nicht so verstanden werden, dass er für eine Situation gilt, in der keine von einer Partei gegenüber einer anderen freiwillig eingegangene Verpflichtung vorliegt.”<sup>41</sup> Basierend auf dieser Formel hat der EuGH u. a. die vertragliche Qualifikation einer c.i.c-Haftung wegen Abbruchs von Vertragsverhandlungen negiert: Mit Aufnahme der Vertragsverhandlungen sei keine Partei eine Verpflichtung eingegangen (insbesondere nicht die Verpflichtung zum Vertragsschluss). Vielmehr erwachse der konkrete Schadensersatzanspruch aus dem Verstoß gegen eine Rechtsvorschrift, “namentlich diejenige, wonach die Parteien bei Vertragsverhandlungen nach Treu und Glauben handeln müssen”.<sup>42</sup> Auch bezüglich der Gewinnmitteilungsproblematik griff der EuGH auf die Formel der “freiwillig eingegangenen Verpflichtung” zurück.<sup>43</sup> Hier behält er zwar die negative

Formulierungsweise bei, wendet die Formel aber de facto ins Positive: Die Formel dient nicht mehr als Ausschlusskriterium für Fallgestaltungen, in denen es an einer freiwillig eingegangenen Verpflichtung fehlt (wie etwa im Fall Handte<sup>44</sup>) – vielmehr ist sie nun einzige Voraussetzung für die Annahme eines Vertrages.<sup>45</sup>

Leider hat der EuGH den Begriff der “freiwillig eingegangenen Verpflichtung” noch nicht abstrakt definiert, sondern lediglich – jeweils nahezu ohne jede Begründung – im Einzelfall entschieden, ob eine solche freiwillige Verpflichtung gegeben ist oder nicht. Es lässt sich diesbezüglich also noch keine verlässliche Linie nachzeichnen.

## 2. Das zweiseitig begründete Schuldverhältnis

Der klassische Vertrag, verstanden als ein zweiseitig begründetes Schuldverhältnis, stellt auch nach europäischer Lesart stets einen Vertrag dar – sowohl unter Art. 5 Nr. 1 EuGVVO als auch unter Art. 15 I lit. c EuGVVO. Dabei ist es gleichgültig, ob beide Parteien durch den Vertrag verpflichtet werden oder nur eine von ihnen. Nicht nur synallagmatische Verträge fallen also unter den Vertragsbegriff, sondern auch unvollkommen zweiseitig verpflichtende Verträge (wie beispielsweise die Leihe<sup>46</sup>) und sogar einseitig verpflichtende Verträge (wie beispielsweise die Bürgschaft<sup>47</sup>). Hinsichtlich Art. 5 Nr. 1 EuGVVO war dies schon bislang bestehende Rechtsprechung: Der EuGH verneinte einen Vertrag nur dann, wenn *keine* der Parteien eine freiwillig eingegangene Verpflichtung traf.<sup>48</sup> Hinsichtlich Art. 15 I lit. c EuGVVO stellt die Erstreckung auf einseitig verpflichtende Rechtsgeschäfte dagegen eine Neuerung durch die IIsinger-Entscheidung dar, die ihrerseits indes lediglich die gesetzliche Novellierung des Art. 15 EuGVVO gegenüber seiner Vorgängervorschrift in Art. 13 EuGVÜ reflektiert.<sup>49</sup>

[↑ IHR 2010, 22 ↑](#)

[↓ IHR 2010, 23 ↓](#)

## 3. Das einseitig begründete Schuldverhältnis

Probleme ergeben sich dort, wo nach nationalem Verständnis ein Schuldverhältnis unilateral zustande kommt – wo es also keiner Annahmeerklärung bedarf. Klassisches Beispiel hierfür ist die Auslobung.<sup>50</sup>

An sich müsste die Auslegung des Art. 15 I lit c) EuGVVO durch den EuGH dazu führen, dass einseitig begründete Schuldverhältnisse nicht unter den (Verbraucher–) Vertragsbegriff fallen: Dem EuGH zufolge verlangt der Wortlaut dieser Norm nämlich einen *Vertragsschluss*, der zwingend Willenserklärungen *beider* Parteien voraussetze.<sup>51</sup> Allerdings setzt der EuGH dieses Erfordernis selbst faktisch außer Kraft, indem er keine Annahmeerklärung im technischen Sinne verlangt (also nicht verlangt, dass der Vertrag erst durch die Annahmeerklärung zustande kommt), sondern es genügen lässt, wenn die andere Partei den Anspruch (z. B. gerichtlich) geltend macht. Dies ist, wenn es um die Frage der (gerichtlichen!) Zuständigkeit geht, denknotwendig immer der Fall. Im Ergebnis unterfallen damit wohl auch einseitig begründete Schuldverhältnisse dem Verbrauchervertragsbegriff des EuGH – jedenfalls sofern die andere Partei die Erfüllung der versprochenen Leistung verlangt.

Unter Art. 5 Nr. 1 scheinen einseitig begründete Schuldverhältnisse ohnehin vom Vertragsbegriff umfasst zu sein, weil der EuGH wie dargelegt eine weite Auslegung vertritt<sup>52</sup> und der Vorschrift kein Vertragsschlusserfordernis entnimmt.<sup>53</sup>

Sowohl zu Art. 15 I lit c) EuGVVO als auch zu Art. 5 Nr. 1 EuGVVO ergeben sich jedoch in zweierlei Hinsicht Bedenken:

Lässt sich – erstens – diese Auslegung mit dem Wortlaut der Vorschriften vereinbaren? Dabei sei gar nicht auf das “Abschluss“-Erfordernis abgestellt, dem der EuGH entscheidende Bedeutung beimisst, sondern vielmehr auf den Begriff des Vertrags als solches, der im technischen Sinne nur das zweiseitig begründete Schuldverhältnis umfasst. So unterscheidet beispielweise auch der DCFR in Art. II.-1:101 zwischen einem zweiseitig begründeten “contract” (Abs. 1) und einem einseitig begründeten “judicial act” (Abs. 2). Nahrung erfahren die begrifflichen Zweifel durch den Umstand, dass der EuGH auch bei Art. 5 Nr. 1 EuGVVO eine Annahmeerklärung stets prüft.<sup>54</sup> Zu lösen wäre das Problem aber jedenfalls durch eine analoge Anwendung der Vorschriften über Verträge auf einseitig begründete Schuldverhältnisse.<sup>55</sup> Der sicherste Weg wäre freilich eine Klarstellung durch den Gesetzgeber.

Bis zu welchem Zeitpunkt kann – zweitens – eine Geltendmachung noch als Annahmeerklärung gesehen werden? Nimmt der EuGH das Abschluss-Erfordernis, das er zu Art. 15 I lit. c) EuGVVO postuliert hat, ernst, so muss eine Verfristung der Annahme dazu führen, dass nicht vom Vorliegen eines Verbrauchervertrags im Sinne dieser Vorschrift ausgegangen werden darf.<sup>56</sup> Es stellt sich indes die Frage, wie im Falle eines einseitig begründeten Schuldverhältnisses eine solche Annahmefrist zu bestimmen ist – gesetzlich normiert ist sie, mangels Notwendigkeit einer Annahmeerklärung, gezwungenermaßen nicht. Zwei Möglichkeiten sind denkbar: Zum einen ließe sich eine Frist mangels Normierung für entbehrlich erachten (als Grenze dienen dann ausschließlich die Verjährungsfristen); zum anderen könnte die für zweiseitige Schuldverhältnisse geltende Regelung analog angewandt werden. Erstere Variante erscheint angesichts dessen vorzugswürdig, dass sich so Widersprüche zwischen nationalem und europäischem Recht vermeiden lassen: Der Vorteil, der sich aus der weiten Auslegung des Annahmegriffs durch den EuGH ergibt, wäre konterkariert, wenn eine solche Annahme nur innerhalb einer verhältnismäßig kurzen Frist möglich wäre, wohingegen im nationalen Recht ein Anspruch mangels Annahmeerfordernisses bis zum Ablauf der Verjährungsfrist bestünde. Zudem käme es, bestünde man auf der Einhaltung der Annahmefrist, zu der absurden Situation, dass ein Anspruch zunächst vertraglich und ab einem bestimmten Zeitpunkt – dem Fristablauf – deliktisch zu qualifizieren wäre.

#### 4. Rechtsverhältnisse, die mit einem Vertrag eng verbunden sind

Kann im Einzelfall trotz dieser (jedenfalls de facto) weiten Auslegung des Vertragsbegriffs ein Vertrag nicht angenommen werden, so bleibt der Ausweg, den der EuGH in der Gabriel-Entscheidung aufgezeigt hat: Es genügt, wenn das streitgegenständliche Rechtsverhältnis einen engen Bezug zu einem Vertrag aufweist. Dann kann (und muss) das für den Vertrag zuständige Gericht auch über den betreffenden außervertraglichen Anspruch mitentscheiden. Allerdings setzt der EuGH

die Schwelle für solch eine "enge Verbindung" recht hoch an: Das außervertragliche Rechtsverhältnis muss mit dem Vertrag "untrennbar verbunden" sein. Wann dies anzunehmen ist, dürfte sich abstrakt kaum präzise umschreiben lassen – abgesehen vom Bereich der c.i.c.: Dort muss die Vertragsverhandlung schlicht später in einen Vertrag gemündet haben. In allen übrigen Fällen wird man um eine Einzelfallentscheidung kaum herumkommen, bei der eine Gesamtabwägung der Umstände und Interessen unabdingbar ist. Im Bereich der Gewinnmitteilungen stellt sich konkret die Frage,

[↑ IHR 2010, 23 ↑](#)

[↓ IHR 2010, 24 ↓](#)

ob von einer untrennbaren Verbindung nur dann ausgegangen werden kann, wenn der Absender der Gewinnzusage den Gewinn – wie im Gabriel-Fall – von einer Bestellung, also von einem parallelen Vertragsschluss abhängig macht, oder ob auch ohne eine solche rechtliche Abhängigkeit untrennbare Verbindungen denkbar sind. Der EuGH hat hierzu bislang nicht Position beziehen müssen, weil es weder im Fall Engler noch im Fall Ilsinger zu einer Bestellung gekommen war. Von einer untrennbaren Verbindung trotz fehlender Abhängigkeit des Gewinns von einer Bestellung geht allerdings jedenfalls die Generalanwältin Trstenjak in ihrer Stellungnahme zum Fall Ilsinger aus:<sup>57</sup> Es genüge, dass das Versandhandelsunternehmen den Verbraucher durch die Gewinnmitteilung zu einer Bestellung motivieren wolle. Zweifellos könne "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". Die Generalanwältin nennt insbesondere zwei Aspekte, die zu einer Beeinflussung der Kaufentscheidung führen können: Zum einen bestehe die Möglichkeit, dass der Verbraucher – nicht notwendiger- aber möglicherweise wegen irreführender Darstellung – fälschlich annehme, der Gewinn sei von einer Bestellung abhängig. Zum anderen könnte sich ein Verbraucher moralisch verpflichtet fühlen, angesichts einer hohen Gewinnsumme von einem Teil des Gewinns Waren zu bestellen. M. E. noch offensichtlicher ist der psychologische Effekt, den eine Gewinnmitteilung auslöst: Ein Verbraucher, der gerade von einem hohen Gewinn erfahren hat, dürfte geneigter sein, Luxusauswendungen zu tätigen, als üblich. Daran dass eine psychologische Verbindung zwischen Gewinnzusage und potentieller Bestellung besteht, dürfte kaum zu zweifeln sein. Hiervon gehen sicher auch die betreffenden Versandhandelsunternehmen aus – warum sonst würden sie sich dieser Methode bedienen? Ob diese psychologische Verbindung allerdings ausreicht, um eine "untrennbare" Verbindung zu begründen, erscheint äußerst zweifelhaft.

### III. Übertragbarkeit der Rechtsprechung auf die Verordnungen Rom I und Rom II

Das Problem, zwischen vertraglichen und außervertraglichen Schuldverhältnissen abgrenzen zu müssen, stellt sich nicht nur auf Ebene der Zuständigkeitsprüfung, also im Rahmen der Zulässigkeit, sondern in gleicher Weise im Rahmen der Begründetheit, nämlich bei der Frage des anwendbaren Rechts. Auch hier muss eine autonome Auslegung der jeweiligen Begrifflichkeiten erfolgen.

Bei der Abgrenzung von Rom I-VO und Rom II-VO stellen sich also im Wesentlichen dieselben Fragen wie hinsichtlich der Abgrenzung von Art. 5 Nr. 1 und Art. 5 Nr. 3 EuGVVO. Innerhalb der Rom I-VO stellen sich sodann dieselben Fragen bei der Differenzierung zwischen einem einfachen Vertrag (nach Art. 3 ff.) und einem Verbrauchervertrag (nach Art. 6), wie sich im Rahmen der entsprechenden Problematik innerhalb der EuGVVO stellen.

Aus Gründen der Rechtssicherheit und der Rechtsklarheit sind die vom EuGH zum Vertragsbegriff des Art. 5 Nr. 1 EuGVVO aufgestellten Grundsätze, soweit wie möglich, auf die Rom-Verordnungen zu übertragen.<sup>58</sup> Zwar ist hierbei stets zu berücksichtigen, dass Art. 5 Nr. 1 EuGVVO eine Ausnahmevorschrift darstellt<sup>59</sup> und deshalb grundsätzlich eng auszulegen ist, wohingegen dies auf die Abgrenzung von Rom I-VO und Rom II-VO offensichtlich nicht zutrifft.<sup>60</sup> Allerdings wird Art. 5 Nr 1 EuGVVO ja trotz seines Ausnahmecharakters “vom Gerichtshof nicht eng ausgelegt”<sup>61</sup>

## 1. Abgrenzung Rom I-VO – Rom II-VO

Die Abgrenzung von Rom I- und Rom II-Verordnung hat damit anhand des Kriteriums der “freiwillig eingegangenen Verbindlichkeit” einer der oder beider Parteien zu erfolgen. Für die Gewinnzusage ist eine solche freiwillig eingegangene Verbindlichkeit nach den Ausführungen des EuGH in der Engler-Entscheidung grundsätzlich anzunehmen.<sup>62</sup> Die c.i.c. stellt demgegenüber ein außervertragliches Schuldverhältnis dar – wie sich inzwischen auch eindeutig aus dem Gesetz ergibt: Die c.i.c. ist gem. Art. 1 II lit. i Rom I-VO von deren Anwendungsbereich ausgeschlossen und hat demgegenüber in Art. 12 Rom II-VO eine eigene Regelung erfahren.

Nicht möglich ist es, im Rahmen der Abgrenzung von Rom I-VO und Rom II-VO den Umweg des EuGH über eine enge Verbindung zu einem Vertrag zu wählen. Ein Anspruch

[↑ IHR 2010, 24 ↑](#)

[↓ IHR 2010, 25 ↓](#)

aus einem außervertraglichen Schuldverhältnis wird nicht dadurch vertraglich, dass er eng mit einem vertraglichen Schuldverhältnis verbunden ist. Allerdings wird in einem solchen Fall innerhalb der Rom II-VO eine vertragsakzessorische Anknüpfung über die jeweilige Auflockerungsklausel (z. B. Art. 4 III, Art. 10 IV, Art. 11 IV Rom II-VO) möglich sein, so dass im Ergebnis doch das Vertragsstatut ausschlaggebend ist.

## 2. Abgrenzung einfacher Vertrag – Verbrauchervertrag innerhalb der Rom I-VO

Auch für die Abgrenzung von einfachem Vertrag nach Artt. 3 f. Rom I-VO und Verbrauchervertrag nach Art. 6 Rom I-VO gilt, dass die Ausführungen des EuGH übertragen werden können und müssen. Gleiches gilt derzeit für die entsprechende Abgrenzung zwischen Artt. 27 f. und Art. 29 EGBGB. Während Art. 29 EGBGB von seinem Wortlaut her Art. 13 EuGVÜ ähnelt und insbesondere auf Verträge “über die Lieferung beweglicher Sachen oder die Erbringung von Dienstleistungen” beschränkt ist, entspricht Art. 6 Rom I-VO nahezu vollständig der Regelung in Art. 15 I lit c) EuGVVO. Nach den obigen Feststellungen kann also eine Gewinnmitteilung unter

Geltung des EGBGB nicht als Verbrauchervertrag qualifiziert werden, unter Geltung der Rom I-VO dagegen sehr wohl – nämlich dann, wenn der Versender der Gewinnmitteilung eine “freiwillige Verpflichtung” eingegangen ist.<sup>63</sup>

Anders als hinsichtlich der Abgrenzung der Anwendungsbereiche der von Rom I-VO und Rom II-VO kann innerhalb der Rom I-VO der Schleichweg des EuGH in der Gabriel Entscheidung gangbar gemacht werden: Bei Vorliegen einer engen (“untrennbaren”) Verbindung zu einem Verbrauchervertrag kann auch ein anderes Rechtsverhältnis der Regelung des Art. 6 Rom I-VO (bzw. Art. 29 EGBGB) unterstellt werden. Unter der Rom I-VO ist dieser Schleichweg sogar gesetzlich bereitet – nämlich in Form der Ausweichklausel des Art. 4 III Rom I-VO.

#### IV. Ausblick: Der (D)CFR als Bewertungshilfe

Von nicht zu unterschätzender Bedeutung könnte im vorliegenden Fall eine Randnotiz sein: Die Generalanwältin Trstenjak hat in ihrer Stellungnahme ausdrücklich den Gemeinsamen Referenzrahmen (DCFR) zur Auslegung des Vertragsbegriffs herangezogen. Konkret führt sie aus: “Ferner ergibt sich aus dem Fachdokument Draft Common Frame of Reference [...], 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 DCFR)”.<sup>64</sup>

Zwar hat der EuGH diesen Schritt nicht nachvollzogen; dennoch ist die Tür aufgestoßen, und es scheint nur eine Frage der Zeit zu sein, bis auch der EuGH auf den DCFR zurückgreift. Dies wäre bereits deshalb wünschenswert, weil es dem Gebot der autonomen Auslegung zu größerer Transparenz verhülfe. Bislang führt das – zweifelsfrei unverzichtbare – Dogma der autonomen Auslegung von Gemeinschaftsrecht bisweilen zu einem gehörigen Maß an Rechtsunsicherheit, weil autonome Standards, an denen sich eine Auslegung orientieren könnte, weitgehend fehlen – wie auch und gerade die Problematik einer dogmatischen Einordnung der Gewinnmitteilungen zeigt.

#### V. Zusammenfassung

1. Sowohl unter Art. 5 Nr. 1 als auch unter Art. 15 I lit. c EuGVVO sind auch nicht-synallagmatische Verträge vom Vertragsbegriff umfasst.
2. Einseitig begründete Rechtsgeschäfte sind hier wie dort nur erfasst, wenn die andere Partei sie – im untechnischen Sinne – annimmt. Hierfür genügt die gerichtliche Geltendmachung innerhalb der Verjährungsfrist.
3. Einziges Kriterium für die Bejahung eines Vertrags ist (sieht man einmal von dem Annahmeerfordernis ab), dass mindestens eine Partei freiwillig eine Verpflichtung eingegangen ist. Wann dies nach europäischer Lesart der Fall ist, bleibt allerdings auch nach der IIsinger-Entscheidung weiter im Dunklen.
4. Dieses Kriterium dient auch zur Abgrenzung von Rom I-VO und Rom II-VO.

5. Die Einordnung der Gewinnmitteilung als Verbrauchervertrag gilt auch für Art. 6 Rom I-VO.

### Summary

European harmonization of conflict-of-law rules has created a new difficulty: subsuming domestic legal concepts under European terminology. The distinction between contractual and non-contractual obligations provides a paradigmatic example of the differences between domestic legal concepts – and the autonomous interpretation of the ECJ at the European level: In deciding which obligations may be considered “contractual,” the ECJ adopted no particular domestic approach as his own, instead establishing a new, autonomous concept of contractual obligations. Under ECJ decisions, a contractual obligation requires that at least one party “freely entered into an obligation”.

The recent decision *Ilsinger v Schlank & Schick* is the third of a series of ECJ decisions on the German (and Austrian) legal concept of *Gewinnmitteilung* (prize notifications) – communications addressed to a consumer that claim he will receive a “prize” with a specific purchase – each of which has added new aspects to the concept. On the occasion of this decision, the author critically recapitulates the ECJ's holdings on prize notifications and places them in context with other decisions on the European contractual obligations term.

---

<sup>1</sup> EuGH, 14.5.2009, Rs. C-180/06 (Renate Ilsinger ./ Martin Dreschers als Insolvenzverwalter der Schlank & Schick GmbH)

<sup>2</sup> EuGH, 11.7.2002, Rs. C-96/00 (Rudolf Gabriel ./ Schlank & Schick GmbH), Slg. 2002, 6367.

<sup>3</sup> EuGH, 20.1.2005, Rs. C-27/02, (Petra Engler ./ Janus Versand GmbH), Slg. 2005, 481.

<sup>4</sup> In den Fällen Gabriel und Ilsinger handelte es sich sogar um dasselbe Versandhandelsunternehmen, die in Lindau ansässige Schlank und Schick GmbH - wenngleich im Ilsinger-Verfahren deren Insolvenzverwalter als Partei kraft Amtes auftrat.

<sup>5</sup> § 5 KSchG lautet: “Unternehmer, die Gewinnzusagen oder andere vergleichbare Mitteilungen an bestimmte Verbraucher senden und durch die Gestaltung dieser Aussagen den Eindruck erwecken, dass der Verbraucher einen bestimmten Preis gewonnen habe, haben dem Verbraucher diesen Preis zu leisten; er kann gerichtlich eingefordert werden.”

<sup>6</sup> Für eine vertragliche Qualifikation: *Dörner*, in: FS Kolhossler Bd. II, 75, 76 ff.; *Lorenz*, IPRax 2002, 192, 193 (anders aber noch NJW 2000, 3305, 3307 f.); *Mörsdorf-Schulte*, ZZPInt 8 (2003), 407, 442 ff.; *Piekenbrock/Schulze*, IPRax 2003, 328, 332; - für eine deliktische Qualifikation: *Leible*, IPRax 2003, 28, 30 f.; *Mansel*, in: Jauernig, § 661a Rn. 4; *Rauscher/Schülke*, EuLF 200/01, 334, 337 f.; *Staudinger*, JZ 2003, 852, 856; - beides verneinend: BGH, NJW 2006, 230, 232: “Haftung aus einem gesetzlichen Schuldverhältnis, das durch eine geschäftsähnliche Handlung [...] begründet wurde”. Der BGH stuft § 661a BGB im Rahmen der Prüfung des anwendbaren Rechts als Eingriffsnorm i. S.d. Art 34 EGBGB ein und wendet deshalb stets deutsches Recht an - warum Art. 34 EGBGB Anwendung finden kann, obwohl der Anspruch nicht vertraglich zu qualifizieren ist, bleibe dabei im Dunklen.

<sup>7</sup> BGH, NJW 2003, 426; *Felke/Jordans*, IPRax 2004, 409, 411; *Leible*, IPRax 2003, 28, 30; *Lorenz*, IPRax 2002, 192, 193; *Seiler*, in: Münchener Kommentar, § 661a Rn. 4; *Staudinger*, JZ 2003, 852, 857.

<sup>8</sup> *Seiler*, in: Münchener Kommentar, § 661a Rn. 1.

<sup>9</sup> BGH, NJW 2006, 230, 232; *Dörner*, in: FS Kolhossler Bd. II, 75, 76.

- <sup>10</sup> BGH, NJW 2006, 230, 232; OLG Nürnberg, IPRax 2003, 54, 57; Lorenz, NJW 2000, 3305, 3308.
- <sup>11</sup> Mörsdorf-Schulte, ZZPInt 8 (2003), 407, 428 ff.; Häcker, ZVglRWiss 103 (2004) 464, 474 ff. 486 ff.; - a. A. Leible, IPRax 2003, 28, 31; Staudinger, JZ 2003, 852, 857: "Strafschadensersatz" - hiergegen aber BGH, NJW 2003, 3620, 3621.
- <sup>12</sup> Piekenbrock/Schulze, IPRax 2003, 328, 332.
- <sup>13</sup> BGH, NJW 2006, 230, 232; Leible, IPRax 2003, 28, 30; Piekenbrock/Schulze, IPRax 2003, 328, 332; Lorenz/Unberath, IPRax 2005, 219, 221.
- <sup>14</sup> Der Vertragsbegriff im EuGVÜ bzw. in der EuGVVO ist nach ständiger Rechtsprechung und ganz herrschender Auffassung in der Literatur autonom auszulegen (grundlegend: EuGH, 22.3.1983, Rs. 34/82, (Martin Peters Bauunternehmungen ./ Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging) Slg. 1983, 987). Die zum deutschen nationalen Recht angeführten Argumente können daher nur sehr beschränkt fruchtbar gemacht werden (vgl. Staudinger, ZEuP 2004, 767, 776 f.).
- <sup>15</sup> EuGH, 11.7.2002, Rs. C-96/00 (Rudolf Gabriel ./ Schlank & Schick GmbH), Slg. 2002, 6367, Rn. 54 ff.
- <sup>16</sup> EuGH, 20.1.2005, Rs. C-27/02, (Petra Engler ./ Janus Versand GmbH), Slg. 2005, 481, Rn. 34.
- <sup>17</sup> EuGH, 20.1.2005, Rs. C-27/02, (Petra Engler ./ Janus Versand GmbH), Slg. 2005, 481, Rn. 42 f.
- <sup>18</sup> EuGH, 20.1.2005, Rs. C-27/02, (Petra Engler ./ Janus Versand GmbH), Slg. 2005, 481, Rn. 48 - siehe zu dieser Diskrepanz der Auslegung von Art. 13 Nr. 3 und Art 5 Nr. 1, die beide Ausnahmen von Art. 2 I darstellen, unten I. 7. b).
- <sup>19</sup> EuGH, 20.1.2005, Rs. C-27/02, (Petra Engler ./ Janus Versand GmbH), Slg. 2005, 481, Rn. 50; - krit. Mörsdorf-Schulte, JZ 2005, 770, 774.
- <sup>20</sup> EuGH, 20.1.2005, Rs. C-27/02, (Petra Engler ./ Janus Versand GmbH), Slg. 2005, 481, Rn. 51.
- <sup>21</sup> Siehe oben I. 1.
- <sup>22</sup> Siehe hierzu allgemein Wagner, WM 2003, 116 ff.
- <sup>23</sup> EuGH, 14.5.2009, Rs. C-180/06 (Renate Ilsinger ./ Martin Dreschers als Insolvenzverwalter der Schlank & Schick GmbH), Rn. 51. Dies hatte bereits die Generalanwältin so gesehen und ergänzt, ob ein *Verbrauchervertrag* vorliege bestimme sich folglich nicht mehr nach dem Inhalt des Vertrages, sondern ausschließlich nach den beteiligten Parteien, (Schlussanträge der Generalanwältin Trstenjak, 11.9.2009 Rs. C-180/06 (Renate Ilsinger ./ Martin Dreschers als Insolvenzverwalter der Schlank & Schick GmbH), Rn. 40. Im Ergebnis muss diese Änderung der Gesetzeslage ausdrücklich begrüßt werden. Jedenfalls dort, wo es der Verbraucher ist, der einseitig verpflichtet wird, darf ihm der zuständigkeitsrechtliche Schutz eines Verbrauchergerichtsstands nicht versagt werden. Allein in Fällen, in denen den Unternehmer einseitig eine Verpflichtung trifft lässt sich über die Ausweitung des Verbrauchergerichtsstands rechtspolitisch streiten.
- <sup>24</sup> EuGH, 14.5.2009, Rs. C-180/06 (Renate Ilsinger ./ Martin Dreschers als Insolvenzverwalter der Schlank & Schick GmbH), Rn. 52 f.
- <sup>25</sup> Feuchtmeyer, NJW 2002, 3598 f.; Leible, IPRax 2003, 28 ff.; St. Lorenz/Unberath, IPRax 2005, 219 ff.; Mankowski, EWIR 2003, 873 f.; Mankowski, EWIR 2005, 387 ff.; McGuire, eolex 2005, 489 ff.; Mörsdorf-Schulte, JZ 2005, 770 ff.; Staudinger, ZEuP 2004, 767 ff.
- <sup>26</sup> Mankowski, in: Magnus/Mankowski, Brussels I Regulation, Art. 5 Rn. 36, der von einer "escape strategy" spricht.
- <sup>27</sup> Feuchtmeyer, NJW 2002, 3598, 3599; Leible, IPRax 2003, 28, 31; Staudinger, ZEuP 2004, 767, 770.
- <sup>28</sup> Vgl. nur Mörsdorf-Schulte, JZ 2005, 770, 779.
- <sup>29</sup> Krit. auch Mörsdorf-Schulte, JZ 2005, 770, 779, die daran zweifelt, dass der EuGH tatsächlich das Erfordernis eines "echten" Synallagmas aufstellen wollte.
- <sup>30</sup> Siehe oben I. 3. (dort allerdings v.a. zum deutschen nationalen Recht).
- <sup>31</sup> EuGH, 17.9.2002, Rs. C-334/00 (Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA ./ Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH) Slg. 2002, 7357

<sup>32</sup> Kritisch deswegen auch *Leible*, NJW 2005, 796, 797, der zu Recht bemängelt, der EuGH hätte jedenfalls begründen müssen, ob und warum auch dann von einem Vertrag auszugehen sei, wenn der Verbraucher die Gewinnmitteilung als Werbetrick durchschaut habe; *Mörsdorf-Schulte* (JZ 2005, 770, 776 spricht) spricht gar davon, dem EuGH komme es gar nicht auf eine echte Freiwilligkeit an, er konstruiere vielmehr eine "normative Freiwilligkeit".

<sup>33</sup> EuGH, 20.1.2005, Rs. C-27/02, (Petra Engler ./ Janus Versand GmbH), Slg. 2005, 481, Rn. 42 f.; siehe hierzu bereits oben I. 5.

<sup>34</sup> EuGH, 17.6.1992, Rs. C-26/91 (Jakob Handte & Co ./ Traitements mécano-chimique des surfaces SA), Slg. 1992, 3967, Rn. 14. EuGH, 27.10.1998, Rs. C-51/97 (Réunion européenne ./ Spliethoff's Bevrachtingskantoor und Kapitän des Schiffes "Alblasgracht V002") Slg. 1998 I 6511 Rn. 16; EuGH, 27.9.1988, Rs 189/87 (Athanasios Kalfelis ./ Bankhaus Schröder, Münchmeyer, Hengst & Co. und andere) Slg. 1988, 5565 Rn. 19; EuGH, 15.2.1989, Rs. 32/88 (Six Constructions Ltd ./ Paul Humbert) Slg. 1989, 341 Rn. 18.

<sup>35</sup> Vgl. etwa Art. II.-1:101 (Draft) Common Frame of Reference; siehe zum deutschen nationalen Recht etwa *Huber*, in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, A. II. 2. a), S. 127 f.

<sup>36</sup> Tatsächlich prüft der EuGH in seiner Engler-Entscheidung auch die Annahme der Gewinnzusage durch die Klägerin (EuGH, 20.1.2005, Rs. C-27/02, (Petra Engler ./ Janus Versand GmbH), Slg. 2005, 481 - oben abgedruckt).

<sup>37</sup> Vgl. EuGH, 20.1.2005, Rs. C-27/02, (Petra Engler ./ Janus Versand GmbH), Slg. 2005, 481, Rn. 55.

<sup>38</sup> Anders kann allenfalls zu entscheiden sein, wenn die Gewinnzusage eine Annahme innerhalb einer bestimmten Frist voraussetzte (siehe zu dieser Problematik allgemein unten II. 3.).

<sup>39</sup> Allerdings auch dort explizit vorbehaltlich einer "endgültigen Qualifizierung dieser Verpflichtung, die Sache des vorlegenden Gerichts [sei]", EuGH, 20.1.2005, Rs. C-27/02, (Petra **Engler** ./ Janus Versand GmbH), Slg. 2005, 481, Rn. 56.

<sup>40</sup> EuGH, 17.6.1992, Rs. C-26/91 (Jakob Handte & Co ./ Traitements mécano-chimique des surfaces SA), Slg. 1992, 3967, Rn. 15; EuGH, 27.10.1998, Rs. C-51/97 (Réunion européenne ./ Spliethoff's Bevrachtingskantoor und Kapitän des Schiffes "Alblasgracht V002") Slg. 1998 I 6511 Rn. 17; EuGH, 5.2.2004, Rs. C-265/02 (Frahuil SA ./ Assitalia SpA), Slg. 2004, 1543, Rn. 24.

<sup>41</sup> Vgl. nur EuGH, 17.6.1992, Rs. C-26/91 (Jakob Handte & Co ./ Traitements mécano-chimique des surfaces SA), Slg. 1992, 3967, Rn. 15.

<sup>42</sup> EuGH, 17.9.2002, Rs. C-334/00 (Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA ./ Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH) Slg. 2002, 7357; zur Kritik an dieser Entscheidung siehe insb. *Mankowski*, IPRax 2003, 127 ff.

<sup>43</sup> EuGH, 20.1.2005, Rs. C-27/02, (Petra Engler ./ Janus Versand GmbH), Slg. 2005, 481, Rn. 50; EuGH, 14.5.2009, Rs. C-180/06 (Renate Ilsinger ./ Martin Dreschers als Insolvenzverwalter der Schlank & Schick GmbH), Rn. 54.

<sup>44</sup> EuGH, 17.6.1992, Rs. C-26/91 (Jakob Handte & Co ./ Traitements mécano-chimique des surfaces SA), Slg. 1992, 3967.

<sup>45</sup> Hierauf weist *Mörsdorf-Schulte* (JZ 2005, 770, 774 f.) zu Recht hin. Für eine freiwillig eingegangene Verpflichtung als Mindest- und Maximalbedingung zugleich bereits *Mankowski*, IPRax 2003, 127, 129.

<sup>46</sup> Vgl. *Huber*, in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, A. II. 2. a) aa) bbb), S. 128.

<sup>47</sup> Vgl. *Huber*, in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, A. II. 2. a) bb), S. 128.

<sup>48</sup> Siehe oben II. 1.; vgl. auch *Mankowski*, in: Magnus/Mankowski, Brussels I Regulation, Art. 5 Rn. 34; die Notwendigkeit einer solchen weiten Auslegung eingehend begründend *Mankowski*, IPRax 2003, 127, 129 ff.

<sup>49</sup> Jedenfalls seit der Engler-Entscheidung; siehe hierzu oben II. 1.

<sup>50</sup> Vgl. *Huber*, in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, A. II. 2. b), S. 128 f.

<sup>51</sup> EuGH, 14.5.2009, Rs. C-180/06 (Renate Ilsinger ./ Martin Dreschers als Insolvenzverwalter der Schlank & Schick GmbH), Rn. 52 f.

<sup>52</sup> Siehe zur Widersprüchlichkeit der EuGH-Entscheidungen bereits oben I. 7. b).

<sup>53</sup> *Kropholler*, Europäisches Zivilprozeßrecht, Art. 5 Rn. 7; *Leible*, in: Rauscher, Europäisches Zivilprozeßrecht, Art. 5 Rn. 19.

<sup>54</sup> EuGH, 20.1.2005, Rs. C-27/02, (Petra Engler ./ Janus Versand GmbH), Slg. 2005, 481, Rn. 55 f. Daher geht etwa *Mankowski* (in: Magnus/Mankowski, Brussels I Regulation, Art. 5 Rn. 35) davon aus, dass eine Annahme auch unter Art. 5 EuGVVO erforderlich sei. Zu einer anderen möglichen Erklärung der Ausführungen des EuGH (Überwindung eines consideration-Erfordernisses) siehe *Mörsdorf-Schulte*, JZ 2005, 770, 776 f.

<sup>55</sup> *Lorenz/Unberath*, IPRax 2005, 219, 222.

<sup>56</sup> Anders als unter Art. 5 Nr. 1 EuGVVO: Zu dieser Vorschrift vertritt der EuGH in ständiger Rechtsprechung, es komme nicht darauf an, dass ein Vertrag tatsächlich zustande gekommen sei - eine Verfristung der Annahmeerklärung wäre demnach unschädlich.

<sup>57</sup> Schlussanträge der Generalanwältin Trstenjak, 11.9.2009 Rs. C-180/06 (Renate Ilsinger ./ Martin Dreschers als Insolvenzverwalter der Schlank & Schick GmbH), Rn. 77 f. Mit einer ähnlichen Argumentation hatte der BGH vor der Engler-Entscheidung eine Anwendbarkeit des Verbrauchergerichtsstands bejaht (BGH, NJW 2003, 426) - pikanterweise ohne die Frage dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen, weil die richtige Anwendung des EuGVÜ offensichtlich sei. Infolge der Engler-Entscheidung verwarf der BGH diese Ansicht (BGH, NJW 2006, 230, 231 f.).

<sup>58</sup> *Mankowski*, in: Magnus/Mankowski, Brussels I Regulation, Art. 5 Rn. 32; *Thorn*, in: Palandt Art. 1 Rom II-VO Rn. 4 (zu EuGVÜ und EVÜ bereits BGHZ 120, 380, 384; *Staudinger*, JZ 2003, 852, 856).

<sup>59</sup> Siehe aber oben I. 7. b).

<sup>60</sup> Beim Verbrauchervertragsbegriff bestehen dagegen keine Unterschiede. Die betreffende Regelung stellt hier wie dort eine Ausnahmevorschrift dar.

<sup>61</sup> Siehe oben I. 5.: EuGH, 20.1.2005, Rs. C-27/02, (Petra Engler ./ Janus Versand GmbH), Slg. 2005, 481, Rn. 48.

<sup>62</sup> Wenig überzeugend ist daher die Entscheidung des BGH, den Anspruch aus Gewinnzusage zwar im Rahmen der Zuständigkeitsprüfung in Befolgung der Engler-Entscheidung vertraglich zu qualifizieren, ihn aber im Rahmen der Ermittlung des anwendbaren Rechts als weder vertraglich noch deliktisch, sondern als geschäftsähnliche Handlung anzusehen (zu Recht kritisch daher *St. Lorenz*, NJW 2006, 473, 473, unter Verweis die Herkunft der Artt. 27 ff. EGBGB aus dem Europäischen Schuldvertragsübereinkommen und das Gebot der einheitlichen Auslegung in Art. 36 EGBGB). Freilich wendet der BGH im Ergebnis mit Art. 34 EGBGB dann doch wieder eine schuldvertragsrechtliche Vorschrift an.

<sup>63</sup> Zur Widersprüchlichkeit der Beantwortung dieser Frage in der Engler-Entscheidung einerseits (freiwillige Bindung bejaht) und der Ilsinger-Entscheidung andererseits (Entscheidung dem vorlegenden Gericht überlassen) siehe bereits oben I. 7. c).

<sup>64</sup> Schlussanträge der Generalanwältin Trstenjak, 11.9.2009 Rs. C-180/06 (Renate Ilsinger ./ Martin Dreschers als Insolvenzverwalter der Schlank & Schick GmbH), Rn. 49.