

EINGELANGT

16. April 2010

Beneder Rechtsanwalts GmbH



REPUBLIK ÖSTERREICH
Landesgericht für ZRS Wien

18 Cg 220/08t - 26

Im Namen der Republik

Das Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien erkennt durch Mag. Lughofer als Einzelrichter in der Rechtssache der klagenden Partei [REDACTED] H[REDACTED], Arbeitnehmerin, [REDACTED], vertreten durch Beneder Rechtsanwalts GmbH in Wien, gegen die beklagte Partei **Karl Nödl**, Unternehmer, Dopschstraße 29/7/15, 1210 Wien, vertreten durch Mag. Irene Haase, Rechtsanwältin in Wien, wegen EUR 26.000,-- s.A. nach öffentlicher mündlicher Verhandlung zu Recht:

1. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei EUR 26.000,-- zuzüglich 4 % Zinsen aus jeweils EUR 1.000,-- seit 25.04., 25.05., 25.06., 25.07., 25.08., 25.09., 25.10., 25.11., 25.12.2007 sowie 4 % Zinsen aus jeweils EUR 1.000,-- seit 25.01., 25.02., 25.03., 25.04., 25.05., 25.06., 25.07., 25.08., 25.09., 25.10., 25.11., 25.12.2008 sowie 25.01., 25.02., 25.03., 25.04. und 25.05.2009 binnen 14 Tagen zu bezahlen.

2. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei deren mit EUR 6.195,88 (darin enthalten 20 % USt EUR 931,48 und EUR 607,-- Barauslagen) bestimmten Verfahrenskosten binnen 14 Tagen zu ersetzen.

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

Mit verbessert als Mahnklage eingebrachter Klage beantragte die Klägerin nach Ausdehnung mit Schriftsatz

vom 11.05.2009 ON 13 wie aus dem Spruch ersichtlich und brachte zunächst vor, der Beklagte sei Autobusunternehmer. Dieser habe zur Ankurbelung seines Umsatzes eine Gewinnzusage versendet, um die Klägerin und auch zahlreiche andere Konsumenten dazu zu motivieren, bei einer Verkaufsfahrt mitzumachen. Der Beklagte habe der Klägerin den Betrag von EUR 1.000,-- pro Monat für 10 Jahre garantiert. Sinn dieser Verkaufsfahrt sollte es offenbar sein, zahlreiche Artikel zu verkaufen. Auf der Antwortkarte stehe der Familienname und die Adresse des Beklagten, sohin sei es möglich gewesen, den Beklagten auszuforschen. Der Beklagte sei Unternehmer im Sinne des KSchG und habe seine Gewinnzusage im Zusammenhang mit seinem Geschäftsbetrieb getätigt. In weiterer Folge beschrieb die klagende Partei jene Passagen der als Gewinnzusage gedeuteten Beilage ./A, aus der sich nach Ansicht der klagenden Partei die behaupteten Rechtsfolgen ableiten lassen. Auf Seite 1 befinde sich dann eine Antwortkarte mit dem Namen „Busunternehmen B. Nödl, Wildnergasse 25, 1210 Wien“. Auf der Karte könne man den Abfahrtsort ankreuzen. Die Klägerin habe die Antwortkarte ausgefüllt, sich hiebei für eine Abholung um 5.52 Uhr am [REDACTED] platz [REDACTED] entschieden und ausgefüllt, dass zwei Personen abgeholt werden mögen, nämlich sie und ihr Lebensgefährte [REDACTED] P [REDACTED]. Die Klägerin und der Lebensgefährte seien rechtzeitig am Abholort gestanden, wobei keine Abholung erfolgt sei. Dies vermöge nichts daran zu ändern, dass eine verbindliche Gewinnzusage vorliege. Als verständige Durchschnittsverbraucherin könne die Klägerin davon ausgehen, dass sie ab dem 24.04.2007 EUR 1.000,-- pro Monat gewonnen habe. In weiterer Folge folgen ausführliche Rechtsausführungen zu § 5j KSchG samt

Zitaten und Hinweisen auf mehrere höchstgerichtliche Entscheidungen hiezu. Der Beklagte habe der Klägerin mitgeteilt, dass ab dem Stichtag 24.04.2007 EUR 1.000,-- pro Monat 10 Jahre lang ausbezahlt werden. Es seien daher für 2007 9 Zahlungen á EUR 1.000,--, gesamt EUR 9.000,--, für 2008 bis zur Klageeinbringung 11 Zahlungen á EUR 1.000,--, gesamt EUR 11.000,--, sohin bei Klageeinbringung EUR 20.000,-- zuzüglich 4 % Zinsen fällig.

Mit Schriftsatz ON 13 bezog die klagende Partei auch den Zeitraum bis einschließlich Mai 2009 ein und dehnte das Klagebegehren auf EUR 26.000,-- aus.

In dem mit Wiedereinsetzungsantrag aufgrund Verlegens des Zahlungsbefehles verbundenen Einspruch brachte die beklagte Partei vor, sie habe zu keinem Zeitpunkt der klagenden Partei eine Gewinnzusage gemacht. Sie schulde dieser nichts, aus welchem Titel auch immer. 2007 sei der Beklagte im Busunternehmen seiner Ehegattin Bettina Nödl als Chauffeur beschäftigt gewesen. Das Busunternehmen seiner Ehegattin hätte Werbefahrten für die Firma Aquawell, etabliert in den Niederlanden, durchgeführt. Diese Werbefirma mache regelmäßig verschiedene Arten von Gewinnzusagen an beliebige Personen. Weder das Busunternehmen der Ehegattin noch der Beklagte selbst sei jemals in einer Rechtsverbindung mit an den Werbefahrten teilnehmenden Personen gestanden. Die Gewinnzusage sei ausschließlich und für die betreffende Person deutlich ersichtlich durch die Werbefirma erfolgt. Das Busunternehmen sei von der Firma Aquawell lediglich zur Durchführung der Werbefahrten beauftragt gewesen und habe mit den Gewinnzusagen nichts zu tun gehabt.

Mit Beschluss vom 08.04.2009 wurde dem Beklagten die Wiedereinsetzung in die Frist zur Erhebung des Einspruchs

gewährt.

Mit klagsausdehnendem Schriftsatz ON 13 wandte sich die Klägerin gegen die Bestreitung der Passivlegitimation der beklagten Partei. Nach § 5j KSchG müsse der Sender einer Gewinnzusage für diese einstehen. Der Sender sei der Beklagte. Aus den Gewinnzusage-Unterlagen ergebe sich, dass einzige Kontaktperson zur Klägerin der Beklagte sei. Die Firma Aquawell existiere nicht. Nach der hiezu ergangenen Rechtsprechung sei derjenige passiv legitimiert, den der durchschnittliche Verbraucher als Versprecher der Gewinnzusage ansehe. Sender könne auch derjenige sein, der unter falschem Namen Gewinnzusagen versende. Da die Firma Aquawell nicht existiere, der Beklagte ein Busunternehmen betreibe unter der Adresse 1210 Wien, Wildnergasse 25, er Busse gelenkt habe, sohin ein wirtschaftliches Interesse an der Gewinnzusage habe, hafte der Beklagte für diese Zusendung. Dieser habe sowohl als Busunternehmer als auch als Fahrer ein geschäftliches Interesse an den Handlungen der Klägerin. Es gehe um eine Geschäftsanbahnung, für die eine unseriöse Gewinnzusage diene. Nach den Recherchen der Klägerin, insbesondere aus dem Internet, lasse sich das „Autobusunternehmen Karl Nödl“ an der Adresse 1210 Wien, Wildnergasse 25 finden. Dieser Name und diese Adresse seien die einzigen Daten, die der Klägerin bekannt seien. Der Beklagte schiebe ein nicht existentes Unternehmen vor, um zu verschleiern, dass er hinter der Aussendung stehe. Er hafte daher auch aufgrund Begründung eines Rechtsscheitens, zumal ein verständiger Verbraucher davon ausgehen könne, dass die Aussendung von ihm stamme. Es handle sich bei Zuschrift Blg./A um eine klassische Gewinnzusage. Hiebei nütze es auch nichts, wenn ganz unten ganz klein

geschrieben sei, dass der Busunternehmer nur für den Transport verantwortlich sei. Diese extrem klein geschriebene Zeile spreche dafür, dass der Beklagte versuche zu verschleiern, dass er hinter der Aussendung stehe. Im Übrigen lasse der Begriff „der Busunternehmer“ darauf schließen, dass es sich hierbei um einen Mann und nicht um dessen Ehegattin handle.

Mit vorbereitenden Schriftsatz vom 18.05.2009 brachte der Beklagte vor, er habe weder eine Gewinnzusage getätigt, noch aus einer Gewinnzusage irgend einen Vorteil lukriert. Das Busunternehmen des Beklagten bestehe erst seit Sommer 2008. Die von der Klägerin vorgelegte Gewinnzusage Blg./A stamme vom 24.04.2007. Sämtliche von der Klägerin vorgelegte Urkunden stammen aus der Zeit nach der Gründung der S & K Reisen GmbH im September 2008. Der Absender der Anmeldekarte für die Busfahrt sei das Busunternehmen „B. Nödl“. Dieses Unternehmen habe den Beklagten lediglich als Busfahrer beschäftigt. Die Anmeldekarte sollte dazu dienen die Anzahl der Teilnehmer an der Busfahrt aus organisatorischen Gründen einschätzen zu können. Diese stelle kein Rechtsverhältnis zwischen der Klägerin und dem Busunternehmen B. Nödl her.

In der Tagsatzung vom 27.05.2009 ON 16 ergänzte die Klägerin ihr Vorbringen dahingehend, diese habe im Sinne der vorgelegten Urkunden ./B bis ./F recherchiert und in Erfahrung gebracht, dass an dieser Adresse das Busunternehmen Karl Nödl etabliert sei. Der Beklagte versuche den Urheber dieser Gewinnzusage zu verschleiern. Ansonsten hätte er ausführlich in der Blg./A ausführen können, was mit B. gemeint sei. In der Gewinnzusage sei nirgendwo, nicht im Entferntesten, etwas von einem Unternehmen Aquawell zu lesen. Der einzige Bezug zum Absender sei Busun-

ternehmen Nödl, Wildnergasse 25, 1210 Wien. Da mit detektivischen Nachforschungen lediglich zu Tage zu bringen sei, dass an dieser Adresse das Busunternehmen Karl Nödl etabliert sei, führe dies zu einer Passivlegitimation nach § 5j KSchG des Beklagten. Der Klägerin sei die Gewinnzusage Blg./A etwa eine Woche vor dem 24.04.2007 zugekommen.

Der Beklagte brachte ergänzend (und zu diesem Zeitpunkt erstmals) vor, er habe in der Vergangenheit zwar ein Busunternehmen betrieben, über das im September 2006 das Konkursverfahren abgeschlossen worden sei. Das Unternehmen sei im Anschluss liquidiert worden. In weiterer Folge sei das Einzelunternehmen „Bettina Nödl Busunternehmen“ gegründet worden, über welches am Jahreswechsel 2007/2008 der Konkurs eröffnet worden sei. Derzeit liege gerade der Schlussbericht des Masseverwalters vor. Das Konkursverfahren sei noch nicht abgeschlossen. Im September 2008 sei das Busunternehmen Karl und Sascha Nödl gegründet worden, ganz korrekt sei die Firmenbezeichnung S & K Reisen GmbH. Das Konkursverfahren des Beklagten habe mit einer Restschuldbefreiung geendet. Die Firma Aquawell bestehe sehr wohl und es bestehe laufend Geschäftskontakt. Der Beklagte sei im Zeitraum zwischen September 2006 und September 2008 lediglich Teilzeitbeschäftigter im Busunternehmen Bettina Nödl gewesen.

In der Tagsatzung vom 14.12.2009, ON 21, brachte die Klägerin ergänzend vor, ein allfällig über den Beklagten anhängiges Konkursverfahren könne die Anwendbarkeit des § 5j KSchG im Hinblick darauf, dass es sich um einen Anspruch sui generis handle, nicht ausschließen.

Der Beklagte brachte vor, infolge anhängigen Konkursverfahrens habe sich diese nicht verpflichten können.

Die Klägerin brachte ergänzend vor, nach § 5j KSchG haften alle Personen, die an der Versendung einer Gewinnzusage mithelfen und die ein geschäftliches Interesse daran haben. Hinter sämtlichen Unternehmen wie Bettina Nödl und S & K Reisen GmbH stehe massgeblich der Beklagte. Die Klägerin als Durchschnittsverbraucherin habe auch den Beklagten als Versender betrachten können.

Der Beklagte brachte weiters vor, die Antwortkarte an das Busunternehmen B. Nödl sei nicht retourniert worden, weshalb jeglicher Anspruch der Klägerin obsolet sei.

Die Klägerin brachte vor, dass nach ständiger Rechtsprechung der Anspruch bereits mit Zusendung der Gewinnzusage entstanden sei.

Beweis wurde erhoben durch Einsicht in die Akten 38 S 36/05t (Konkurs Karl Nödl) und 38 S 32/08w des HG Wien (Konkurs Bettina Nödl),

in die vorgelegten Urkunden

- „Gewinnzusage“ Blg./A,
- Abfrage Karl Nödl Autobusunternehmen Google-Maps vom 21.10.2008 Blg./B,
- Meldeauskunft betreffend Karl Nödl vom 27.11.2008 Blg./C,
- Auszug Register Autobusunternehmen der Wirtschaftskammer Wien vom August 2005 Blg./D,
- Kopie von Seiten des Magazins „Polizei aktuell“ Dezember 2005 Blg./F,
- Ausgabe 7 - 8/06 Blg./E,
- Internet-Ausdruck vom 29.05.2009 Adresse net.de betreffend Firma Karl Nödl Blg./G,
- Internet-Ausdruck vom 29.05.2009 Firmenadressen Österreich Blg./H,
- Internet-Ausdruck Blg./I,

Vernehmung der Zeugen Rechtsanwalt Mag. Gerold Beneder, Walter Pfeisinger und Bettina Nödl sowie der Klägerin und des Beklagten als Parteien.

Aufgrund dessen steht **folgender Sachverhalt** fest:

Der Beklagte betrieb als Einzelunternehmer jedenfalls seit 1998 am Standort Wildnergasse 25, 1210 Wien ein Autobusunternehmen mit drei geleasteten Autobussen. Der Beklagte ist mit Bettina Nödl verheiratet. Mit Beschluss des HG Wien zu 38 S 36/05t vom 26.07.2005 wurde das Konkursverfahren über die beklagte Partei eröffnet. Bereits zuvor wurde ein Konkursverfahren 2003 über den Beklagten eröffnet und mit Zwangsausgleich beendet. Das Unternehmen wurde (im 2. Konkurs) zunächst durch die Masseverwalterin Rechtsanwältin Mag. [REDACTED] S [REDACTED] fortgeführt, wobei der Beklagte maßgeblich operativ tätig war, Busse lenkte, Kontakte zu Auftraggebern herstellte, Marketing betrieb (Berichte der Masseverwalterin im Konkursverfahren, insbesondere ON 6, Beklagter AS AS 127, 129). Am 05.09.2006 schlossen die Masseverwalterin und Bettina Nödl eine Vereinbarung, wonach sich Bettina Nödl verpflichtete, in die Konkursmasse EUR 12.000,-- für die Abgeltung des Kundenstocks zu bezahlen, wobei dieser Vergleich bis zur konkursgerichtlichen Genehmigung aufschiebend bedingt abgeschlossen wurde. Dieser Vergleich wurde mit Beschluss des HG Wien vom 09.09.2006 gerichtlich genehmigt. Am 29.06.2007 wurde das Konkursverfahren betreffend Karl Nödl nach Verteilung gemäß § 139 KO aufgehoben.

Jedenfalls vor dem 04.04.2007 erhielt die Klägerin das **als Kopie einen Bestandteil dieses Urteils bildende Schreiben Blg./A.:**

Extra Gehalt

Feierliche Übergabe
in Verbindung mit einem Ausflug
nach Mosonmagyaróvár
& Besuch eines Shopping Center
& Erlebnisfahrt Nationalpark Neusiedler See
Reisepass nicht vergessen

1000,00 €

Monat für Monat 10 Jahre lang!

Österreichische Post AG Info.Mail! Entgelt bezahlt

Frau

██████████ H ██████████
██████████

Das ist Ihr Tag: Dienstag, d. 24.4.2007

Herzlichen Glückwunsch Frau H ██████████

Ich bin ganz aufgeregt, denn gestern sind bei unserer großen Jahresverlosung die Gewinner ermittelt worden. Bei dieser Verlosung sind pro Ort 30 Extra-Gehalt-Gewinnlose verlost worden, bei denen es 1000,00 € jeden Monat als Extra-Gehalt oder Extra-Rente zu gewinnen gibt, 10 Jahre lang! Die Auswertung hat nun wie gesagt stattgefunden und ist vom Gewinn-Prüfungs-Komitee durch mehrfache Unterschriften beglaubigt worden.

**Und jetzt halten Sie sich fest, Frau H ██████████, Sie sind dabei!
Sie sind tatsächlich einer dieser 30 glücklichen Personen! Herzlichen Glückwunsch!!!**

Alle Gewinne werden garantiert und das Gewinn-Dokument wird am Dienstag, d. 24.4.2007 an Sie ausgegeben. **Garantiert!** Sie brauchen sich also um die Gewinnauszahlung keine Sorgen zu machen.

Deshalb werde ich unseren Glücksboten zu Ihnen nach Stockerau schicken, um allen 30 glücklichen Gewinnern Ihr Gewinn-Dokument im Rahmen einer kleinen Gewinnübergabefeier und VIP Casting Show persönlich auszuhändigen.

Außerdem soll ein Gruppenfoto aller Gewinner gemacht werden, um diesen schönen Moment für immer fest zu halten. Halten Sie sich diesen Termin also unbedingt frei, denn eine spätere Gewinnausgabe wird leider nicht möglich sein!

Zu diesem Zweck haben wir einen modernen Reisebus gechartert, damit Sie in einem von uns angemieteten Festsaal Ihren Gewinn entgegen nehmen können. Natürlich nach einem leckerem Frühstück, welches für Sie und Ihre Freunde kostenlos ist. Ich war so frei und habe für Sie vorab einen Tisch für bis zu vier Personen reserviert.

Frau H ██████████, fahren Sie doch mal wieder mit Ihrer/in Partner/in, denn jedes mitfahrende Ehepaar/Pair, nicht nur von uns persönlich eingeladene Personen, sondern **alle** Ehepaare/Paare erhalten das Treuegeschenk im Wert von **49,- € GRATIS** am Reisetag ausgehändigt, **ohne weitere Verpflichtungen!!!** Sollten die Geschenke nicht ausreichend vorrätig sein, erhalten Sie den Gegenwert in BAR ausgezahlt.

Zur Mittagszeit bereite Ihnen unser Chefkoch ein deftiges Menü zu, bevor es dann zum Shopping Center geht und weiter zur Erlebnisfahrt Nationalpark Neusiedler See.

Damit Ihre Freunde und Bekannten nicht leer ausgehen, spendiert die Geschäftsleitung jeden Ihrer eingeladen Gäste ein riesengroßes Präsentpaket mit 5 kg leckeren Lebensmitteln, welches Sie kostenlos mit nach Hause bekommen

Frau H ██████████, wir freuen uns diesen Tag mit Ihnen und Ihren Gästen genießen zu dürfen und wünschen einen angenehmen Tag!!! Wir bitten um rechtzeitige Anmeldung. Damit wir alles vorbereiten können!

Fahrpreis:		
nur 4,90 €		
06:52	Rathhausplatz - Gemeindeamt	2000 Stockerau
06:03	Am Neubau - Parkplatz	2104 Spillern
06:11	Stockerauer Strasse 8 - Raika	2100 Leobendorf
06:15	Hauptplatz	2100 Korneuburg

↑ An diesen Linien abschneiden.

Bitte die gewünschte Haltestelle auf der Antwortkarte ankreuzen

1	<input type="checkbox"/>
2	<input type="checkbox"/>
3	<input type="checkbox"/>
4	<input type="checkbox"/>
5	<input type="checkbox"/>
6	<input type="checkbox"/>
7	<input type="checkbox"/>
8	<input type="checkbox"/>
9	<input type="checkbox"/>

Fahrkosten: 4,90 €

2096, Reisedatum: Di, d. 24.4.2007

Bitte buchen Sie für _____ Personen

██████████ H ██████████

Telefon-Nr.: _____ / _____

Geburtsdatum: _____

Kontroll-Nr. : 140717 - 2 T1-17

BEILAGE / A
Beheder Rechtsanwalts GmbH

Bitte ausreichend frankieren!

Antwortkarte
Busunternehmen
B. Nödl
Wildnergasse 25
1210 Wien

Der Busunternehmer ist nur für den Transport verantwortlich

Dieses war persönlich an die Klägerin adressiert. Der untere Abschnitt ist als abtrennbarer Abschnitt, somit als Antwortkarte gekennzeichnet. Als einziger Absender dieses Schreibens scheint auf: Busunternehmen B. Nödl, Wildnergasse 25, 1210 Wien. Dieses Schreiben erweckte in der Klägerin den Eindruck, einen monatlichen Geldgewinn von 1.000,-- EUR für 10 Jahre gemacht zu haben.

Entsprechend der Ankündigung auf Blg./A fanden sich die Klägerin und deren Lebensgefährte am 24.04.2007 um 05.52 Uhr am [REDACTED]platz [REDACTED] ein. Es erschien kein Bus der beklagten Partei bzw gar kein Bus, der die Klägerin zu der angekündigten „Gewinnübergabe-Feier“ geführt hätte. Die Klägerin erhielt weder vom Beklagten noch von anderer Seite auf Blg./A bezogene Geldleistungen.

Der Beklagte erteilte (bezogen auf April 2007 als tatsächlich maßgeblich das Busunternehmen führender) jedenfalls seine Zustimmung, dass (allenfalls von dritten Veranstaltern) an bestimmte Personen, so auch an die klagende Partei, Gewinnzusagen wie Beilage ./A gesandt wurden, aus denen als einzige Kontaktadresse das „Busunternehmen B.Nödl“ hervorgeht und kein weiterer Versender ersichtlich ist. Diese Gewinnzusagen sollten dazu dienen, die Klägerin wie auch andere Kunden zur Teilnahme an Verkaufsveranstaltungen zu animieren, zu denen diese durch Busse des Beklagten bzw der Bettina Nödl gebracht werden sollten. Der Beklagte war sich auch bewusst, dass diese Gewinnzusagen wesentlicher Erfolgsgarant für die Teilnahme von Personen zu Werbefahrten waren, aus denen das Busunternehmen Karl Nödl und später Bettina Nödl wesentliche Einnahmen bezog. Nicht festgestellt werden konnte in konkreter Hinsicht, dass der Gewinnzusage Beilage ./A eine Verein-

barung zwischen dem Beklagten und einer Firma Aquawell bzw Sonja Reisen zu Grunde liegt.

Die Klägerin recherchierte seit Beginn April 2007 hinsichtlich des Absenders der Blg./A. Im Rahmen der auf den Namen B. Nödl, Wildnergasse 25, 1210 Wien, gegründeten Recherchen über Melderegister, Internet sowie Inserate in Zeitschriften konnte jeweils das Autobusunternehmen Karl Nödl, etabliert an dieser Adresse, in Erfahrung gebracht werden. Hinweise darauf, dass zu diesem Zeitpunkt dieses Unternehmen nicht mehr bestehen würde bzw als Busunternehmen Bettina Nödl betrieben werde, bestanden für die Klägerin nicht.

Beweiswürdigung:

Das Original der als Gewinnzusage durch die klagende Partei definierten Zusendung erliegt als Blg./A im Akt.

Die Feststellungen betreffend Betrieb eines Busunternehmens durch den Beklagten in der Vergangenheit, Eröffnung des Konkursverfahrens, dessen Aufhebung sowie den Verkauf des Kundenstockes gründen auf dem beige-schafften Konkursakt. Die Feststellung, wonach der Beklagte trotz „Unternehmensverkaufs“ an seine Frau und trotz Konkursverfangenheit weiter maßgeblich operativ im Unternehmen tätig war, insbesondere auch Marketing und Verkehr mit Auftraggebern abwickelte, gründet einerseits auf den Angaben der Masseverwalterin in ihren Berichten, andererseits auf den nachvollziehbaren und glaubwürdigen Angaben des Beklagten selber (AS 127, 129). Die diese Aussagen relativieren wollenden Angaben der Zeugin Bettina Nödl schienen demgegenüber weniger glaubwürdig, insbesondere als aufgrund der langen Führung des Busunternehmens davon auszugehen ist, dass lediglich dem Beklagten das nötige Fachwissen und Praxis zukommt, die opera-

tive Führung weiter zu betreiben, was die Zeugin Bettina Nödl auch selbst einräumt (AS 131). Hinweise dafür, dass punktuell die operative Führung an die Ehefrau und Zeugin Bettina Nödl gewechselt wäre, ergaben sich im Beweisverfahren nicht.

Die Feststellung, dass und auf welche Weise der Beklagte die Zusendung von Gewinnzusagen im allgemeinen und der streitgegenständlichen Gewinnzusage im besonderen veranlasst hatte, erschliesst sich aus den Aussagen des Beklagten selbst (AS 123, AS 127 „Den Kontakt mit den Firmen.....habe ich gepflegt und hergestellt“), ebenso die Feststellung, wonach aus der Gewinnzusage kein anderer Absender als der Beklagte ersichtlich ist. Der Beklagte räumte selbst ein, der Kunde habe nicht herausfinden könne, wer die Reise veranstaltet (AS 8). Der Beklagte verneinte selbst, eine Unternehmensfortführung publik gemacht zu haben (AS 129).

Die Negativfeststellung betreffend der vom Beklagten und der Zeugin Bettina Nödl genannten „Auftraggeber“ Aquawell bzw. Sonja Reisen folgen der Tatsache, dass der Beklagte trotz Verfahrenskennntnis diesbezüglich keine verbindliche Aussage machen konnte (AS 8) und insbesondere keinerlei Urkunden vorlegen konnte, die auf die Existenz solcher Firmen hinweisen.

Die Feststellung, wonach der Erfolg der Werbefahrten an den Gewinnzusagen hing, folgt der Aussage des Beklagten (AS 127), woraus auch die wirtschaftliche Bedeutung dieser Gewinnzusage für das Busunternehmen des Beklagten bzw deren Nachfolgeunternehmen hervorgeht.

Die Angaben der Klägerin bzw des Zeugen P [REDACTED] zum Zeitpunkt der Zusendung der Blg./A, der weiteren Vorgangsweise, wonach beide nicht abgeholt wurden sowie der

Nichtauszahlung von Gewinnen waren glaubwürdig. Glaubwürdig erschien auch die Tatsache, dass die Klägerin aufgrund Schreibens ./A davon ausging, gewonnen zu haben. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass diese bereits vor der geplanten Gewinnübergabe rechtliche Beratung in Anspruch nahm (./A, Rückseite), weil es durchaus nachvollziehbar erscheint, dass jemand bei der Aussicht auf einen derart hohen Gewinn auch Vorkehrungen trifft, diesen auch zu erhalten. Aus dem auf der Rückseite der Blg./A befindlichen Eingangsvermerk der Kanzlei Beneder ergibt sich, dass die Klägerin bereits kurz nach Erhalt Anfang April diesbezüglich anwaltlichen Rat in Anspruch nahm.

Zeitpunkt, Umfang und Ergebnis der durch die Klägerin bzw deren Anwalt angestellten Recherchen hinsichtlich des Absenders der Blg./A beruhen auf den diesbezüglich vorgelegten Urkunden ./B bis ./I in Übereinstimmung mit den Aussagen des Zeugen Mag. Beneder sowie der Klägerin.

Rechtlich folgt:

§ 5j KSchG legt in Umsetzung einer EU Richtlinie fest, dass 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 haben. Er kann auch gerichtlich eingefordert werden.

Nach hiezu ergangener höchstgerichtlicher Rechtsprechung kommt es wesentlich auf das äußere Erscheinungsbild der Gewinnmitteilung an. Die Zusendung muss abstrakt geeignet sein, im durchschnittlichen Verbraucher in der Lage des Empfängers den Eindruck zu erwecken, er werde

einen bereits gewonnenen Preis erhalten. Die ratio legis liegt darin, den Verbraucher, falls er einer Täuschung erlegen ist, mit dem einklagbaren Gewinn zu entschädigen. Systematisch erscheint der Anspruch weder vertraglich noch schadenersatzrechtlich begründbar und wird nach herrschender Ansicht als Anspruchs sui generis gedeutet (Schurr in Klang, 3. Auflage, Rz 3 und 11 zu § 5j KSchG). Nach weiterer zu § 5j KSchG ergangener höchstgerichtlicher Rechtsprechung wurden in diesem Zusammenhang insbesondere folgende Gesichtspunkte herausgearbeitet: Derjenige, der im geschäftlichen Wettbewerb mehrdeutige Äußerungen macht, hat die für ihn ungünstigste Auslegung gegen sich gelten zu lassen. Es kommt immer auf den Gesamtzusammenhang und den dadurch vermittelten Gesamteindruck der beanstandeten Äußerungen an. Das Verständnis des unbefangenen Durchschnittsverbrauchers, nicht aber der subjektive Wille des Erklärenden ist maßgebend (7 Ob 290/01z). Den Tatbestand des § 5j KSchG verwirklicht jede auf erkennbare Gewinnabsicht beruhende unseriöse Gewinnzusage, mit der der Unternehmer das Verhalten von Verbrauchern am Markt unsachlich beeinflussen will (10 Ob 1/04a).

Im gegenständlichen Fall kommt folgendem Aspekt nach Ansicht des gefertigten Gerichts Bedeutung zu:

Die Tatsache, dass es sich um eine Gewinnzusage handle, wurde durch den Beklagten lediglich pauschal bestritten. Den zahlreichen von der Klägerin ins Treffen geführten Argumenten, weshalb das Schreiben Blg./A als Gewinnzusage anzusehen ist, setzte der Beklagte keinerlei konkrete Argumente entgegen. Das Gericht schließt sich aufgrund zahlreicher Formulierungen und dem Gesamtbild der Blg./A der Interpretation der klagenden Partei an,

wonach es sich dabei unzweifelhaft um ein Schreiben handelt, das in einem Durchschnittsverbraucher berechtigt die Annahme erweckt, er habe einen Gewinn zu erwarten. Hiefür spricht insbesondere die Formulierung „Herzliche Glückwünsche Frau H[REDACTED]. ... Sie sind tatsächlich einer dieser 30 glücklichen Personen! ... Das Gewinndokument wird am Dienstag dem 24.04.2007 an sie ausgegeben. Garantiert. Sie brauchen sich also um die Gewinnauszahlung keine Sorgen zu machen.“ Darüber prangt in fetten Lettern „Tausend Euro Monat für Monat 10 Jahre lang. ... Deshalb werde ich unseren Glücksboten zu ihnen nach Stockerau schicken, um allen 30 glücklichen Gewinnern ihr Gewinndokument im Rahmen einer kleinen Gewinnübergabefeier und Vip-Casting-Show persönlich aushändigen.“

Wie festgestellt scheint als einziger Absender das Busunternehmen B. Nödl, etabliert in der Wildnergasse 25, 1210 Wien auf. Zweck des § 5j KSchG ist gerade, dass unseriösen Geschäftspraktiken Einhalt geboten werden soll. Dazu gehört im Zusammenhang mit der Erweckung von Gewinnerwartungen auch, dass der wahre Absender solcher Gewinnzusagen klar zu ermitteln ist, wenn dieser widersprüchlich ist etc. Es kann dahingestellt bleiben, ob der Beklagte vertragliche Beziehungen mit Organisatoren derartiger Gewinnausschreiben hat bzw wie diese im einzelnen ausgestaltet sind, zumal er sich nach Ansicht des gefertigten Gerichts den Rechtsschein, dass er diese Gewinnzusage abgegeben hat, zuzurechnen lassen hat: Eine im Verhältnis zu dem sonstigen Schriftbild wesentlich kleinere, kaum sichtbare Fußzeile, wonach der Busunternehmer nur für den Transport verantwortlich sei, wonach aber ein weiterer Adressat nicht aufscheint, kann an dieser Qualifikation nichts ändern. Wie festgestellt, war der

Beklagte auch im Zeitpunkt der Versendung dieser Gewinnzusage maßgeblich im operativen Betrieb des Busunternehmens zu diesem Zeitpunkt Bettina Nödl tätig und - sollte man davon ausgehen, dass ein drittes Unternehmen „Veranstalter“ der Werbefahrten sowie der damit in Zusammenhang stehende Gewinnzusage war - verantwortet der Beklagte nach den Feststellungen die Tatsache, dass die Gewinnzusage keinen anderen Absender bzw „Veranstalter“ erkennen lässt, als das Busunternehmen B. Nödl. Der wirtschaftliche Erfolg, der dem Beklagten im klagsgegenständlichen Zeitraum jedenfalls auch als Dienstnehmer des Busunternehmens Bettina Nödl zu Gute kam, sollte sich an die vom Beklagten zu verantwortende Tatsache knüpfen, dass eine als „Köder“ gedachte Gewinnzusage versendet wird, für die aber (wohl in Kenntnis der möglichen Rechtsfolgen) niemand anderer bereit war, als Absender zu fungieren. Die zumindest Mitwirkung des Beklagten durch Setzen des einzigen erkennbaren Absenders war daher Erfolgsvoraussetzung des „Projekts Werbefahrten“. Es kann der Klägerin dabei nicht zum Nachteil gereichen, dass es ihr nach objektiven Bemühungen nicht möglich war, zu ergründen, dass zu diesem Zeitpunkt das Unternehmen Karl Nödl im Konkurs war und ein Fortbetrieb durch Bettina Nödl bestand. Nach Ansicht dieses Gerichts haftet der Beklagte hierfür nach § 5j KSchG.

Der Tatsache der Anhängigkeit eines Konkursverfahrens im Zeitpunkt der Versendung dieser Gewinnzusage kommt keine Bedeutung zu, zumal - wie festgestellt - das Konkursverfahren zwischenzeitlich aufgehoben ist und mit rechtskräftiger Aufhebung des Konkurses die mangelnde Verfügungsfähigkeit des Gemeinschuldners erlischt. Nach ständiger Rechtsprechung dauert die nur den Konkursgläu-

bigern gegenüber bestehende Unwirksamkeit von Rechtshandlungen nicht über den Konkurs hinaus fort (Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze, Rz 14 zu § 3 KO).

Sollte man besonderes Augenmerk auf den Vertrauensschutz der Klägerin legen und aus der Tatsache der Inanspruchnahme diesbezüglicher rechtlicher Beratung unmittelbar nach Erhalt der Beilage ./A schliessen, diese habe gar nicht (uneingeschränkt) vertraut, so würde eine solche Sichtweise dem Konzept des § 5j KSchG gänzlich widersprechen. Gerade die Geltendmachung der Rechte nach § 5j KSchG setzt in der Regel rechtliche Beratung voraus, wobei es dem Konsumenten nicht zum Schaden gereichen kann, wenn er diese bereits zu einem frühen Zeitpunkt in Anspruch nimmt.

Irrelevant erscheint ferner, ob die Klägerin die Antwortkarte rücksandte, weil eine „Annahme“ einer Gewinnzusage von § 5j KSchG nicht gefordert wird.

Insgesamt kann die Klägerin daher vom Beklagten für den gesamten klagsgegenständlichen Zeitraum den sich aus dem Schreiben Blg./A ergebenden Gewinn samt gesetzlicher Zinsen (gestaffelt) gerichtlich geltend machen, weshalb dem Klagebegehren vollinhaltlich stattzugeben war.

Die Kostenentscheidung gründet auf § 41 ZPO, wobei Einwendungen gegen die Gebührennote der klagenden Partei nicht erhoben wurden.

Landesgericht für ZRS Wien
1016 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 18, am 30.03.2010



Mag. Karl Lughofer
Richter
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
der Leiter der Geschäftsabteilung
Karl Lughofer