

Frst. u. Top 22.02.05 Berufung 88



Republik Österreich
Handelsgericht Wien

-D/ VKI z. Hd. Hr. Mag. HIRNKE
40 Cg 75/03 k
-D/ Melhu + RA D. Hande /16
-D/ MG

EINGELANGT

25. Jan. 2005

BRAUNEIS, KLAUSER & PRÄNDL

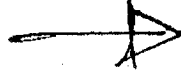
Im Namen der Republik

Das Handelsgericht Wien erkennt durch die Richterin Mag. Claudia Beck in der Rechtssache der klagenden Partei [REDACTED], [REDACTED] a.d. Krems, [REDACTED], vertreten durch Brauneis, Klauser & Prändl Rechtsanwälte OEG, 1010 Wien, Bauernmarkt 2, wider die beklagte Partei **Allianz Elementar Versicherungs-Aktiengesellschaft**, 1130 Wien, Hietzinger Kai 101-105, vertreten durch Dr. Andreas A. Lintl, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Lugeck 7, wegen Feststellungen (EUR 26.398,41 und EUR 5.000,-) sowie EUR 26.398,41 nach öffentlicher und mündlicher Verhandlung zu Recht erkannt:

1.) Die Feststellung, die beklagte Partei habe der klagenden Partei aus der zwischen den Streitparteien abgeschlossenen Rechtsschutzversicherung Polizze Nr. E 562638299 für die folgenden Schadensfälle, nämlich die klagsweise Geltendmachung von Ansprüchen aus einer Gewinnzusage der „Schlank & Schick GmbH“ im Betrag von EUR 2.870,58 und einer Gewinnzusage der „Janus Versandhandels-gesellschaft m.b.H.“ im Betrag von EUR 23.527,83, Deckung im vollem Umfang zu gewähren, wird **abgewiesen**.

2.) Die Feststellung, es werde zwischen den Streitparteien festgestellt, dass die beklagte Partei der klagenden Partei für alle nachteiligen Folgen

der Deckungsverweigerung haften, wird
abgewiesen.



3.) Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei zu Handen der Klagsvertreter EUR 26.398,41 samt 4% Zinsen ab 29.04.2004 binnen 14 Tagen zu bezahlen und

die mit EUR 4.938,84 (darin enthalten EUR 729,97 Ust und EUR 559,0 Barauslagen) zu ersetzen.

Entscheidungsgründe:

Mit der am 26.6.2003 eingelangten Klage begehrte die Klägerin anfangs die Feststellung, dass ihr die beklagte Partei aus der Rechtsschutzversicherung für die Schadensfälle „Janus Versandhandelsgesellschaft mbH“, kurz Janus, und „Schlank & Schick GmbH“, kurz Schlank & Schick, vollen Deckungsschutz zu gewähren habe. Die an sie persönlich adressierten Gewinnzusagen der Firma „Janus“ und „Schick & Schlank“ GmbH enthaltenen Aussagen stellten ein bindendes Gewinnversprechen im Sinne des § 5j KSchG dar. Nach Maßgabe der Gestaltung und des Inhalts dieser Briefsendungen sei bei der Klägerin dadurch die Vorstellung erzeugt worden, sie habe ATS 39.500,- (€ 2.870,58) und ATS 323.750,- (€ 23.527,83) gewonnen und sie müsse den Gewinn nur noch rechtzeitig anfordern.

Die Klägerin habe unverzüglich die Gewinne angefordert. Da seitens der Firmen aber die Auszahlung der Gewinne verweigert worden seien, habe die Klägerin der beklagten Partei mitgeteilt, dass sie sich zur Klagsführung gegen Janus und Schlank & Schick entschlossen habe. Die Klägerin führte weiters aus, dass § 5j KSchG sowohl als vertraglicher Anspruch im Sinne des Artikel 23 ARB 1994 als auch als Schadenersatzanspruch im Sinne des Artikel 19 ARB 1994 Deckung finde.

In der Verhandlung vom 28.4.2004 dehnte die Klägerin das Klagebegehren um ein Feststellungsbegehren, welches mit € 5.000, bewertet wird aus, und begehrte es solle mit

Rechtswirksamkeit zwischen den Streitparteien festgestellt werden, dass die beklagte Partei der klagenden Partei für alle nachteiligen Folgen der Deckungsverweigerung haften solle. Im Falle der Verjährung des Anspruchs beehrte die Klägerin in eventu den Ersatz des Schadens, den die beklagte Partei durch ihre rechtswidrige und schuldhaftige Deckungsverweigerung verursacht habe.

Der Klägerin sei unzumutbar gewesen, ohne Deckungszusage der beklagten Partei diese Prozesse gegen die zwei Versandhäuser auf eigene Kosten zu führen. Eine Kostentragungsmöglichkeit von dritter Seite habe nicht bestanden. Das Kostentragungsrisiko wäre bei Schlank & Schick, aber jedenfalls auch gegen Janus bei einem dreinstanzlichen Verfahren in Höhe der Streitwerte gelegen. Als Mittelschullehrerin sei das für die Klägerin nicht tragbar. Selbst bei überwiegenden Erfolgsaussichten wäre der Klägerin auf eigene Kosten eine Klagsführung nicht zumutbar gewesen, weil selbst im Erfolgsfall nicht gesichert gewesen wäre, das ein klagsstattgebendes Urteil durchsetzbar gewesen wäre.

Die Ansprüche aus Gewinnzusagen seien erstens vertraglich und zweitens erst nach dreißig Jahren verjährt. Darüberhinaus sei der Einwand der Verjährung sittenwidrig, weil sich die beklagte Partei nicht auf eine Bedingung berufen dürfe, deren Eintritt sie durch die Deckungsverweigerung selbst zu vertreten habe. In eventu dehnte die Klägerin ihr Begehren um die Leistung von EUR 26.398,41 samt 4 % Zinsen ab 29.9.2004.

Die beklagte Partei bestritt das Vorbringen der Klägerin zur Gänze, beantragte die Abweisung des Klagebegehrens und brachte im Wesentlichen vor, dass § 5j KSchG weder im allgemeinen Vertragsschutz noch im allg. Schadenersatzrechtsschutz nach den ARB 1994 Deckung finde. Es handle sich bei § 5j KSchG um ein gesetzliches Schuldverhältnis und nicht um einen schuldrechtlichen Vertrag im Sinne des Art 23 Pkt. 2.1. ARB 1994.

Der Zusendung sei eindeutig zu entnehmen, dass es sich trotz individueller Adressierung um eine Massensendung gehandelt habe, sodass jedermann klar sein habe müssen, dass sie nur eine von vielen sein könne, die eventuell den Betrag erhalten könne. Die von der Klägerin beabsichtigte Klagsführung habe daher auch keine Erfolgsaussicht. Jedenfalls wäre ein Unterliegen der Klägerin wahrscheinlicher als ein Obsiegen.

Die Gewinnzusagen stammten vom 28.3.2001 und vom 16.1.2001 und daher seien die Ansprüche nach § 5j KSchG bereits verjährt seien. Die Deckung werde daher abgelehnt, weil sie keine Aussicht auf Erfolg bringe.

In der Zwischenzeit seien die Ansprüche verjährt, sodass die Rechtsverfolgung aussichtslos und die beklagte Partei berechtigt sei, die Deckung abzulehnen. Die Deckungsablehnung beruhe auf einer vertretbaren Rechtsmeinung, weshalb ein Verschulden nicht vorliege.

In Ausübung der Schadensminderungspflicht hätte die Klägerin auch ohne Rechtsschutz Klage erheben müssen. Wenn die Klagsführung unterlassen worden sei, weil das eigene Kostenrisiko zu groß sei bzw. die Klägerin die Ansprüche für uneinbringlich halte, sei aufgrund der unterlassenen Klagsführung bzw. deren Genehmigung kein wirtschaftlicher Schaden bei der klagenden Partei eingetreten.

Die Deckung sei nach Art 9 Punkt 2.3.ARB 1994 abgelehnt worden, weil sie keine Aussicht auf Erfolg habe. Jedenfalls sei die beklagte Partei nach Art 9.2.2. berechtigt, die Übernahme der Kosten des Gegners abzulehnen, was sie hiermit hilfsweise tue. Die Klägerin hätte auch die Möglichkeit gehabt, Verfahrenshilfe zu beantragen.

Beweise wurden erhoben durch Einvernahme der Klägerin (AS 127-132), sowie durch Einsichtnahme in „Versicherungsurkunde vom 12.1.1998“ (/A), „Gewinnzusage der Schlank & Schick GmbH über ATS 39.500-- (€ 2.870,58)“ (/B), Gewinnzusage der „Janus“ Versandhandels-gesellschaft m.b.H. über ATS 323.750,-- (€ 23.527,83) (/C), Schreiben des RA [REDACTED] vom 13.12.2001 (/D), Schreiben der Allianz vom 9.3.2001 (/E), Schreiben des RA [REDACTED] vom 21.3.2001 (/F), Schreiben der Allianz vom 2.4.2001 (/G), Schreiben der Allianz vom 25.5.2001 (/H), Schreiben der Allianz vom 21.1.2003 (/I), Rechtsgutachten der Sektion Rechtsschutzversicherung des Verbandes der Versicherungsunternehmen Österreichs, erstattet von o.Univ.Prof.Dr.Attila Fenyves vom 3.3.2003 (/J), Artikel von o.Univ.Prof.Dr.Attila Fenyves, „Zur Deckung von Ansprüchen nach § 5j KSchG in der Rechtsschutzversicherung“, VR 4/2003, Seite 89ff (/K), Urteil des LG Braunschweig, 10.1.2002, 10 O 2753/00, IPRax 2002,213 (/L), Artikel von Prof. Lorenz „Internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte und Anwendbarkeit von § 661a BGB bei Gewinnmitteilungen aus dem Ausland“, IPRax 2002, 192 (/M), Artikel von Prof. Lorenz „Gewinnmitteilungen aus dem Ausland: Kollisionsrechtliche und internationale -zivilprozessuale Aspekte von § 661a BGB“, NJW 2000,3305 (/N), Urteil des BG Oberwart 5 C 385/02 h (/O), Berufungsurteil des des LG Eisenstadt 13 R 306/02 a (/P), Artikel der VKI auf Konsument.at „Irreführende Gewinnzusagen „Friedrich Müller“ (/Q), Allgemeine Bedingungen für die Rechtsschutzversicherung (ARB 1994) (/1), Urteil des LG Braunschweig 10.1.2002, 10 O 2753/00 (/2).

Die Anträge der beklagten Partei auf Einvernahme von Dr. [REDACTED] zum Beweis dafür, dass der vormalige Rechtsvertreter der Klägerin gewusst habe, dass die Deckung abgelehnt worden sei und die Verjährung der Klagsfrist zur Geltendmachung dieser Ansprüche drohe, sowie auf Einvernahme von Mag. [REDACTED] zum Beweis dafür, dass der Klägerin über den bedingungsgemäßen Deckungsumfang hinaus keine Deckung zugesichert worden sei, wurden abgewiesen.

Danach steht folgender Sachverhalt fest:

Die Klägerin ist bei der beklagten Partei seit 1972 zu Polizzaummer E 562638299 (/A) versichert, insbesondere hat sie Rechtsschutz (Versicherungssumme betrug im relevanten Zeitraum € 30.885,95). Dem Versicherungsvertrag wurden zuletzt die Versicherungsbedingungen (ARB 1994) zugrundegelegt, die unter anderem folgende Bestimmungen enthalten (/1):

.....
Artikel 9

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

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

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

Artikel 19

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

.....
Artikel 23

Allgemeiner Vertrags-Rechtsschutz

.....
2.1. Der Versicherungsschutz umfasst die Wahrnehmung rechtlicher Interessen aus schuldrechtlichen Verträgen des Versicherungsnehmers über bewegliche Sachen sowie aus Reparatur- und sonstigen Werkverträgen des Versicherungsnehmers über unbewegliche Sachen.
Als Wahrnehmung rechtlicher Interessen aus schuldrechtlichen Verträgen gilt auch die Geltendmachung und Abwehr von Ansprüchen wegen reiner Vermögensschäden, die aus der Verletzung vertraglicher Pflichten entstehen und über das Erfüllungsinteresse hinausgehen, oder aus der Verletzung vorvertraglicher Pflichten entstehen.“

Am 16.1.2001 erhielt die Klägerin eine an sie persönlich adressierte Zusendung von der „Schlank & Schick“ (/B) mit Sitz in Lindau, ua. mit folgendem Inhalt:



WICHTIGE
UNTERLAGEN

Unser Zeichen: GBZ/St

Datum: 09.11.2000

Geprüfte Bargeldverwaltungs-Zentrale

KCH-FOX

Geprüfte Bargeldverwaltungs-Zentrale*

Betr.: S 39.500,- Guthaben

Piet Stevens*
Bargeldverwalter



Sehr geehrte Frau [REDACTED],

die Firma Modehaus Der schlanke Schick im Hause Schlanke & Schick hat uns beauftragt den Ausschüttungsbetrag von S 39.500,- zu verwalten.

Wir sind spezialisiert auf internationale Bargeldvergaben jeglicher Grösse. Für steuerliche und anlagenspezifische Anfragen stehen wir jederzeit zur Verfügung.

Wie wir aus unseren Unterlagen ersehen können, erhalten auch Sie eine Bargeldsumme. Die Höhe der Gesamtsumme beläuft sich auf S 39.500,-.

Rufen Sie noch heute Ihr Guthaben ab, indem Sie die offizielle Guthaben-Marke (siehe links unten) abtrennen, auf Ihren Bestellschein kleben und zusammen mit einer unverbindlichen Testbestellung oder ohne an das Modehaus Der schlanke Schick im Hause Schlanke & Schick innerhalb von 14 Tagen schicken.

Um Ihnen die Rücksendung einfacher zu machen, haben wir den beiliegenden Antwort-Umschlag vorbereitet. Er geht direkt: Hd. Frau [REDACTED], die alles weitere in die Wege leitet.

Der Auszahlung steht dann nichts mehr im Wege.

Mit freundlichem Gruss nach Kirchdorf an der Krems

Piet Stevens

Piet Stevens

Bargeldverwalter



London



Paris



Taklo



New York



Frau [REDACTED] offizielle Guthaben-Marke abtrennen, auf den beiliegenden Bestellschein kleben und zusammen mit Ihrer unverbindl. Testbestellung oder ohne Einsenden. Das entsprechende Guthaben geht dann nach Seebach 45, in 4560 Kirchdorf an der Krems.

* Aus Datenschutzgründen ist der Name und das Foto geändert worden.



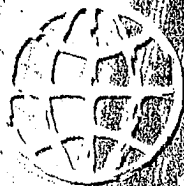
Geprüfte Bargeldverwaltungs-Zentrale



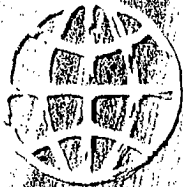
London



Paris



Tokio



New York



Los Angeles

Vergessen Sie nicht Ihre persönliche Marke anzutrennen
und auf Ihren Bestellschein aufzukleben!

VERGABEBEDINGUNGEN

Die Gewinnvergabe erfolgt nach dem Zufallsprinzip durchgeführte Gewinnvergabe zur Auszahlung der Gesamtvergabe. Die Höhe des Einzelbetrages ergibt sich aus der jeweiligen Anreizvergabe-Zentralbank der jeweiligen Anreizvergabe-Zentralbank. Der Wert von \$ 88 - werden aus Kostenstellen nicht ausbezahlt. Der Gewinner, der bei seiner späteren Ziehung zum 31. März 2001 die Teilnahme an der Bargeldvergabe nicht wahrnimmt, wird in der öffentlichen Testumgebung Mitarbeiter unseres Versandhauses und der Teilnehmer können leider nicht teilnehmen. Der Rechtsweg ist ausgeschlossen. Auf dem Gewinner ist es nicht möglich, schriftliche oder telefonische Anfragen zu stellen. Die Gewinnvergabe wird international in den Ländern Schweiz, Dänemark, Deutschland, Frankreich, Niederlande und Belgien veranstaltet. Gewinner von Gewinnen können nur ihr Guthaben für, wenn Sie persönlich (oder ein Vertreter) das Guthaben oder das Geschenk anlässlich einer telefonischen Übergabe bei uns entgegennehmen. Ferner erklären sich die Gewinner bereit, dass ihr Name und Foto in einer unserer nächsten Ausgaben, ohne Nennung ihres Wohnortes, erscheinen. Welchen Gewinn Sie erhalten, erfahren Sie nach Einsendung Ihrer Gewinnspielunterlagen.

Frau [redacted] ich habe mehrfach versucht Sie zu erreichen. Bitte reagieren Sie endlich, damit die S 39.500,- nicht verfallen! Wir haben für Sie einen Kontoauszug beigefügt!

Barscheck

Neununddreizigtausend-fünfhundert Kunden

2. Benachrichtigung über **Bargeld-Guthaben** von **S 39.500,-** für u.a. **R. de W. [redacted]**

0000000000357 < 00080067242+ 00059127 > 50+

IBAN: [redacted] BIC: [redacted]

Unterschrift des Ausstellers: **R. de W. [redacted]**

IBAN-POST

Doch jetzt nutzen Sie Ihre letzte Chance!

Schicken Sie mir Ihr Guthaben-Anforderungs-Zertifikat mit Ihrer ausgelebten offiziellen Marke bis zum 31.03.2001.

Ihre unverbindliche Testbestellung werde ich sofort bearbeiten. Dann steht der Auszahlung ihres Vermögens nichts mehr im Wege.

Viele liebe Grüsse

Ihre **[redacted]** **R. de W. [redacted]**
Geschäftsführung/Familienberatung

PS: Schon zum zweiten Mal geht einer unserer Preise nach Kirchdorf an der Krems. Das scheint wohl eine glückliche Ecke in Österreich zu sein.

Liebe Frau [redacted]

leider haben Sie noch immer nicht Ihr Bargeld-Guthaben angefordert. Wie Sie sich erinnern werden, habe ich Sie am 1. Dezember letzten Jahres mit der freudigen Nachricht überreicht, dass Ihre persönliche Guthaben-Marke mit der Nr. AG 107.253 Anspruch auf ein stattliches Sümmchen hat (Gesamtsumme beträgt S 39.500,-). Bis heute habe ich jedoch nichts mehr von Ihnen gehört.

Wir haben eine international tätige, nur auf Bargelübergaben spezialisierte, unabhängige Verwaltungszentrale damit beauftragt, dieses Bargeld zu verwerten und an die Gewinner auszuzahlen. Die Verwaltungszentrale wurde von uns angewiesen, als Nachweis für das Guthabekonto, für Sie einen Kontoauszug beizulegen.

Die Gesamtsumme, die sich auf dem Konto befindet, beläuft sich auf S 39.500,-!

Noch haben Sie Anspruch auf Ihr Guthaben, aber jetzt müssen Sie wirklich schnell reagieren! Der Einsicht halber hat mir mein Chef ausnahmsweise eine Zweitausertigung Ihrer Guthaben-Anforderung für Sie gegeben. Bitte kleben Sie die Marke auf das Guthaben-Anforderungs-Zertifikat auf dem umringelten Bereichsrahmen und schicken ihn am besten zusammen mit Ihrer unverbindlichen Testbestellung an mich zurück.

148/411
0000 02760
Frau 803224178 492500
[redacted]

4560 Kirchdorf an der Krems

E 16. 7. 01

KONTOAUSZUG			9-KONTO 755329 266	AUSZUG 8	BLATT
*TAG	ERLAEUTERUNGEN	BETRAG			
	KONTOSTAND AM 30.11.2000,		AUSZUG-NR. 2		39.500,00 +
07.11.	GUTSCHRIFT SCHLANK & SCHICK		PZ 102 230700		10.000,00 +
15.11.	GUTSCHRIFT SCHLANK & SCHICK		PZ 102 230700		10.000,00 +
23.11.	GUTSCHRIFT SCHLANK & SCHICK		PZ 102 230700		10.000,00 +
29.11.	GUTSCHRIFT SCHLANK & SCHICK		PZ 102 230700		9.500,00 +
	KONTOSTAND AM 30.11.2000		*****		39.500,00 +
BERECHTIGTER U.A. FRAU [REDACTED]					

522 874 356
AA7/025105
KHLPOX 755329 266

Das Gewinnversprechen war unabhängig von einer allfälligen Warenbestellung. Die Klägerin bestellte aber dennoch Waren im Wert von ATS 306,-.

Weiters erhielt die Klägerin am 28.3.2001 von der Janus (.C) mit Sitz in Wolfurt eine persönlich adressierte Zuschrift an ihrem Wohnsitz, mit folgendem Inhalt:

.C

Anforderungsbeleg für:

Frau [REDACTED]
[REDACTED]
4560 Kirchdorf an der Krems

GLEICHZEITIG
EINSCHICKEN



Abrent-Sieger

Im Frank-Milch
Kreuzweg
Siedlach 25
4560 Kirchdorf an der Krems

SG.25.046.0

N.O.W.
Niederösterreichische
Vermögensverwaltung

Bitte mit dem Kaufvertrag
den Anrecht zum Guthaben

Ich habe die vorübergehende Sicherung
zum Zweck der Übermittlung

Ich werde die Sicherung bekommen

Ich werde die Sicherung an meine Konto-Verbindung anfordern



80392417

BEKANNTMACHUNG

für Frau [REDACTED]
wohnhaft in 4560 Kirchdorf an der Krems, [REDACTED]
über die Auszahlung der Gesamtsumme in Höhe von

S 323.750,-

(dreihundertdreiundzwanzigtausendsiebenhundertfünfzig)*.



NÖW

Nieder-Österreichische
Vermögensverwaltung

St. Pölten, 14. März 2001

Frau [REDACTED]
[REDACTED]

Sehr geehrte Frau [REDACTED]

4560 Kirchdorf an der Krems

wir sind verpflichtet, Sie davon in Kenntnis zu setzen,
dass uns die Firma Handelskontor Janus beauftragt hat,
einen Geldbetrag in bar auszuzahlen.
Die Auszahlung erfolgt nur persönlich.
Der Anspruch ist nicht übertragbar.

Laut Anweisung der Firma Handelskontor Janus erfolgt
die Auszahlung durch uns unverzüglich,
nachdem Sie, Frau [REDACTED]

- J
1. eine unverbindliche Testanforderung bei der Firma Handelskontor Janus gemacht haben
 2. unser offizielles Abruf-Siegel (s. links unten) auf Ihren Anforderungsbeleg geklebt haben.

E 29.3.01

Die Gesamt-Bargeld-Auszahlung von S 323.750,-* erfolgt sofort, wenn der beiliegende Antwort-Umschlag ggfs.
mit der unverbindlichen Testanforderung und dem offiziellen Abruf-Siegel auf dem Anforderungsbeleg bei
der Firma Handelskontor Janus eingeht.

Hochachtungsvoll

Andrea Emmertahl

Dr. A. Emmertahl

Mitglied im Aufsichtsrat Nieder-Österreichische- Vermögensverwaltung

P.S.: Handelskontor Janus hat uns gebeten, diesem Schreiben einige Unterlagen beizulegen.
Diese finden Sie in der Anlage.

Anlagen:

Katalog

Antwort-Umschlag

Test-Anforderungs-Schein

Lieferanweisung
und Besprechungsprotokoll
Sparbuch

Beglaubigte Genehmigung zur Bargeld-Auszahlung

Sehr geehrte Frau [REDACTED]

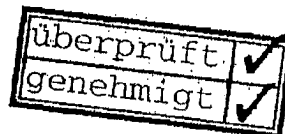
unser Institut ist rechtlich dazu verpflichtet, die Auszahlung des aufgeführten Betrages zu überprüfen und für den ordnungsgemäßen Ablauf der Bargeld-Auszahlung Sorge zu tragen. Dies geschieht hiermit.

Frau [REDACTED], Sie erhalten Ihren Geldbetrag von uns vollständig und ohne jede Kürzung ausbezahlt*. Hierzu ist es dringend erforderlich, dass Sie das unten links stehende Abruf-Siegel auf den beiliegenden Anforderungsbeleg kleben und diesen ausgefüllt einsenden.

Bitte teilen Sie uns auf dem beiliegenden Anforderungsbeleg unbedingt mit, wie Sie Ihr Guthaben ausbezahlt haben möchten.

Im Namen der Nieder-Österreichischen -Vermögensverwaltung bestätige ich: Die hier aufgeführte Gewinn-Nummer mit dem zugehörigen Preis ist inhaltlich korrekt wiedergegeben und stimmt mit der offiziellen Ziehung überein. Die diesbezüglichen Dokumente liegen bei mir zur Verwahrung.

Vorname: [REDACTED]
Name: [REDACTED]
Wohnhaft in: [REDACTED]
Kirchdorf an der Krems
Abruf-Siegel-Nr.: SG.25.046.0
Kunde Nr.: [REDACTED]
Gesamtbetrag: S 323.750,-*



Mit freundlichem Gruß

Andrea Emmertahl
Dr. Andrea Emmertahl

Auf der Rückseite dieses Schreibens habe ich einige Bilder der Ziehung zusammengestellt. Unsere "Gute Fee", die Sie gezogen hat, Frau [REDACTED], war diesmal die kleine Eva. Wir wollten sicherstellen, dass eine völlig neutrale Person den Gewinner zieht.

! **Abruf-Siegel, bitte abtrennen und auf den
beiliegenden Anforderungsbeleg kleben.**



Dr.
Mitglied im Aufsichtsrat

Zentrale
St. Pölten

Aufsichtsrat:
Dr. Andrea
Emmertahl

Notar:
Dr. Elmar
Treissner

Vorsitzender:
Erwin von
Nestaltster

Tel.-Durchwahl:
00-776

SPARBUCH: Konto registriert auf:

Frau [REDACTED]

4560 Kirchdorf an der Krems



Belegnummer	Belegart	Summe	Gesamtsumme
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
28.12.2000 <i>M</i>	Einzahlung	+43.050,00	+43.050,00
09.01.2001 <i>G. Kull</i>	Einzahlung	+145.600,00	+188.650,00
22.01.2001 <i>G. Kull</i>	Einzahlung	+135.100,00	+323.750,00

Postgebühr
bar bezahlt

BEKANNTMACHUNG

Frau [REDACTED]
Wohnhaft in 4560 Kirchdorf an der Krems, [REDACTED]
er die Auszahlung der Gesamtsumme in Höhe von
323.750,-
dreihundertdreißigtausendlebenhundertfünfzig)*.

3 28.13.01

*Unterlagen geprüft
und genehmigt.
Dr. A. Emmertshel*



der Österreichische Vermögensverwaltung

Frau [REDACTED]

4560 Kirchdorf an der Krems

In weiterer Folge forderte die Klägerin am 28.3.2001 die Gewinne in der Gesamthöhe von € 26.398,41 an und bestellte gleichzeitig bei der Janus Waren im Wert von ATS 299,-.

Da aber die Gewinne nicht ausbezahlt wurden, teilte die Klägerin mit Anwaltsschreiben vom 13.2.2001 der beklagten Partei mit, dass sie sich zur Klagsführung gegen Schick & Schlank entschlossen habe. Im Mai 2001 gab sie der Versicherung bekannt, dass sie sich auch zur Klagsführung gegen die Janus entschlossen habe. Sie forderte die beklagte Partei auf, ihr hierfür Rechtsschutzdeckung zu geben.

Die beklagte Partei lehnte dies jedoch mit der Begründung ab, dass Ansprüche nach § 5j KSchG in den ARB 1994 keine Deckung finden würden (/E). Der damalige Rechtsvertreter der Klägerin ersuchte unter Hinweis auf die Judikatur erneut um Deckung (/F). Die beklagte Partei blieb jedoch bei ihrer Ablehnung (/G, H, I,

Die Feststellungen gründen sich auf die Würdigung der oben genannten Beweismitteln. Wobei die Beilagen /J bis Q der Untermauerung des Rechtsstandpunktes dienen und daher als Beweismittel nicht herangezogen wurden.

Im Übrigen werden die Tatsachenvorbringen nicht bestritten, sondern lediglich die je nach Parteienstandpunkt behaupteten Rechtsfolgen.

Rechtlich folgt daraus:

1.) Zuständigkeit der österreichischen Gerichte bei Klagen gegen ausländische Unternehmer:

Klagen nach § 5j KschG gegen ausländische Unternehmer, die gegenüber österreichischen Verbrauchern irreführende Gewinnzusagen gemacht haben, können vor österreichischen Gerichten unter Anwendung des österreichischen Rechts dann eingebracht werden, wenn der Verbraucher gleichzeitig Waren bestellt. In einem Vorabentscheidungsverfahren (OGH 15.2.2000 5 Nd 522/99 KRES 2/14) hat der EUGH dies für den Fall der gleichzeitiger Warenbestellung bejaht, in denen der Verbraucher keine Warenbestellungen vornimmt, aber unbeantwortet gelassen.

Da im vorliegenden Fall die Klägerin Waren bestellte sind daher auch die österreichischen Gerichte und somit auch das österreichische Recht anwendbar. Gerichtsbekannt ist, dass wiederholt in solchen Verfahren in Bezug auf die Zuständigkeit der Instanzenzug voll

ausgeschöpft wird, die Zuständigkeit in diesem Sprengel aber letztlich in allen Instanzen bejaht wurde.

2.) Rechtsnatur und Verjährung des Anspruchs nach § 5j KSchG:

Die Klägerin beehrte im vorliegenden Fall die Feststellung, dass die beklagte Partei ihr für die bereits oben näher beschriebenen Schadensfälle Rechtsschutzdeckung gewähren solle.

Seit 1.10.1999 sind an namentlich angeschriebene Verbraucher versandte Gewinnzusagen nach dem Motto „Gratuliere sie haben gewonnen!“, mit denen Unternehmer Kunden zu ködern versuchen, klagbar. Voraussetzung ist, dass durch die Zusage der Eindruck erweckt wird, dass der Verbraucher einen bestimmten Preis bereits gewonnen habe. Das Gesetz lässt jedoch die Frage nach der Rechtsnatur dieses Anspruchs offen und damit verbunden die Frage der Verjährung des § 5j KSchG.

Dabei erscheinen sowohl rechtsgeschäftliche (Glücksvertrag, Schenkung, Auslobung, wie in Zusammenhang mit einem Verbrauchervertrag) wie auch außervertragliche (deliktische) Grundlagen denkbar. In diesem Zusammenhang ist aber festzuhalten, dass ein Unternehmer weder wetten, spielen noch belohnen möchte. Er will etwas verkaufen. § 5j KSchG ist daher auf Gewinnzusagen zu reduzieren, bei denen zugleich auch der Abschluss eines Vertrages angeboten wird; wie das auch im vorliegenden Fall zutrifft. Im Vorfeld eines Vertragsabschlusses bestehen Aufklärungs- und Sorgfaltspflichten. Die Irreführung des potentiellen Käufers durch eine nicht ernst gemeinte wenngleich auch so klingende Gewinnaussage ist daher als Verletzung dieser vorvertraglichen Pflichten zu verstehen.

Culpa in contrahendo macht schadenersatzpflichtig und ist als eine Haftung aus Vertrag einzustufen. Die Haftung erstreckt sich bei der Verletzung des bloßen Vermögens allerdings nur auf den Vertrauensschaden.

§ 5j KSchG normiert dagegen eine Haftung, die über den Vertrauensschaden hinausgeht. Der unredliche Unternehmer muss genau das leisten, was er versprochen zu haben vortäuschte. Der Anspruch ist daher als pauschalierter und vom tatsächlichen Eintritt eines Schadens unabhängiger Schadensersatzanspruch aus der Verletzung vorvertraglicher Schutz- und Aufklärungspflichten anzusehen.

Da es sich bei § 5j KSchG somit um einen pauschalierten und schadenunabhängigen Schadenersatzanspruch handelt gilt gemäß § 1489 ABGB die kurze (dreijährige) Verjährungsfrist.

Im vorliegenden Fall hatte die Klägerin aber bereits Anfang 2001 Kenntnis vom Schaden und Schädiger, weshalb mangels Klagseinbringung der Anspruch bereits verjährt ist und eine Feststellung, dass die beklagte Partei für die genannten Schadensfälle Deckung zu gewähren habe, war daher abzuweisen.

3.) Schadenersatzanspruch wegen Nichtgewährung der Deckung:

Für den Fall der Verjährung des Anspruchs beehrte die Klägerin Schadenersatz wegen Nichtgewährung der Deckung. Anspruch auf Schadenersatz besteht in diesem Fall dann, wenn die beklagte Partei im Zeitpunkt der Schadensmeldung deckungspflichtig gewesen wäre. Dazu ist vorerst festzuhalten, dass im Zeitpunkt der Schadensmeldung (13.2.2001 und Mai 2001) die Ansprüche sowohl gegen Schlank & Schick als auch gegen die Janus noch nicht verjährt waren.

Die beklagte Partei lehnte die Deckung ab, weil sie die Ansicht vertrat, dass § 5j KSchG in den ARB 1994 keine Deckung finden würden und die Prozessführung außerdem aussichtslos sei.

Der gewährte Rechtsschutz wird in den ARB 1994 über den Allgemeinen Vertrags-Rechtsschutz Art 23 und über den Allgemeinen Schadenersatz-Rechtsschutz Art 19.2.1 näher beschrieben. Wie schon oben näher erläutert handelt es sich bei § 5j KSchG um einen pauschlierten und schadenunabhängigen Schadenersatzanspruch des Verbrauchers aus culpa in contrahendo und somit auch um einen vertraglichen Anspruch im Sinne des Art 23 ARB 1994. Daher hätte die beklagte Partei eine Rechtsschutzdeckung aus diesem Grund nicht ablehnen dürfen.

Die beklagte Partei führte aber weiters aus, dass auch deshalb keine Deckung gewährt werde, weil die Klage sowohl gegen Schlank & Schick als auch gegen Janus keinen Aussicht auf Erfolg gehabt hätte und aus diesem Grund nach Art 9 ARB 1994 sie eine Deckung ebenfalls ablehne. Ob keine oder nicht hinreichende Aussicht auf Erfolg besteht, ist am Begriff „nicht als offenbar aussichtslos“ des die Bewilligung der Verfahrenshilfe regelnden § 63 ZPO zu orientieren. Nach dieser Bestimmung ist einer Partei die Verfahrenshilfe soweit zu bewilligen, als sie außerstande ist, die Kosten der Führung des

Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung nicht als „offenbar mutwillig oder aussichtslos“ erscheint. Nach hM ist eine Prozessführung „offenbar aussichtslos“, die schon ohne näherer Prüfung der Angriffs- oder Verteidigungsmittel als erfolglos erkannt werden kann.

Dem Versicherungsnehmer wird vom Rechtsschutzversicherer somit immer dann uneingeschränkte Deckung erhalten, wenn der Versicherungsnehmer bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen des § 63 Abs 1 ZPO vom Gericht für die von ihm beabsichtigte Prozessführung Verfahrenshilfe bewilligt erhalten hätte, wobei bei der Beurteilung der Erfolgsaussicht insofern kein strenger Maßstab anzulegen ist, als die Aussicht auf einen Verfahrenserfolg ähnlich wie bei der Verfahrenshilfe mit einer gewissen, wenn auch nicht allzu großen Wahrscheinlichkeit gegeben sein muss (OGH 29.04.2002, 7 Ob 47/02s).

Hinsichtlich der Aussichtslosigkeit hat sich die beklagte Partei wohl nicht über die gängige Judikatur im Gerichtssprengel Wien befasst, wonach Klagen aus Gewinnzusagen weder in der Vorfrage der Zuständigkeit noch in der Sache selbst aussichtslos sind.

Bei dieser Beurteilung ist entscheidend, dass die Zusendung durch ihre Gestaltung den Eindruck erweckt, dass der Verbraucher einen bestimmten Preis gewonnen habe. Wesentlich ist aber immer, dass der Unternehmer beim Verbraucher den Eindruck des Gewinns hervorruft. Dabei ist ein objektiver Maßstab anzulegen. Es kommt also nicht darauf an, dass der Klägerin, die eine Lehrerin einer höheren Schule ist, auffallen hätte müsse, dass es sich dabei nicht wirklich um eine Gewinnzusage handelt. Maßfigur ist der verständige Verbraucher. Zusendungen, die schon von vornherein keine Zweifel offen lassen, dass der Gewinner eines Preisausschreibens erst in einer Ziehung oder auf andere Weise ermittelt werden muss, fallen nicht unter die Regelung. Zusendungen bei denen dagegen erst im „Kleingedruckten“, an unauffälliger Stelle oder gar erst auf Nachfrage die Dinge klargestellt werden sollen dagegen klagbar sein. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der bedungene Preis wirklich entrichtet oder hinterlegt worden ist (Feil, Konsumentenschutzgesetz, 4. Auflage, E 1 zu § 5j KSchG).

Gesetzeszweck ist es also, auch die Verständigung „von angeblichen Gewinnen verschiedenster Art“ als verpönte Werbemethode durch das Gewähren klagbarer Erfüllungsansprüche des Verbrauchers hintanzuhalten. Um den angestrebten Gesetzeszweck zu verwirklichen, ist es erforderlich, die Rechtsfolgen des § 5j KSchG auch dann eintreten zu lassen, wenn die angesprochenen Verbraucher zwar keinen sicheren Eindruck haben,

gewonnen zu haben, dies aber aufgrund der unklaren verwirrenden oder sogar bewusst missverständlichen Gestaltung der Zusendung aber zumindest ernstlich für möglich halten dürfen (OGH vom 28.2.2003, 1 Ob 303/02 v, Ris-Justiz RS 00117341).

Wendungen, die bei verkehrüblicher flüchtiger Kenntnisnahme zu Missverständnissen führen können, sind immer zum Nachteil desjenigen auszulegen, der sich ihrer bedient (ÖBl 1967, 66; 4 Ob 204/03h; 7 Ob 249/03y; 4 Ob 18/04g). Die Auslegung des Bedeutungsinhaltes der Äußerung hat nach dem Verständnis eines durchschnittlich qualifizierten Erklärungsempfängers zu erfolgen (SZ 74/203)

Zur Gewinnzusage der Schlank & Schick GmbH von € 2.870,58.- (/B)
und der Gewinnzusage der „Janus“ Versandhandelsgesellschaft von € 23.527,83 (/C):

Nach diesen oben genannten Kriterien durften auch die gegenständlichen Schreiben, dem persönlich angesprochenen Adressaten, als Mitteilung eines bereits für ihn reservierten Gewinnes und nicht etwa als bloße Ankündigung einer zukünftigen Verlosung verstanden werden.

Aufgrund dieser Aufmachungen konnte ein verständiger Verbraucher also davon ausgehen, gewonnen zu haben.

Die Klage hätte daher - auch im Hinblick auf entsprechend zahlreich vorliegende Judikatur - durchaus Erfolg gehabt, weshalb auch eine Deckungsverweigerung völlig unzulässig gewesen ist und dazu führte, dass die Ansprüche verjährten und die Klägerin somit ein Schaden in der Höhe von € 26.398,41 erlitt. Diesbezüglich ist die Ansicht der Klägerin, dass ein der Einwand der Verjährung unter den gegebenen Umständen sittenwidrig sei, durchaus zu teilen; hat doch gerade die Handlung der beklagten Partei diese herbeigeführt.

Eine Schadenminderungspflicht in dem Sinne, dass die Klägerin selbst zur Klagsführung verpflichtet gewesen wäre, kann dem Gesetz nicht entnommen werden und wäre darüberhinaus unzumutbar, zumal gerade dafür der Versicherungsnehmer für eine Rechtsschutzversicherung einzahlt.

Die Kostenentscheidung stützt sich auf § 41 Abs 1 ZPO.

Handelsgericht Wien
1030 Wien, Marxergasse 1a
Abt.40 , am 20.1.2005



Mag. Claudia Beck
Für die Richtigkeit der Bescheinigung
der Leiter der Abteilung:
Claudia Beck