



IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bezirksgericht für Handelssachen Wien erkennt durch seinen Richter Dr. Werner Petritz in der Rechtssache der klagenden Partei [REDACTED] Wien, vertreten durch Beneder Rechtsanwalts GmbH, 1010 Wien, wider die beklagte Partei Shopping Alliance Ltd, Haus „Thalia“, Ta. L-Ibragg Road, 0 SWQ 2033 Swieqi, Malta, vertreten durch Dr. Katja Matt, Rechtsanwältin in 6900 Bregenz, wegen € 44.100,- samt Anhang nach öffentlicher mündlicher Streitverhandlung zu Recht:

1. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen € 35.100,- samt 4% Zinsen seit 24.7.2013 zu zahlen.
2. Das Mehrbegehren, die beklagte Partei sei weiters schuldig, der klagenden Partei € 9.000,- samt 4% Zinsen seit 24.7.2013 zu zahlen, wird abgewiesen.
3. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen die mit € 7.764,84 (darin € 1.117,14 USt und € 1.057,60 ustfreie Barauslagen) bestimmten Prozesskosten zu ersetzen.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

Außer Streit steht, dass die klagende Partei zum Teil persönlich adressierte Zusendungen von der beklagten Partei an ihre Privatadresse erhielt und in weiterer Folge bei dieser diverse Waren bestellte.

Mit der Mahnklage vom 6.9.2014 begehrte die Klägerin gestützt auf § 5j KSchG die Zahlung von insgesamt € 44.100,- samt Zinsen aus Gewinnzusagen in fünf Zusendungen, die sie von der beklagten Partei erhalten habe. Die Anforderung dieser Gewinne sei jeweils per Post mittels eines Bestell-/Gewinnscheins erfolgt, wobei die Klägerin diese mitsamt Warenbestellung der beklagten Partei zugesandt habe. Damit habe die Klägerin ihre Gewinne

entsprechend der Anweisungen der beklagten Partei auch angefordert. Sie habe darauf vertrauen können, dass ihr die zugesagten Gewinne ausbezahlt würden. Auch habe die beklagte Partei aufgrund der Formulierungen zum Ausdruck gebracht, dass sie sich rechtlich gebunden erachte, der Klägerin auch die Preise auszuzahlen. Die Klägerin habe mit Schreiben vom 9.7.2013 zur Leistung aufgefordert und eine Frist bis zum 23.7.2013 gesetzt. Auch habe die Klägerin dadurch, dass sie mehrere Gewinne einfordere, ihre Konsumenteneigenschaft nicht verloren. Ein Verstoß gegen zwingende Bestimmungen des europäischen Rechts liege nicht vor.

Die beklagte Partei bestritt das Klagebegehren und brachte zusammengefasst vor, bloß Werbeträger mit Gewinnspielunterlagen übermittelt zu haben. Aus den Teilnahmebedingungen und der äußeren Erscheinung der Zusendungen sei ersichtlich, dass es sich jeweils lediglich um Gewinnchancen in Form von Zugangsnummern zu Gewinnspielen bzw Anteilen von Bargeldgewinnen handle. Eine der fünf Zusendungen sei darüber hinaus gar nicht persönlich an die klagende Partei adressiert gewesen. Bei der Beurteilung des Bestehens eines Anspruchs aus Vertrag sei auf die Sicht des redlichen Erklärungsempfängers im Sinne des ABGB, und nicht auf die eines flüchtigen Durchschnittsverbrauchers abzustellen. Daher liege keine vertragliche Bindung und auch keine Grundlage für eine solche vor. Auch sei das KSchG nicht auf die Klägerin anwendbar, da sie unternehmerisch tätig werde und die Teilnahme an Gewinnspielen geradezu in Erwerbsabsicht zur Erzielung von Einkommen, das ein Jahreseinkommen eines Angestellten bei weitem übersteige, betreibe. § 5j KSchG sei auch nicht anwendbar, da hinsichtlich dieser Bestimmung ein Widerspruch mit dem Europarecht, insbesondere mit der Richtlinie 2005/29/EG bestehe, welcher im Wege eines Vorabentscheidungsverfahrens zu klären sei.

Beweis wurde erhoben durch Einsichtnahme in die vorgelegten Urkunden ./A bis ./Z und ./1 bis ./6

Aufgrund des durchgeführten Beweisverfahrens steht zusätzlich zum bereits Eingangs festgestellten Sachverhalt fest:

Im Jahr 2013 übermittelte die beklagte Partei insgesamt fünf Zusendungen an die klagende Partei.

Auf dem Kuvert der Zusendung A-293-4-HV/0034493 (Beilage ./A bis ./E), als deren Absender der Edelweiss Versand aufscheint, erging eine an die Klägerin persönlich adressierte „Mitteilung an den Gewinner“ für einen Hauptpreis im Wert von € 10.800,-. Auf der Rückseite des Kuverts (Beilage ./A) war zu lesen:

„Wenn Sie diesen Brief wegwerfen, bedeutet das, dass Sie auch Ihren Gewinn wegwerfen! Würden Sie einen Scheck im Wert von 10.800.00 Euro wegwerfen?“

Wenn Sie nicht auf diesen Brief antworten, dann kann ich nichts mehr für Sie tun!"

In diesem Kuvert war eine „offizielle Bestätigung eines Scheck-Gewinns“ für den Bankscheck im Wert von € 10.800,- mit der Zugangs-Nummer 93.MB-231, der an die Klägerin adressiert war. Darin wurde der Klägerin zu ihrem Gewinn gratuliert. Auf dem Blatt „Verfahrensablauf für die Zustellung Ihres Schecks“ wurde die Klägerin ermahnt, „als ein bereits offizieller Gewinner [...] alle Verfahrensschritte für die Zustellung Ihres Schecks strikt einzuhalten, um Ihren Gewinn so schnell wie möglich zu erhalten. Auf diesem Blatt war auch neben dem deutlich hervorgehobenen Wert des Hauptpreises (10.800,-) über der Unterschrift des Finanzdirektors folgender Satz angeführt:

„Es geht dabei tatsächlich um Bargeld, nicht um einen Trostpreis oder Rabatt-Scheck.“

In der Mitteilung „Offizielle Zuteilung einer Gewinn-Nummer“ bestätigte „Gutachter Bernhard Zachhalm“, dass die genannte Nummer „offizielle Zugangs-Nummer für den Hauptpreis über € 10.800,00“ ist (Beilage ./C). Um den „garantierten Gewinn“ zu erhalten, war es laut Angaben in den Unterlagen notwendig, innerhalb von 10 Tagen zu antworten. Weiters wurde der Klägerin garantiert, „TATSÄCHLICH Gewinnerin eines Schecks“ zu sein (Beilage ./D). Die Teilnahmebedingungen wiesen in deutlich kleinerer Schrift darauf hin, dass von einer „neutralen Person aus allen persönlichen Gewinn-Nummern die gewinnende Gewinn-Nummer gezogen und von ihr an einem sicheren Ort hinterlegt“ wurde und diese an die Shopping Alliance Ltd. weitergeleitet werde. Ebenso wurde darauf hingewiesen, dass der Betrag von € 10.800,- „einmal an den Einsender mit der gewinnenden Gewinn-Nummer vergeben“ wird und die Teilnahme an der Gewinn-Vergabe unabhängig von einer unverbindlichen Bestellung ist. Ein Widerruf gegen die Verwendung der persönlichen Daten der Klägerin, wären an den „Edelweiss Versand im Hause Shopping Alliance Ltd., Postfach 2480, 5000 Salzburg, zu richten.

Mit dem Bestell-/Gewinnschein 293-A bestellte die Klägerin fristgerecht Tischtuchklammern und einen Knie- und Sitzhocker (Beilage ./E).

Das Kuvert der Zusendung A-295-2-HV/0004044 (Beilage ./F bis ./L), die persönlich an die Klägerin adressiert war, kündigte eine „EILIGE WERTSENDUNG **** ACHTUNG *****“ an. Ebenso wurde angegeben:

„Wir haben schon mehrmals versucht, Sie telefonisch zu erreichen. Sie haben nur noch 10 Tage Zeit, Ihren garantierten Bargeldpreis anzufordern!“

Die in der Zusendung enthaltenen Unterlagen hielten die Klägerin dazu an, zu antworten, um nicht auf den „garantierten Gewinn“ zu verzichten:

„Herzlichen Glückwunsch! Sie sind ein bestätigter Bargeld-Gewinner, Ihre Auszahlung ist bereits genehmigt und kann ordnungsgemäß umgehend

erfolgen, wenn Sie Ihre Unterlagen rechtzeitig einsenden. Also warten Sie nicht länger und rufen Sie Ihren Gewinn ab!“

Ebenso war eine „OFFIZIELLE GEWINN-BESTÄTIGUNG“ (Beilage ./H) enthalten, die „ausschließlich für die garantierte Bargeldgewinnerin“, nämlich die Klägerin, erstellt wurde. Mit dieser wurde „offiziell bestätigt, dass Sie [die Klägerin] bei der Ziehung vom 17.6.2013 als eine Bargeldgewinnerin in der € 10.600,00 Kategorie A gezogen“ wurde. Beigefügt wurde die „Gewinn-Anforderungs-Nummer“ HX-328.705. Unter der Überschrift „Auszahlungs-Optionen“ wurde darauf hingewiesen, dass es absolut notwendig sei, dass die Klägerin entweder den Scheck mit ihrer Bestätigung oder den unten stehenden Überweisungsauftrag unter Angabe Ihrer Bankverbindung innerhalb von 10 Tagen zusammen mit Ihrem ausgefüllten Bestell-/Gewinnschein zurückschicke. Den Unterlagen war ein Schreiben der „EV Finanzpool International“ beigefügt, in dem der Geschäftsführer A. Moser der Geschäftsleitung der Edelweiss-Versand bestätigte, dass alle Vorbereitungen für einen sicheren und reibungslosen Bargeld-Transfer abgeschlossen seien. Die auf einem Sonderkonto hinterlegten Gelder würden alle Geldpreise abdecken. Die „EILIGE GEWINNMITTEILUNG – STRENG VERTRAULICH“ (Beilage ./I) forderte die Klägerin auf, zwischen der Auszahlungs-Option Bankscheck oder Überweisung zu wählen, um den „sicher gewonnen Bargeldanteil in Empfang nehmen zu können“. Dieses Blatt enthielt folgende Aufforderung:

„Füllen Sie bitte zusätzlich den auf dem Bestell-/Gewinnschein befindlichen Bargeld-Abruf aus und schicken Sie beides innerhalb von 10 Tagen (bei Nichtantwort müsste ich [der unterzeichnende Wilfried Sendhof, Ziehungsleiter] Ihren Bargeldgewinn eine anderen Person übergeben) zusammen mit Ihrer unverbindlichen Bestellung oder ohne an mich zurück und schon kann ich Ihnen Ihren sicheren Bargeldanteil an € 10.600,00 zukommen lassen“.

Weiters wurde auf Produkte im Edelweiss-Versand Katalog verwiesen und die Bestellung angeregt. Dem Konvolut war eine „Vorabausfertigung“ eines Überweisung/Zahlscheines der EV Finanzpool International auf den Namen der Klägerin über € 10.600,- angeschlossen. Die Zusendung enthielt weiters ein „offizielles Bestell- & Gewinn-Abruf-Kuvert“ für das Antwortformular. Auf dem Kuvert war bereits vom Absender angekreuzt, dass eine unverbindliche Bestellung beiliege. Auch fand sich der Hinweis:

„Aus organisatorischen Gründen darf dieser Umschlag nur von Gewinnspielteilnehmern mit Bestellung genutzt werden. Nur Gewinnspielteilnehmer können nicht bearbeitet werden. Benutzen sie hierfür einen neutralen Umschlag.“

Mit dem Bestell- und Gewinnschein (Beilage ./L) bestellte die Klägerin am 19.6.2013 ein Edelstahl-Wunder und ein Anti-Schmerz-Spray.

Am 1.7.2013 erhielt die Klägerin eine weitere persönlich an sie adressierte Zusendung mit dem Zeichen A-ED7-A-NV ED7200 (Beilage ./M bis ./R), als deren Absender „Bela Vita im Hause Shopping Alliance Ltd., Postfach 2480, 5000 Salzburg“ den Teilnahmebedingungen zu

entnehmen war. Auf der Rückseite des Kuverts (Beilage ./O) fand sich folgender Text:

„Die 8.650,00 Euro-Ertragsvergabe steht an. Bitte melden Sie sich diesbezüglich umgehend. Die Einsendefrist läuft bald ab.“

In der im Kuvert befindlichen, an die Klägerin persönlich adressierten „offiziellen Mitteilung der Bargeld-Vergabe“ informiert „Antonius Schrader, Leiter der Gewinn-Vergabe“ über die Vergabe eines „außerordentliche[n] Ertrag[es] in Höhe von 8.650,00 Euro in bar“. Im Schreiben hieß es weiter:

„Heute schreibe ich Ihnen, denn, wenn Sie Ihre Chance nutzen, könnte ich Ihnen, Frau [REDACTED] schon bald zu diesem Gewinn über 8.650,00 Euro gratulieren. Lesen Sie jetzt auf der Rückseite, was zu tun ist.“

Auf der Rückseite war folgende Anweisung zu finden:

„Frau [REDACTED], auf der Vorderseite haben Sie sicher die Marke mit Ihrer persönlichen Vergabe-Nummer gesehen. Lösen Sie diese einfach ab und kleben Sie die Marke auf das dafür vorgesehene Feld auf der ‚Rückantwort zur Ertragsvergabe‘ auf dem Warenanforderungs- & Gewinn-Schein. Wenn die berechnete Vergabe-Nummer YR-533.269 lautet (Sie finden Ihre persönliche Vergabe-Nummer links im gelben Streifen) sind Sie, Frau [REDACTED], der berechnete Empfänger des Ertrages.“

Auf der linken Seite des Schreibens war die „persönliche Vergabe-Nr.: YR-533.269“ der Klägerin zugeordnet. Auf dem Rückantwortformular (Beilage ./N) war anzukreuzen:

„Ja, ich möchte mir die Chance auf den außerordentlichen Ertrag in Höhe von 8.650,00 Euro in bar nicht entgehen lassen.“

In einer beigegefügt „Gewinn-Information“ (Beilage ./P) wurde der Ablauf der Gewinn-Vergabe beschrieben:

„Alle Angaben werden abschließend erneut geprüft und bestätigt. Wenn die gewinnende Vergabe-Nummer YR-533.269 lautet, ist Frau [REDACTED] die Gewinnerin der 8.650,00 Euro in Bar.“

Ebendort waren auch die Teilnahmebedingungen zu finden, die unter anderem enthielten:

„Der Betrag von 8.650,00 Euro wird einmal an den Einsender mit der gewinnenden Vergabe-Nummer vergeben.“

Auf der Rückseite fand sich oberhalb einer Werbung für ein Produkt des Versandhauses ein Schein mit dem Text:

„Ich versichere Ihnen, Frau [REDACTED] dass alles genau so eintreffen wird, wenn Sie uns Ihre Rückantwort zur Ertragsvergabe von 8.650,00 Euro mit der gewinnenden Vergabe-Nr. zurückschicken: **Dann erhalten Sie den Barbetrag über 8.650,00 Euro innerhalb von 48 Stunden.** Bitte bewahren Sie diesen Schein sorgfältig auf, Frau [REDACTED].“

Mit dem Warenanforderungs- & Gewinn-Schein bestellte die Klägerin Cranberry-Kapseln im Wert von € 69,98.

Die Zusendung ON9-WB1-A-2 (Beilage ./S bis ./U) war nicht persönlich an die Klägerin adressiert. Als Absender war dem Schreiben „Der Beste Preis im Hause Shopping Alliance Ltd.“ zu entnehmen. Die „dringende Gewinner-Aufforderung“ bestätigte dem Empfänger einen **„Barscheck von bis zu 9.000,00 Euro und einen attraktiven Sachpreis!“** (Beilage ./S). Weitere Informationen:

„Der auf Sie ausgestellte **Barscheck** liegt mir bereits vor und wartet nur auf Ihren persönlichen Abruf durch das beiliegende **Gewinn-Annahme-Dokument**. Ihren attraktive Sachpreis werde ich Ihnen zusammen mit Ihrem Barscheck per versichertem Postpaket zusenden. **Bitte antworten Sie sofort, damit sie Ihre beiden Gewinne so schnell wie möglich erhalten können.**“

Unterzeichnet wurde von „Marianne Hubertus, Kundenbetreuung“. Übermittelt wurde ebenso ein „Auszug vom Juli 2013“ vom „Gewinner-Protokoll“. Dieser weist aus:

„Von: Der Beste Preis, Ziehung vom: Juli 2013, Scheck bis zu: **9.000,00 Euro + 1 attraktiver Sachpreis**, Gewinner: Empfänger dieses Schreibens, **nur persönlich** – nicht übertragbar auf Dritte!, Ergebnis: Die offizielle Ziehung der Gewinner konnte erfolgreich abgeschlossen werden. Stefan Krenn, offizieller Gewinnjuror. **Sie sind** als offizieller Gewinner gezogen und bestätigt worden. Sie erhalten garantiert einen **Barscheck sowie einen attraktiven Sachpreis**. Diese müssen innerhalb von 10 Tagen angefordert werden.“

Auf der Rückseite befand sich ein „Garantie-Zertifikat für Barschecks und Sachpreise“:

„Sehr geehrter Kunde, ich gratuliere Ihnen hiermit recht herzlich. **Sie erhalten garantiert einen Barscheck und einen der nebenstehenden Sachpreise**. Bitte rufen Sie Ihre beiden Gewinne so schnell wie möglich ab. Füllen Sie hierzu das beiliegende **Gewinn-Annahme-Dokument** (siehe Bestell-/Gewinnschein) aus und senden es zusammen mit Ihrer unverbindlichen Bestellung oder ohne zurück. **Herzlichen Glückwunsch!** Marianne Hubertus, Kundenbetreuung.“

Nebenstehend wurden diverse Sachpreise ausgewiesen. Unmittelbar darunter ist eine „Gewinn-Annahme-Urkunde“, in welcher der **„Sofort-Abruf bis zu 9.000 Euro“** für den Empfänger dieses Schreibens „bestätigt und beglaubigt“ wird. Es hieß weiter:

„Sie sind der Gewinner **eines Barschecks** von bis zu **9.000,00 Euro und eines attraktiven Sachpreises**. Hiermit erkläre und bestätige ich, als Unterzeichner, die Richtigkeit der beiliegenden Dokumente. Die Gewinn-Ausschüttung erfolgt streng nach den Ergebnissen der am 01.07.2013 durchgeführten Ziehung. Stefan Krenn, offizieller Gewinnjuror.“

Auf dem „Gewinn-Annahme-Dokument“ (Beilage ./T) fand sich folgender Text in den Teilnahmebedingungen:

„Die Ziehung wurde nach dem Zufallsprinzip durchgeführt. Im Vorfeld wurde von einer neutralen Person aus allen persönlichen Gewinn-Annahme-Nummern, die gewinnende Gewinn-Annahme-Nummer gezogen und von ihr an einem sicheren Ort hinterlegt. Erst nach Versand des Mailings werden die gewinnenden Gewinn-Annahme-Nummern an Shopping Alliance Ltd. zur Gewinnvergabe übermittelt. Die Gewinne in Höhe von 9.000,00 Euro, 7.000,00

Euro, 5.000,00 Euro, 2.500,00 Euro, und 500,00 Euro werden einmal an die Einsender der gewinnenden Gewinn-Annahme-Nummern vergeben, sofern sie vor-Einsendeschluss, dem 30.08.2013 ihre kompletten Unterlagen einsenden. Alle Teilnehmer, die ihre Unterlagen fristgerecht einsenden, erhalten ihren Gewinn als Bar-/Warenscheck in Höhe von 2,00 Euro. Die genannten Sachpreise werden im Rahmen der Jahres-Geschenkvergabe 2013 je 1 Mal vergeben. Zu ihrem attraktiven Sachpreis erhalten sie einen passenden Zusatzartikel zum Vorzugspreis von 4,99 Euro (falls nicht gewünscht, bitte Setabschnitt auf Gewinn-Annahme-Dokument streichen!).“

Die Klägerin bestellte ein Oliven-Pflege-Set und einen Met-Honigwein im Wert von € 39,98.

Die Zusendung A-296-2-HV/0031980 (Beilage .N bis .Z) war persönlich an die Klägerin adressiert und kündigte eine „Riesen-Gewinnvergabe ‚Sommer 2013‘“ an (Beilage .N). Als Absenderin war zunächst die „Finanzverwaltung Shopping Alliance“ auszumachen, jedoch wurde vom „Finanzdirektor Edelweiss Versand“ unterzeichnet.

„**Gute Nachricht für Frau ██████████ aus Wien. Frau ██████████ wir sind verpflichtet, 3.900,- Euro an Sie auszuhändigen!**“

Im Schreiben hieß es weiter:

„Nur sie alleine erhalten mit diesem Schreiben einen **Ziehungs-Scheck** über 3.900,- Euro mit Ihrer persönlichen Scheck-Nummer HZ-511.563. Voraussetzungen für die Gewinnvergabe der 3.900,- Euro an Sie, Frau ██████████, sind:

- Sie senden das vollständig ausgefüllte Gewinn-Zertifikat (siehe Bestell-/Gewinnschein) gemeinsam mit Ihrem pers. Ziehungs-Schein zurück.
- Sie beachten die Einsendefrist von 10 Tagen.
- Die gewinnenden Scheck-Nummer lautet HZ-511.563.“

Der beigelegte „**Ziehungs-Scheck**“ (Beilage .W) wies einen Betrag in Höhe von € 3.900,- aus und enthielt weiters folgende Angaben:

„Eigenhändig einzureichen von: Berechtigtem Ziehungs-Scheck Empfänger:
Frau ██████████ aus ██████████ Wien.“

In kleiner Schrift wurde beigelegt:

„Der vorgedruckte Ziehungs-Scheck darf nicht geändert oder beschriftet werden und dient als Los bei der Ziehung.“

Umseitig befanden sich die Teilnahmebedingungen, die unter anderem folgende Bestimmungen enthielten:

„Die Ziehung wurde nach dem Zufallsprinzip durchgeführt, im Vorfeld wurde von einer neutralen Person aus allen persönlichen Scheck-Nummern, die gewinnende Scheck-Nummer gezogen und von ihr auch an einem sicheren Ort hinterlegt. Erst nach Versand des Mailings wird die gewinnende Scheck-Nummer an Shopping Alliance Ltd. zur Gewinnvergabe übermittelt. Der Betrag von 3.900,00 Euro wird einmal an den Einsender mit der gewinnenden Scheck-Nummer vergeben, sofern er vor Einsendeschluss seine Unterlagen, komplett

ausgefüllt und unterschrieben, einsendet.“

Widerspruch gegen die Nutzung der persönlichen Daten waren an „Edelweiss-Versand im Hause Shopping Alliance Ltd., Postfach 2480, 5000 Salzburg“ zu richten. Auf dem „Bestell-/Gewinnschein“ (Beilage .IX) war ein „Gewinn-Vergabe-Zertifikat für: Frau [REDACTED] [REDACTED] Wien.“ Es war anzukreuzen, ob die Klägerin das „Guthaben“ in bar ausbezahlt, als Scheck zugeschickt oder auf ein Konto überwiesen bekommen möchte. Ein weiteres „Geschenk-Zertifikat“ enthielt folgende Angaben:

„Liefer-Anweisung. Frau [REDACTED], das Geschenk, der Fernseher, wird von einem unserer Fachhändler in Ihrer Nähe im Gewinnfall direkt zu Ihnen nach Hause geliefert. Sollten Sie lieber den Betrag in Höhe von 1.150,00 Euro in bar wünschen, kreuzen Sie dieses bitte hier an.“

Auf einem beigegefügt Blatt wurde der Fernseher beworben und folgende Anleitung gegeben:

„Was müssen Sie tun? Es ist ganz einfach: Kreuzen Sie einfach auf Ihrem Geschenk-Zertifikat (siehe Bestell-/Gewinnschein) an, ob sie den tollen Samsung LED Fernseher oder lieber die 1.150,00 Euro in bar erhalten möchten. Schicken Sie dann bitte alles ausgefüllt und unterschrieben, zusammen mit Ihrer unverbindlichen Bestellung oder ohne, zur Ziehung an uns zurück. Sandra Klarner, Abteilung Geschenkvergabe.“

In den Teilnahmebedingungen waren zum Fernseher folgende Bestimmungen enthalten:

„Das abgebildete Geschenk, der Fernseher der Marke Samsung, wird im Rahmen der Jahres-Geschenke-Vergabe 2013 einmal an den entsprechend gezogenen Teilnehmer vergeben. Sollte dieser Artikel nicht mehr lieferbar sein, wird ein qualitativ vergleichbarer Artikel als Geschenk geliefert.“

Übersendet wurde auch ein „Sitzungsprotokoll vom 29.7.2013“ (Beilage .Z):

„Anwesende: Sandra Klarner, Abt. Gewinn/Geschenke, Gerhard Breyer, Finanzdirektion, Marianne Hubertus, Kundenbetreuung (siehe Foto), Arno Moser, Geschäftsleitung. Tagesordnung: Einmalige Auslieferung eines Fernsehers oder 1.150,00 Euro in bar an einen der ausgewählten Kunden, der heute durch die Anwesenden bestimmt wurde.

1. Frau Astrid XXXXXX,
2. Frau [REDACTED]
3. Frau Maria XXXXXX,
4. Herr Gustav XXXXXX,
5. Herr Siegfried XXXXXX ...

Die heute ausgewählten Kunden müssen unverzüglich über das Geschenk benachrichtigt werden. Als Nachweis wird den Kunden eine Kopie dieses Sitzungsprotokolls sowie die Lieferanweisung (siehe Bestell-/Gewinnschein) geschickt. Die Kunden müssen auf dem beiliegenden Bestell-/Gewinnschein ankreuzen, ob sie den Fernseher oder das Bargeld bevorzugen würden und diesen ausgefüllt und unterschrieben an die Firma Edelweiss-Versand zurückschicken. **HEUTE FÜR RECHTSKRÄFTIG ERKLÄRT, GENEHMIGT**

UND UNTERZEICHNET: Marianne Hubertus, Kundenbetreuung.“

In kleiner Schrift:

„Die Vergabe erfolgt streng nach den Teilnahmebedingungen. Namen wurden aus datenschutzrechtlichen Gründen unkenntlich gemacht.“

Die Klägerin entschied sich für die Zustellung eines Schecks, die € 1.150,- in bar statt des Fernsehers und bestellte eine 3-teilige Aloe Vera Pflegeserie und einen Messerschärfer mit Saugnapf im Wert von € 42,98.

Der festgestellte Sachverhalt gründet sich auf die oben angeführten Beweismittel und folgende Beweiswürdigung:

Soweit sich Feststellungen auf den Inhalt unbedenklicher Urkunden beziehen, sind diese bei den jeweiligen Feststellungen in Klammern angeführt.

Rechtlich folgt daraus:

In Bezug auf die von der beklagten Partei eingewandten europarechtlichen Bedenken ist auf die Beschluss des OGH vom 6.9.2012, 1 Ob 137/12x, zu verweisen, in dem ein Verstoß gegen zwingende Bestimmungen des Europarechts verneint wurden.

Gemäß § 5j KSchG haben 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, dem Verbraucher diesen Preis zu leisten; er kann auch gerichtlich eingefordert werden. Die zitierte Bestimmung zielt darauf ab, die „dubiose Vertriebspraxis mancher Unternehmen“ („Klauser, Der Anspruch nach § 5j KSchG in dogmatischer und kollisionsrechtlicher Hinsicht, *ecolex* 1999, 752) hintanzuhalten und Verbrauchern, die solchen Praktiken ausgesetzt sind, einen einklagbaren Anspruch zu gewähren.

Die beklagte Partei brachte vor, dass die Klägerin dadurch, dass sie mehrfach Gewinnzusagen der beklagten Partei einfordere, ihre Eigenschaft als Konsumentin verloren habe, da sie dies mit Gewinnabsicht tue. Dabei versäumt sie darzulegen, inwieweit durch das Ausfüllen und Einsenden von Bestellungen bei der beklagten Partei eine auf Dauer angelegte Organisation selbständiger wirtschaftlicher Tätigkeit durch die Klägerin vorliegen sollte. Es war daher davon auszugehen, dass auf den gegenständlichen Fall das KSchG anzuwenden ist.

Bei der Beurteilung, ob durch die Gestaltung der Zusendungen der Eindruck erweckt wurde, dass die Klägerin einen bestimmten Preis gewonnen habe, ist ein „objektiver Maßstab“ anzulegen. Maßfigur ist der verständige Verbraucher. Bestehen von vorn herein keine Zweifel daran, dass der Gewinner erst durch Ziehung oder auf andere Weise ermittelt werden muss, ist die Anwendbarkeit von § 5j KSchG ausgeschlossen. Gewinnzusagen, die jedoch erst an

unauffälliger Stelle oder im Kleingedruckten klar gestellt werden, fallen jedenfalls unter die Bestimmung (7 Ob 290/01z). In diesem Sinne begründet auch die Verwendung nicht leicht zu durchschauender, ähnlicher und verwechslungsfähiger Bezeichnungen einen Anspruch nach § 5j KSchG. Der Eindruck, einen Preis gewonnen zu haben, entsteht durch Zusendungen, die gerade deshalb so gestaltet wurden, um bei möglichst vielen Empfängern den Eindruck zu erwecken, sie hätten den ihrer Losnummer entsprechenden Geldpreis bereits gewonnen. Teilnahmebedingungen, die bloß im Kleingedruckten Näheres ausführen, stehen einem solchen Anspruch nicht entgegen, da es auf den Gesamteindruck ankommt und nicht auf die Analyse einzelner „Formulierungen unter grammatikalischen bzw logischen Gesichtspunkten, zumal für den Adressaten nicht erkennbar ist, in welchen Sätzen der werbende Unternehmer die ‚maßgeblichen‘ Informationen untergebracht hat“ und dieser sich unter Berufung auf nicht leicht verständliche Zusätze seiner Verpflichtung zur Zahlung entziehen könnte (1 Ob 303/02v).

Die genannten Voraussetzungen sind bei den Zusendungen A-293-4-HV/0034493, A-295-2-HV/0004044, A-ED7-A-NV ED7200 und A-296-2HV/0031980 durch die im Sachverhalt festgestellten Wortlaute eindeutig erfüllt: Sie sind persönlich an die Klägerin adressiert und es wird unter anderem auf einen „garantierten Gewinn“ und einen „garantierten Bargeldpreis“ hingewiesen, die Ziehung als Bargeldgewinnerin wird „offiziell bestätigt“, zum „Gewinn gratuliert“ und die Adressatin als „berechtigte Empfängerin des Ertrages“ bezeichnet. In der Zusendung A-296-2HV/0031980 verspricht der Absender gar zur Aushändigung eines Betrages in Höhe von € 3.900,- an die Klägerin „verpflichtet“ zu sein. Der verständige Verbraucher konnte bei der durch die beklagten Partei gewählten Darstellung sowie deren Wortwahl davon ausgehen, tatsächlich die angegebenen Geldpreise gewonnen zu haben.

Die Zusendung muss jedoch an bestimmte Verbraucher persönlich adressiert sein, also nicht bloß eine Postwurfsendung an beliebige Adressaten sein (Krejci in Rummel³, KSchG § 5j Rz 3). Die Zusendung ON9-WB1-A-2 (Beilage ./S bis ./U) erfüllt daher nicht die anspruchsbegründenden Voraussetzungen des § 5j KSchG.

Ein Anspruch aus § 5j KSchG der klagenden Partei besteht daher hinsichtlich der Zusendungen A-293-4-HV/0034493, A-295-2-HV/0004044, A-ED7-A-NV ED7200 und A-296-2HV/0031980 zu Recht, bezüglich der Zusendung ON9-WB1-A-2 nicht zu Recht.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 43 Abs 1 ZPO. Die Kosten für die am 21.11.2013 verzeichnete Streitverhandlung konnte entgegen des Vorbringens der beklagten Partei verrechnet werden, da zum Zeitpunkt der Tagsatzung die Zustellung der Ladung der Nichtzustellung noch nicht ausgewiesen war. Zu Recht wandte die beklagte Partei ein, dass der Zustellantrag vom 7.11.2013 nicht mit TP2, sondern mit TP 1 zu verrechnen sei, da es sich um ein Ansuchen handelt, das eine Zustellung des Verfahrens betrifft. Der replizierende

Schriftsatz vom 14.5.2014 war hingegen zu entlohnen, da er keine Wiederholung des immer gleichen Sachvortrages darstellte, sondern auf die rechtlichen Ausführungen der beklagten Partei in deren Schriftsatz einging.

Bezirksgericht für Handelssachen Wien, Abteilung 16
Wien, 15. Juli 2014
Dr. Werner Petritz, Richter

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG