

Rubbellose nichts für Minderjährige?

Eigener Leitsatz:

Die Durchführung von Testkäufen (durch Minderjährige) im größeren Umfang ist nicht rechtsmissbräuchlich im Sinne des § 8 Abs. 4 UWG. Veranstalter und Verkaufsstellen von autorisierten öffentlichen Glücksspielen haben sicherzustellen, dass Minderjährige von der Teilnahme ausgeschlossen sind. Dabei haftet der Veranstalter für das Verhalten des Verkaufspersonals. Der Verkauf von Rubbellosen ist nicht kerngleich zu der Teilnahme an allen übrigen öffentlichen Glücksspielen. Geschäftsführer einer GmbH haften, wenn sie entweder persönlich die Rechtsverletzung begangen oder die eines anderen gekannt und pflichtwidrig nicht verhindert haben.

Oberlandesgericht Koblenz

Urteil vom 01.12.2010

Az.: 9 U 258/10

In dem Rechtsstreit (...)

wegen unlauteren Wettbewerbs.

Der 9. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Koblenz hat durch die Richter ...

auf die mündliche Verhandlung vom 27. Oktober 2010

für **R e c h t** erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Koblenz vom 2. März 2010 teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte zu 1) wird verurteilt, es zu unterlassen, bei geschäftlichen Handlungen im Bereich des Glücksspielwesens Personen unter 18 Jahren (Minderjährigen) durch den Verkauf von sogenannten Rubbellosen die Teilnahme an öffentlichen Glücksspielen zu ermöglichen und/oder diese Handlung durch Dritte zu begehen.

Für jeden Fall der Zuwiderhandlung wird der Beklagten zu 1) die Verhängung eines Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu 6 Monaten angedroht, wobei die Ordnungshaft zu vollstrecken ist an dem Beklagten zu 2) als gesetzlichem Vertreter der Beklagten zu 1).

Die weitergehende Klage wird abgewiesen.

Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

Die Kosten des Verfahrens der ersten Instanz tragen die Parteien wie folgt:

Die Gerichtskosten tragen der Kläger und die Beklagte zu 1) je zur Hälfte. Die außergerichtlichen Kosten des Klägers trägt die Beklagte zu 1) zur Hälfte. Die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 1) trägt der Kläger zur Hälfte. Die außergerichtlichen Kosten des Beklagten zu 2) trägt der Kläger.

Im Übrigen tragen die Parteien die außergerichtlichen Kosten selbst.

Von den Gerichtskosten des Berufungsverfahrens tragen der Kläger 25 % und die Beklagte zu 1) 75 %.

Die außergerichtlichen Kosten des Klägers trägt die Beklagte zu 1) zu 75 %, diejenigen der Beklagten zu 1) trägt der Kläger zu 25 %.

Die außergerichtlichen Kosten des Beklagten zu 2) trägt der Kläger.

Im Übrigen tragen die Parteien die außergerichtlichen Kosten selbst.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Abwendungsbefugnis der Parteien entfällt, wenn der Gegner vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Entscheidungsgründe:

I.

Der Kläger ist ein am 30.09.2008 gegründeter Verein, dessen Aufgabenbereich sich aus § 3 der Vereinssatzung (K2) ergibt. Er nimmt die Beklagten auf Unterlassung in Anspruch mit der Begründung, eine minderjährige Testperson habe in zwei Fällen Rubbellose in Annahmestellen der Beklagten zu 1) gekauft.

Mitglieder des Klägers sind Unternehmen, die sich auf dem Glücksspielmarkt betätigen, so z.B. ...[A] AG, ...[B] GmbH, ...[C] GmbH, ...[D] GmbH, ...[E] GmbH, ...[E] UK Ltd., ...[F] GmbH, ...[G] GmbH, ...[H] GmbH & Co. KG, ...[I] B.V., ...[J] GmbH, ...[K] GmbH, ...[L] AG, ...[M] GmbH, der ...[N], der ...[O] e.V., der ...[P] und der ...[Q].

In Rheinland-Pfalz sind 17 Genehmigungen für gewerbliche Spielvermittler und 30 Genehmigungen für Lotterieeinnehmer erteilt worden. 7 Mitglieder des Klägers sind Inhaber einer Genehmigung in Rheinland-Pfalz.

Der Kläger nahm in der Vergangenheit seine Mitglieder nicht wegen Wettbewerbsverstößen in Anspruch. Er führte wettbewerbsrechtliche Verfahren zum großen Teil gegen staatliche Lotteriegesellschaften; in geringem Umfang (K18 – K22) ging er auch gegen andere private Glücksspielanbieter vor.

Die Beklagte zu 1) ist die Landeslotteriegesellschaft des Bundeslandes Rheinland-Pfalz und bietet ausschließlich in

diesem Bundesland staatlich genehmigte Glücksspiele, u.a. die Lotterie „Lotto 6 aus 49“, Toto, Oddset und Keno an. Die Spielregeln für die von der Beklagten zu 1) angebotenen Glücksspiele sind unterschiedlich. Für die Teilnahme an Keno, Oddset und Toto ist eine Kundenkarte erforderlich.

Der Beklagte zu 2) ist der Geschäftsführer der Beklagten zu 1).

Der Kläger hat vorgetragen, ihm gehöre eine erhebliche Anzahl von Unternehmen an, die auf dem Glücksspielmarkt tätig seien. Wegen der Einzelheiten wird auf die Schriftsätze des Klägers vom 20.07.2009 (Bl. 5 – 17) und vom 19.10.2009 (Bl. 159 – 171) Bezug genommen.

Er, der Kläger, verfolge seine satzungsmäßige Aufgaben und sei hierzu auch aufgrund seiner personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung in der Lage. Er habe ein frei verfügbares Guthaben in sechsstelliger Höhe.

Auf Seiten der Beklagten zu 1) werde gegen die Vorschriften des Minderjährigenschutzes verstoßen, was auch die Interessen seiner Mitglieder berühre. Am 04.04.2009 habe die am ...1992 geborene Testkäuferin ...[R] in den Annahmestellen der Beklagten zu 1) in ...[Y] (Lottoannahmestelle ...[S]) und ...[Z] (Tankstelle ...[T]) jeweils unproblematisch ein Rubbellos erwerben können. Es sei prozessual unzulässig, wenn die Beklagten dies mit Nichtwissen bestritten.

Der Beklagte zu 2) müsse als Geschäftsführer die geltend gemachten Wettbewerbsverstöße verhindern mit der Folge, dass er ebenfalls auf Unterlassung hafte.

Der Kläger hat in erster Instanz zusätzlich Ansprüche auf Auskunft und Gewinnabschöpfung geltend gemacht und beantragt,

1. die Beklagten zu verurteilen, es unter Androhung eines Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, wobei die Ordnungshaft zu vollstrecken

ist an dem Beklagten zu 2) als dem gesetzlichen Vertreter der Beklagten zu 1), zu unterlassen, bei geschäftlichen Handlungen im Bereich des Glücksspielwesens Personen unter 18 Jahren (Minderjährigen) die Teilnahme an öffentlichen Glücksspielen zu ermöglichen und/oder diese Handlung durch Dritte zu begehen;

hilfsweise:

den Beklagten unter Androhung eines Zwangsgeldes bis zu 250.000,00 € und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, durch Zwangshaft, zu vollstrecken an dem Beklagten zu 2) als dem gesetzlichen Vertreter der Beklagten zu 1), oder von Zwangshaft aufzugeben, geeignete Maßnahmen im Glücksspielwesen zu ergreifen, um das Verbot der Teilnahme von Personen unter 18 Jahre (Minderjährige) an öffentlichen Glücksspielen sicherzustellen und durchzusetzen.

2. die Beklagte zu 1) zu verurteilen, ihm unter Vorlage einer geordneten Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben Auskunft darüber zu erteilen, welcher Gewinn aufgrund von Handlungen gemäß Ziffer 1. erzielt worden ist, durch Bekanntgabe des erreichten Umsatzes abzüglich eventueller Herstellungs- und Betriebskosten,

3. die Richtigkeit und Vollständigkeit ihrer Angaben nach Antrags 2. an Eides statt zu versichern,

4. an das Bundesverwaltungsamt, ..., den Betrag, der sich aus der gemäß Antrag 2. erteilten Auskunft ergibt, nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz gemäß § 247 BGB seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagten haben beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie haben die Auffassung vertreten, der Klageantrag sei zu unbestimmt und im Übrigen zu weit gefasst, da lediglich der Verkauf von Rubbellosen an Minderjährige beanstandet werde.

Der Kläger sei nicht aktivlegitimiert, weil seine Mitglieder zum Teil nicht in Rheinland-Pfalz tätig seien oder dort keine Konzession besäßen. Wegen der Einzelheiten wird Bezug genommen auf die Ausführungen in dem Schriftsatz vom 21.09.2009 (Bl. 52/53).

Die behaupteten Testkäufe seien unzulässig. Der vorgetragene Ablauf werde bestritten. Bei mehr als 1.000 Kaufsituationen pro Woche liege es auf der Hand, dass sich das Verkaufspersonal der Annahmestellen an einzelne Geschäfte nicht mehr erinnern könne. Im Übrigen handele es sich um Ausreißer.

Der Kläger verhalte sich rechtsmissbräuchlich, weil er nur staatliche Lotteriegesellschaften in Anspruch nehme, die er als „natürliche Gegner“ betrachte. Gegen vielfältige und gravierende Wettbewerbsverstöße eigener Mitglieder, die teilweise illegal auf dem deutschen Glücksspielmarkt tätig seien, gehe er dagegen nicht vor. Es sei rechtsmissbräuchlich, wenn der Kläger, der die Regelung des Glücksspielstaatsvertrages für europarechtswidrig halte, von den staatlichen Lotteriegesellschaften, nicht aber von den eigenen Mitgliedern die Einhaltung dieser Vorschriften verlange.

Das Landgericht hat die Klage als unzulässig abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, das Vorgehen des Klägers sei rechtsmissbräuchlich im Sinne des § 8 Abs. 4 UWG. Mitglieder des Klägers seien teilweise ohne Konzession auf dem deutschen Markt tätig, böten Glücksspiele rechtswidrig im Internet an und verhielten sich auch sonst in erheblichem Ausmaß wettbewerbswidrig. Der von dem Kläger im vorliegenden Verfahren gerügte Verstoß sei weitaus weniger gravierend. Nachvollziehbare Gründe, warum der Kläger Verstöße seiner Mitglieder planmäßig dulde und ausschließlich gegen Nichtmitglieder vorgehe, seien nicht ersichtlich. Ihm gehe es unter dem Deckmantel des Gemeinschaftsschutzes lediglich um die Behinderung der staatlichen Lottogesellschaften.

Gegen dieses Urteil, das seinen Prozessbevollmächtigten am 05.03.2010 zugestellt worden ist, hat der Kläger am 09.03.2010 Berufung eingelegt und ausgeführt, diese richte sich gegen ein Urteil des Landgerichts Koblenz mit dem Aktenzeichen 4 HK 0 74/09. Eine Abschrift des tatsächlich angefochtenen Urteils (4 HK 0 121/09) war der Berufungsschrift in der Anlage beigelegt. Mit Schriftsatz vom 31.03.2010, eingegangen bei Gericht am 01.04.2010, stellte der Kläger das Versehen klar.

Er behauptet, seine finanzielle Ausstattung sei angesichts der Höhe der liquiden Mittel und einer Nachschusspflicht der Mitglieder ausreichend, um die satzungsgemäßen Aufgaben wahrzunehmen und etwa entstehende Verfahrenskosten zu tragen.

Er verhalte sich nicht rechtsmissbräuchlich, da es keine rechtliche Verpflichtung gebe, gegen eigene Mitglieder wettbewerbsrechtlich vorzugehen. Im Übrigen würden – dies ist zwischen den Parteien unstreitig – auch von Seiten der staatlichen Lotteriegesellschaften Verfahren gegen seine Mitglieder geführt. Die Inanspruchnahme der sogenannten Blockgesellschaften beruhe auf der Struktur des Glücksspielmarktes in Deutschland und der Tatsache, dass die staatlichen Gesellschaften nicht ausreichend kontrolliert würden.

Jedenfalls fehle es daran, dass er gleichartige Verletzungshandlungen seiner Mitglieder planmäßig dulde. Soweit der Firma ...[E] GmbH ein Verstoß gegen die Vorschriften zum Schutz der Minderjährigen vorgeworfen werde, sei diese Firma bereits von Lotto Schleswig-Holstein gerichtlich in Anspruch genommen worden. Der Vortrag zu einem entsprechenden Verstoß der Firma ...[B] sei unsubstantiiert und werde bestritten.

Da die Veranstalter von Glücksspielen nach den Regelungen des Glücksspielstaatsvertrages sicher zu stellen hätten, dass Minderjährige von der Teilnahme ausgeschlossen seien, werde dieser Anspruch mit dem Hilfsantrag geltend gemacht, wobei es

den Beklagten überlassen bleibe, auf welche Art und Weise dieser Verpflichtung Genüge getan werde.

Der Kläger beantragt,

1. die Beklagten zu verurteilen, es unter Androhung eines Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, wobei die Ordnungshaft zu vollstrecken ist an dem Beklagten zu 2) als dem gesetzlichen Vertreter der Beklagten zu 1), zu unterlassen, bei geschäftlichen Handlungen im Bereich des Glücksspielwesens Personen unter 18 Jahren (Minderjährigen) die Teilnahme an öffentlichen Glücksspielen zu ermöglichen und/oder diese Handlung durch Dritte zu begehen,

hilfsweise:

den Beklagten unter Androhung eines Zwangsgeldes bis zu 250.000,00 € und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, durch Zwangshaft, zu vollstrecken an dem Beklagten zu 2) als dem gesetzlichen Vertreter der Beklagten zu 1), oder von Zwangshaft aufzugeben, geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um das Verbot der Teilnahme von Personen unter 18 Jahren (Minderjährige) an öffentlichen Glücksspielen sicherzustellen und durchzusetzen.

Die Beklagten beantragen,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie halten die Berufung wegen der Verwechslung des Aktenzeichens für unzulässig und behaupten weiterhin, dem Kläger fehlten die finanziellen Möglichkeiten, die Kosten der laufenden Verfahren einschließlich möglicher Kostenerstattungsansprüche zu tragen. Die behaupteten Testkäufe seien unzulässig, weil sie unter Verstoß gegen die Vorschriften des Jugendschutzgesetzes durchgeführt worden seien.

Dem Kläger gehe es lediglich um eine Schädigung der staatlichen Lotteriegesellschaften zugunsten seiner eigenen Mitglieder. Er nutze missbräuchlich die Privilegien der Verbandsklage nach § 8 Abs. 3 UWG aus. Mitglieder des Klägers, die Firmen ...[E] GmbH und ...[B) verstießen gegen den Minderjährigenschutz. Im Übrigen sei das Verhalten der meisten Mitglieder des Klägers noch wesentlich gefährlicher, weil sie insgesamt illegal handelten, nämlich ohne Erlaubnis oder im Internet tätig seien.

Hinsichtlich des Hilfsantrags sei der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten nicht gegeben.

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die von den Parteien eingereichten Schriftsätzen nebst Anlagen und die Gründe des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

Der Senat hat Beweis erhoben gemäß Beweisbeschluss vom 18. August 2010 durch Vernehmung der Zeugen Rechtsanwalt ...[U] und ...[R] sowie ...[V]. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird Bezug genommen auf die Sitzungsniederschrift vom 27. Oktober 2010.

II.

Die Berufung des Klägers ist zulässig. Die irrtümliche Falschbezeichnung des angefochtenen Urteils ist unschädlich, weil dadurch keine unbehebaren Identitätszweifel entstanden. Vielmehr ergab sich aus der beigelegten Urteilsabschrift das zutreffende Aktenzeichen des angefochtenen Urteils (Zöller/Heßler, ZPO, 28. Aufl., Rnr. 33 zu § 519 ZPO). Im Übrigen hat der Kläger noch innerhalb der Berufungsfrist die Falschbezeichnung korrigiert.

Gegen die Beklagte zu 1) hat die Berufung teilweise Erfolg.

Die Klage ist zulässig. Entgegen der Auffassung der Beklagten ist der Hauptantrag hinreichend bestimmt im Sinne des § 253 Abs. 2 ZPO. Ein Verbandsantrag darf nicht derart undeutlich gefasst sein, dass Gegenstand und Umfang der

Entscheidungsbefugnis des Gerichts nicht erkennbar abgegrenzt sind, sich der Beklagte deshalb nicht erschöpfend verteidigen kann und letztlich die Entscheidung darüber, was dem Beklagten verboten ist dem Vollstreckungsgericht überlassen bliebe (BGH, WRP 2008, 98 ff m.w.N.). Genauso muss der Schuldner, der den Titel freiwillig befolgen will, hinreichend genau wissen, was ihm verboten ist.

Nach diesen Maßstäben ist der Klageantrag hinreichend bestimmt. Verboten sind alle Handlungen, die dazu führen, dass Minderjährige an öffentlichen Glücksspielen teilnehmen. Der Umfang dieses Verbots ist auch für den Schuldner ohne weiteres erkennbar.

Der Klageantrag ist auch nicht deshalb unbestimmt, weil lediglich der Wortlaut eines gesetzlichen Verbotstatbestands wiederholt wird. Der Klageantrag ist § 4 Abs. 3 S. 2 des Glücksspielstaatsvertrages (GlüStV) nachgebildet, wonach die Teilnahme von Minderjährigen an öffentlichen Glücksspielen unzulässig ist. Dies führt jedoch nicht zur Unzulässigkeit des Klageantrags, weil die gesetzliche Regelung selbst hinreichend eindeutig und konkret gefasst ist. Dies ergibt sich schon daraus, dass ein Verstoß gegen § 4 Abs. 3 S. 2 GlüStV gemäß 13 Abs. 1 Nr. 2 des rheinland-pfälzischen Landesglücksspielgesetzes (LGlüG) bußgeldbewehrt ist. Bußgeldvorschriften unterliegen wie Strafvorschriften dem Bestimmtheitsgebot, damit die Normadressaten ihr Verhalten auf die Rechtslage einrichten können.

Der Kläger ist klagebefugt im Sinne des § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG. Er ist ein im Vereinsregister eingetragener rechtsfähiger Verein, dessen Zweck nach § 3 seiner Satzung die Förderung der beruflichen Interessen seiner Mitglieder, insbesondere die Förderung des lautereren Wettbewerbs und die Kontrolle der Einhaltung und der gesetzlichen Bestimmungen ist. Der Kläger ist, wie sich aus den von ihm geführten wettbewerbsrechtlichen Verfahren ergibt, im Rahmen des Satzungszwecks tätig. Bei einem ordnungsgemäß gegründeten und aktiv tätigen Verband wie

dem Kläger spricht eine tatsächliche Vermutung für die Zweckverfolgung, die der Gegner grundsätzlich zu widerlegen hat (BGH, GRUR 2000, 1093).

Die Antragsbefugnis setzt weiter voraus, dass dem Verband eine erhebliche Zahl von Mitgliedern angehört, die Waren oder Dienstleistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt wie der Gegner vertreiben. Dies ist hier der Fall.

Der Begriff der Waren oder Dienstleistungen gleicher oder verwandter Art in diesem Sinne ist weit auszulegen (BGH, GRUR 2007, 809 f). Maßgebend ist die gemeinsame Zugehörigkeit zur gleichen Branche oder zumindest zu angrenzenden Branchen. Die beiderseitigen Waren oder Dienstleistungen müssen sich ihrer Art nach so gleichen oder nahestehen, dass der Absatz des einen Unternehmens durch ein wettbewerbswidriges Handeln des anderen beeinträchtigt werden kann. Hierzu genügt, dass eine nicht gänzlich unbedeutende potentielle Beeinträchtigung mit einer gewissen, wenn auch nur geringen Wahrscheinlichkeit in Betracht gezogen werden kann (BGH, a.a.O.).

Der sachlich relevante Markt ist vorliegend der des Glücksspielwesens. Dieser umfasst sämtliche Lotterien wie Zahlenlotterien und Loslotterien, aber auch Sport- und Pferdewetten, da sich das Angebot an denselben Kundenkreis richtet und die einzelnen Produkte für den angesprochenen Verkehrskreis jeweils substituierbar sind. Der räumliche Markt ist durch das in §§ 4 Abs. 1, 9 Abs. 4 Glücksspielstaatsvertrag (GlüStV) konstituierte Regionalitätsprinzip auf das Bundesland Rheinland-Pfalz beschränkt.

Die Antragsbefugnis setzt weiter voraus, dass eine erhebliche Zahl von Mitgliedern diese Voraussetzungen erfüllt. Erheblich im Sinne der Vorschrift ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Zahl der Mitglieder des Verbandes auf dem einschlägigen Markt dann, wenn sie als Unternehmen, bezogen auf den maßgeblichen Markt in der Weise repräsentativ

sind, dass ein missbräuchliches Vorgehen des Verbandes ausgeschlossen werden kann. Dabei ist darauf abzustellen, ob die Zahl und die wirtschaftliche Bedeutung der branchenzugehörigen Verbandsmitglieder den Schluss darauf zulassen, dass nicht lediglich Individualinteressen einzelner, sondern objektiv gemeinsame („kollektive“) gewerbliche Interessen der Wettbewerber wahrgenommen werden. Ist der Markt eng und sind dementsprechend nur wenige Mitbewerber vorhanden, so können auch nur zwei oder sogar nur ein Unternehmen als Mitglied ausreichen (BGH, a.a.O.; OLG Köln, MD 2010, 647).

Der Senat hat bereits in dem Urteil vom 04.11.2009 in dem zwischen den Parteien geführten Verfahren 9 U 889/09 (WRP 2010, 148 ff.) entschieden, dass dem Kläger eine erhebliche Anzahl von Mitgliedern angehört, die auf dem gleichen Markt tätig sind wie die Beklagte zu 1).

In der Entscheidung ist folgendes ausgeführt:

„Der Kläger hat glaubhaft dargelegt, dass ihm u. a. die ...[A] AG, die ...[F] GmbH, der ...[N] e.V., die ...[B] GmbH, die ...[G] GmbH, die ...[H] GmbH & Co. KG, die ...[K] GmbH und der ...[P] e.V. angehören. Dabei handelt es sich ausweislich der Bekundungen der jeweiligen Unternehmensspitze in den vom Kläger vorgelegten eidesstattlichen Versicherungen um Unternehmen, die u. a. in Rheinland-Pfalz teils selbst Glücksspiel anbieten bzw. als Vermittler fungieren sowie um Interessenverbände solcher Unternehmen. Hinzu kommen die ...[E] GmbH und die ...[E] UK Ltd., die bundesweit online agieren sowie die ...[I] B.V., die ...[D] GmbH, die beabsichtigt auch in Rheinland-Pfalz tätig zu werden, sobald eine Genehmigung vorliegt, und schließlich die ...[L] AG, die eine Wiederaufnahme ihrer Tätigkeit beabsichtigt.

Dass es sich bei den von den genannten Mitgliedern des Klägers angebotenen bzw. vermittelten Glücksspielen teilweise um Sportwetten handelt ist unerheblich, da diese, wie oben dargelegt, ebenfalls Teil des maßgeblichen Glücksspielmarktes

sind.

Letztlich kommt es auch auf die konkrete Anzahl der relevanten Mitglieder des Klägers nicht entscheidend an. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs genügt es vielmehr, wenn im Wege des Freibeweises festgestellt werden kann, dass es dem Verband bei der betreffenden Rechtsverfolgung nach der Struktur seiner Mitglieder um die ernsthafte kollektive Wahrnehmung der Mitgliederinteressen geht (BGH, GRUR 2009, 692 f. m. w. N. – zitiert nach juris). Das ist hier der Fall. Davon, dass der Kläger kollektiv die Interessen seiner Mitglieder wahrnimmt und nicht nur individuelle Einzelinteressen verfolgt, kann ausgegangen werden.

Insofern ist es unerheblich, dass einige der Mitglieder des Klägers (noch) keine Genehmigung für den Vertrieb oder die Vermittlung von Glücksspielen besitzen und daher ihre Tätigkeit (derzeit) nicht ausüben oder entgegen § 4 Abs. 4 GlüStV im Internet agieren. Auch bei diesen Mitgliedern handelt es sich jedenfalls um potentielle Mitbewerber der Beklagten. Für die Eigenschaft als Mitbewerber kommt es zudem allein auf das tatsächliche Bestehen eines Wettbewerbsverhältnisses an, unerheblich ist, ob die eigene Tätigkeit, die das Wettbewerbsverhältnis begründet, gesetzwidrig oder wettbewerbswidrig ist (vgl. GRUR 2005, 519 f. m. w. N. – zitiert nach juris). Die Anspruchsberechtigung der einzelnen Mitgliedsunternehmen des Klägers entfällt daher nicht aufgrund des von der Beklagten erhobenen Einwands der „unclean hands“, wonach die Aktivlegitimation im Einzelfall unter besonderen zusätzlichen Voraussetzungen ausgeschlossen sein kann, wenn der Gläubiger seinerseits in gleicher oder vergleichbarer Weise wettbewerbswidrig handelt. Dies folgt hier bereits aus den Besonderheiten des Glücksspielmarktes. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. GRUR 2009, 692 f. – zitiert nach juris) darf die Klagebefugnis von Verbänden auf oligopolistischen Märkten nicht unangemessen eingeschränkt werden. Aufgrund der Monopolstellung der

staatlichen Blockgesellschaften herrscht im Bereich des Glücksspielwesens kein ausreichender Wettbewerb mit privaten Anbietern. Könnten Verbände nur gegen staatliche Lottogesellschaften vorgehen, wenn alle ihre Mitglieder legal handeln, blieben deren Wettbewerbsverstöße weitgehend ungeahndet. Der Einwand der „unclean hands“ ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. BGH, GRUR 1977, 494 ff. – zitiert nach juris) zudem von vornherein ausgeschlossen, wenn durch den geltend gemachten Verstoß zugleich die Interessen Dritter oder der Allgemeinheit berührt werden, was hier der Fall ist, da die Vorschriften des Glücksspielstaatsvertrages insbesondere dem Interesse der Allgemeinheit, die Ausweitung der Spiel- und Wettsucht zu verhindern, dienen“.

Der Senat hält an dieser Auffassung fest. Die Beklagten sind demgegenüber der Auffassung, als Mitglieder im Sinne des § 8 Abs. 3 UWG dürften nur solche Unternehmen gewertet werden, die aufgrund einer behördlichen Erlaubnis in Rheinland-Pfalz auf dem Glücksspielmarkt tätig seien. Selbst wenn man hiervon ausgeht, hat der Kläger immerhin sieben Mitglieder, die diese Voraussetzungen erfüllen. Angesichts der starken Reglementierung des Glücksspielmarktes reicht diese Anzahl zur Erfüllung der Voraussetzungen des § 8 Abs. 3 UWG aus.

Der Kläger ist nach seiner personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung in der Lage, seine satzungsmäßigen Aufgaben zu erfüllen. Ein im Sinne des § 8 Abs. 3 UWG klagebefugter Verband muss in der Lage sein, seine Fixkosten aus der Existenz, Grundausstattung und Grundbetätigung, Prozesskosten in Verfahren bis hin zur Revisionsinstanz und gegnerische Kostenerstattungsansprüche zu finanzieren. Die Beklagten bestreiten die hinreichende finanzielle Ausstattung des Klägers. Diese steht jedoch fest aufgrund des Ergebnisses der Beweisaufnahme.

Bei der Prüfung der finanziellen Ausstattung sind nicht nur Mitgliederbeiträge, sondern auch andere Einnahmen des

Verbandes zu berücksichtigen. Geht es um die Deckung von Prozesskostenrisiken sind auch etwaige Kostenübernahmezusagen und Bürgschaften Dritter zu berücksichtigen (BGH, GRUR 1990, 282; Köhler/Bornkamm, UWG, 28. Aufl., Rnr. 3.48 zu § 8 UWG).

Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht fest, dass der Kläger nach seiner finanziellen Ausstattung zur Erfüllung seiner satzungsgemäßen Aufgaben in der Lage ist. Der Zeuge ...[U], der Geschäftsführer des Klägers, hat in der mündlichen Verhandlung am 27.10.2010 bekundet, dass der Kläger derzeit über ein Vermögen von ca. 380.000 € in Form eines Bankguthabens verfüge. Dieser Betrag setze sich zusammen aus Jahresbeiträgen und von ihm im Einzelfall von Mitgliedern angeforderten Beträgen. Grundlage der einzelnen Anforderungen sei eine Vereinbarung der Mitglieder bei Verbandsgründung, dass zur finanziellen Absicherung des Klägers Zahlungen auf Anforderung zu leisten seien, die nicht zurückgefordert werden könnten.

Die Aussage des Zeugen ...[U] ist eindeutig und vor dem Hintergrund der Interessenlage der Mitglieder des Klägers inhaltlich nachvollziehbar. Der Senat hat keinen Anlass, an der Richtigkeit der Aussage zu zweifeln, dass der Betrag von ca. 380.000 € dem Kläger uneingeschränkt zur Verfügung steht. Die Aussage ist daher glaubhaft.

Aufgrund dieses Guthabens ist die finanzielle Ausstattung des Klägers auch angesichts der laufenden gerichtlichen Verfahren, deren Zahl mit 23 angegeben wird, gesichert. Die Darlegungslast des Klägers geht nicht soweit, dass er im Einzelnen vortragen müsste, welche Kosten aufgrund der laufenden gerichtlichen Verfahren entstehen, noch entstehen können und in wie weit diese Kosten bereits beglichen sind. Insoweit ist eine exakte zahlenmäßige Darstellung bereits deshalb nicht möglich, weil in den einzelnen Fällen die Höhe der festzusetzenden Streitwerte nicht feststeht.

Das Erfordernis der hinreichenden finanziellen Ausstattung

soll verhindern, dass Wettbewerbsverbände im Rahmen des UWG tätig sind, obwohl sie in finanzieller Hinsicht außer Stande sind, ihre selbst gesetzten Aufgaben zu erfüllen.

Dies ist hinsichtlich des Klägers nicht der Fall. Wie der Zeuge ...[U] glaubhaft bekundet hat, hat er in der Vergangenheit immer dafür gesorgt, dass ein sechsstelliger Betrag zur freien Verfügung des Verbandes gestanden hat, so dass die finanzielle Leistungsfähigkeit gesichert war. Geht man hiervon aus und berücksichtigt darüber hinaus einen derzeit frei zur Verfügung stehenden Betrag von 380.000 €, kann von einer unzureichenden finanziellen Ausstattung nicht die Rede sein.

Aus der Tatsache, dass sich der dem Kläger noch im September 2010 zur Verfügung stehende Betrag von 450.000 € sich in kurzer Zeit um 70.000 € verringert hat, kann nicht geschlossen werden, dass künftig die ausreichende finanzielle Ausstattung nicht gesichert ist. Dies wäre eine Spekulation ohne hinreichende tatsächliche Grundlage.

Der in dem vorliegenden Verfahren geltend gemachte Wettbewerbsverstoß berührt die Interessen der Mitglieder des Klägers. Diese sind, wie alle auf dem Glücksspielmarkt tätigen Unternehmen an § 4 Abs. 3 GlüStV gebunden und dürfen Minderjährige nicht an Glücksspielen teilnehmen lassen. Ein Verstoß gegen § 4 Abs. 3 GlüStV berührt nicht nur Interessen der Allgemeinheit, sondern verschafft dem zuwiderhandelnden Unternehmen einen ungerechtfertigten Vorsprung gegenüber seinen Mitbewerbern und beeinträchtigt auf diese Weise deren Interessen spürbar im Sinne des § 3 Abs. 1 UWG.

Der Senat teilt nicht die Auffassung des Landgerichts, die Klage sei wegen Rechtsmissbrauchs im Sinne des § 8 Abs. 4 UWG unzulässig.

Von einem Missbrauch im Sinne des § 8 Abs. 4 UWG ist auszugehen, wenn sich der Gläubiger bei der Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs von sachfremden Motiven leiten lässt.

Diese müssen allerdings nicht das alleinige Motiv des Gläubigers sein. Ausreichend ist, dass die sachfremden Ziele überwiegen (BGH, GRUR 2000, 454).

Das Landgericht hält das Vorgehen des Klägers für rechtsmissbräuchlich, weil er seit seiner Gründung grundsätzlich nur gegen Außenstehende, im Wesentlichen gegen staatliche Lotteriegesellschaften vorgegangen sei, nicht aber eigene Mitglieder in Anspruch nehme, deren wettbewerbswidriges Verhalten er planmäßig dulde.

Der Senat hat sich bereits im Urteil vom 04.11.2009 im Verfahren 9 U 889/09 (WRP 2010, 148 ff) mit dieser Frage auseinandergesetzt und ein rechtsmissbräuchliches Verhalten des Klägers verneint. An dieser Auffassung hält der Senat auch unter Berücksichtigung des Vorbringens der Parteien im vorliegenden Verfahren fest.

Die Frage, ob die Auswahl des Verletzers durch den Anspruchsteller zur Annahme eines Rechtsmissbrauchs führen kann, ist umstritten. Teilweise wird diese Möglichkeit verneint mit der Begründung, es gebe keine Rechtsgrundlage für die Verpflichtung eines Verbands, gegen eigene Mitglieder vorzugehen. Außerdem führe die auf die Auswahl des Verletzers gegründete Annahme eines Rechtsmissbrauchs dazu, dass der Einwand der *unclean hands* abweichend von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Rahmen der Verbandsklage generell erheblich wäre (Köhler/Bornkamm, UWG, 28. Aufl., Rnr. 4.21 zu § 8 UWG; OLG Schleswig, WRP 1996, 937).

Für die Entscheidung des Rechtsstreits kann offen bleiben, ob dieser Auffassung zu folgen ist. Auch nach bislang herrschender Ansicht kommt die Annahme eines Rechtsmissbrauchs wegen einer diskriminierenden Auswahl des Verletzers nur in Ausnahmefällen in Betracht.

Nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs steht es einem Verband ebenso wie dem einzelnen

Gewerbetreibenden frei, ob und gegen welche Mitbewerber er Klage erheben will. Eine unzumutbare Benachteiligung des konkret angegriffenen Verletzers gegenüber anderen – etwa deshalb, weil nunmehr allein er die angegriffenen Handlungen unterlassen müsse – ist darin schon deshalb nicht zu sehen, weil es dem Verletzer offen steht, seinerseits gegen gleichartige Verletzungshandlungen seiner von dem Verband nicht angegriffenen Mitbewerber vorzugehen (BGH, GRUR 1997, 681 ff; BGH, GRUR 1997, 538 ff).

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann eine andere Beurteilung gerechtfertigt sein, wenn auf Seiten des Klägers sachfremde Erwägungen vorliegen. So kann ein Missbrauch der Klagebefugnis in Betracht kommen, wenn das Vorgehen eines Wettbewerbsvereins nur gegen einen von mehreren Verletzern, die alle denselben Wettbewerbsverstoß begangen haben, auf sachfremden Erwägungen beruht. Allerdings kann es selbst bei identischer Werbung grundsätzlich noch nicht als rechtsmissbräuchlich angesehen werden, wenn ein Verband, der die Frage der Wettbewerbswidrigkeit eines bestimmten Verhaltens höchstrichterlich klären lassen will, zunächst gegen einen Dritten und nicht gegen ein eigenes Mitglied vorgeht (BGH, GRUR 1999, 515; BGH, GRUR 1997, 538; BGH, GRUR 2004, 793).

Auch in der Literatur wird ein Rechtsmissbrauch durchgängig an die Voraussetzungen geknüpft, dass der klagende Verband Außenstehende wegen Wettbewerbsverstößen in Anspruch nimmt, die er bei seinen eigenen Mitgliedern trotz geklärter Rechtslage duldet (Großkommentar-Erdmann, Rnr. 138 zu § 13; Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2. Aufl., Rnr. 324 zu § 8; Münchener Kommentar-Fritzsche, Rnr. 472 zu § 8 UWG; Ahrens, Der Wettbewerbsprozess, 6. Aufl., Kapitel 20, Rnr. 25; Gloy/Loschelder/Erdmann, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 4. Aufl., § 79, Rnr. 254).

Auch nach diesen Maßstäben ist die Klage nicht rechtsmissbräuchlich im Sinne des § 8 Abs. 4 UWG.

Der Kläger nimmt die Beklagten wegen eines Verstoßes gegen § 4 Abs. 3 S. 2 GlüStV in Anspruch, wonach die Teilnahme von Minderjährigen an öffentlichen Glücksspielen unzulässig ist. Nach dem Vorbringen der Beklagten ist nicht davon auszugehen, dass der Kläger gleichartige Verstöße seiner Mitglieder planmäßig duldet. Unstreitig hat die Firma ...[E] GmbH, ein Mitglied des Klägers, gegen § 4 Abs. 3 GlüStV verstoßen. Die fehlende Inanspruchnahme der Firma ...[E] GmbH durch den Kläger führt jedoch schon deshalb nicht zur Rechtsmissbräuchlichkeit der vorliegenden Klage, weil die Firma ...[E] GmbH wegen dieses Verstoßes bereits von einer anderen Lottogesellschaft in Anspruch genommen wurde. Die pauschale Behauptung der Beklagten, auch die Firma ...[B] habe gegen Vorschriften zum Schutz Minderjähriger verstoßen, ist ohne nähere Erläuterung unsubstantiiert.

Soweit die Beklagten vortragen, Mitglieder des Klägers hätten sich in anderer Weise wettbewerbswidrig verhalten oder seien ohne Erlaubnis und damit illegal tätig, ist dies nicht geeignet, einen Rechtsmissbrauch im Sinne des § 8 Abs. 4 UWG zu begründen. Sachfremde Erwägungen kommen in Betracht, wenn sich ein Kläger bei gleicher Sachlage ohne nachvollziehbare Gründe unterschiedlich verhält. Dies setzt voraus, dass es jeweils um denselben bzw. einen vergleichbaren Wettbewerbsverstoß geht. Nähme man diese Begrenzung nicht vor und führte jeweils einen Vergleich unterschiedlicher Wettbewerbsverstöße nach Schwere und Ausmaß durch, hätte dies zur Folge, dass im Rahmen der Verbandsklage der Einwand der unclean hands grundsätzlich zulässig wäre, und zwar auch in einem Fall, in dem der Wettbewerbsverstoß wie vorliegend auch Allgemeininteressen berührt und damit nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht zulässig ist (Köhler/Bornkamm, UWG, 28. Aufl., Rnr. 2.39 zu § 11 UWG). Insoweit ist zu berücksichtigen, dass die Gewährleistung des Jugendschutzes ein zentrales Anliegen des Gesetzgebers ist.

Der Vorwurf der Beklagten, der Kläger nehme sie und die

anderen staatlichen Lotteriegesellschaften deshalb in Anspruch, weil er das staatliche Glücksspielmonopol ablehne, ist ebenfalls nicht geeignet, die Annahme eines Rechtsmissbrauchs zu begründen. Auch wenn der Kläger den bestehenden Rechtszustand für europarechtswidrig hält oder eine Änderung der Rechtslage anstrebt, nimmt ihm dies nicht die Befugnis, sich auf die geltenden Wettbewerbsvorschriften zu berufen (a.A. wohl: OLG Naumburg, Urteil vom 18.06.2010 – 10 U 91/09.HS; OLG Saarbrücken, Urteil vom 23. 06.2010 – 1 U 365/09-91). In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass eine Ablehnung des staatlichen Glücksspielmonopols nicht bedeutet, dass der Kläger auch die in § 3 Abs. 3 GlüStV enthaltenen Vorschriften zum Schutz der Minderjährigen ablehnt.

Der Annahme eines Rechtsmissbrauchs steht schließlich auch der Umstand entgegen, dass der Kläger die Inanspruchnahme der staatlichen Lotteriegesellschaften mit dem Argument begründet, aufgrund der Struktur des Glücksspielmarktes bestehe ein Kontrolldefizit hinsichtlich des Wettbewerbsverhaltens staatlicher Glücksspielanbieter. Diese Erwägungen des Klägers sind jedenfalls nachvollziehbar. Aufgrund des staatlichen Monopols auf dem Glücksspielmarkt besteht zumindest die Gefahr eines Kontrolldefizits mit der Folge, dass dem Kläger der Vorwurf des Rechtsmissbrauchs unter diesem Gesichtspunkt nicht gemacht werden kann (so auch: OLG Frankfurt, Urteil vom 05.11.2009 – 6 U 133/09, zitiert nach juris; KG, GRUR-RR 2010, 31).

Allein der Umstand, dass der Kläger in der Vergangenheit keines seiner Mitglieder wegen eines Wettbewerbsverstoßes gerichtlich in Anspruch genommen hat, reicht nicht aus, um die Annahme des Rechtsmissbrauchs zu begründen.

Die Organisation von Testkäufen im größeren Umfang durch den Kläger ist ebenfalls nicht rechtsmissbräuchlich im Sinne des § 8 Abs. 4 UWG. Der Kläger hat ohne dieses Instrument nicht die Möglichkeit, das von ihm behauptete wettbewerbswidrige

Verhalten der staatlichen Lottogesellschaften im Bereich des Minderjährigenschutzes zu beweisen.

Die Beklagten beanstanden schließlich, dass der Kläger die Vorteile der Verbandsklage ausnutze. Diese Vorteile sind jedoch Folge der gesetzlichen Regelung und können den Vorwurf eines rechtsmissbräuchlichen Verhaltens nicht begründen.

Die Klage ist gegenüber der Beklagten zu 1) überwiegend begründet.

Der Unterlassungsanspruch des Klägers ergibt sich aus §§ 8 Abs. 3 Nr. 2, 8 Abs. 1, 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 4 Abs. 3 S. 2 und 3 GlüStV. Die letztgenannte Vorschrift ist eine Marktverhaltensregel im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG.

Ein Verstoß gegen das Verbot der Teilnahme Minderjähriger an öffentlichen Glücksspielen liegt vor, denn die Zeugin ...[R] hat am 04.04.2009 in zwei Fällen in Lottoannahmestellen in Rheinland-Pfalz ein Rubbellos gekauft, obwohl sie zu diesem Zeitpunkt erst 16 Jahre alt war.

Die Beklagten haben den behaupteten Ablauf der Testkäufe bestritten und darauf hingewiesen, dass angesichts der Vielzahl der Geschäftsvorgänge sich das Personal der Annahmestellen an einzelne Vorfälle nicht erinnern könne. Dieses als Bestreiten mit Nichtwissen zu wertende Vorbringen der Beklagten ist prozessrechtlich auch unter Berücksichtigung des § 138 Abs. 4 ZPO zulässig. Die Beklagten haben den Grund für ihre Unkenntnis nachvollziehbar und für den Senat hinreichend dargelegt.

Der Kläger hat den behaupteten Ablauf der Testkäufe jedoch bewiesen. Die Zeugen ...[R] und ...[V] haben glaubhaft und im Kern übereinstimmend bekundet, dass am 04.04.2009 an die Zeugin ...[R] in den Lotto Annahmestellen ...[S], ...[Y], und in der Lotto Annahmestelle Tankstelle ...[T], ...[Z], jeweils ein Rubbellos verkauft worden ist, obwohl sie erst 16 Jahre alt war. Die Zeugen haben den Ablauf der Testkäufe geschildert und erklärt,

sie könnten sich an die hier in Rede stehenden Vorfälle erinnern, obwohl sie in der Zwischenzeit zahlreiche weitere Testkäufe durchgeführt hätten. Die Zeugin ...[R] hat in diesem Zusammenhang angegeben, sie habe sich auch anhand der Unterlagen, die bei Durchführung der Testkäufe erstellt worden seien, auf den Termin vorbereitet.

Der Senat glaubt den beiden Zeugen. Der Zeuge ...[V] hat die Auftragsvergabe durch den Prozessbevollmächtigten des Klägers offen gelegt. Allein diese vertragliche Verbindung rechtfertigt nicht die Annahme, der Zeuge habe nicht die Wahrheit gesagt. Vielmehr haben beide Zeugen, wie sich aus den vorgelegten Unterlagen ergibt, die Testkäufe jeweils mit Erläuterungen und Fotos dokumentiert. Für eine nachträgliche Manipulation dieser Unterlagen, die die Aussagen der Zeugen stützen, bestehen keine Anhaltspunkte. Soweit die Beklagten Unterschiede in Einzelheiten zwischen den Aussagen der Zeugen rügen, ändert dies an der entscheidenden Übereinstimmung der beiden Aussagen im Kernbereich nichts.

Beide Zeugen waren nach dem Eindruck des Senats bemüht, ihre Erinnerung an die behaupteten Vorgänge so umfassend wie möglich wieder zu geben. Auch Nachfragen des Senats und der Prozessbevollmächtigten wurden bereitwillig und in der Sache nachvollziehbar beantwortet.

Das Ergebnis dieser Testkäufe ist auch im Verfahren verwertbar, denn sie sind nicht in unlauterer Weise erlangt worden. Testmaßnahmen sind dann unlauter, wenn die Testperson lediglich die Absicht verfolgt, den Mitbewerber „hereinzulegen“ oder mit verwerflichen Mitteln, insbesondere mit strafbaren oder sonstigen rechtswidrigen Handlungen auf einen Wettbewerbsverstoß hinwirkt (Köhler/Bornkamm, UWG, 28. Aufl., Rnr. 10.162 zu § 4 UWG).

Dies ist vorliegend nicht der Fall. Nach dem Erscheinungsbild der Zeugin ...[R], das auf den zu den Akten gereichten Fotos dokumentiert ist, hatte das Personal der Lottoannahmestelle

durchaus Anlass, nach dem Alter der Zeugin zu fragen. Nach der Aussage der Zeugin ist nicht davon auszugehen, dass diese das Personal zum Verkauf der Lose an sie überreden musste (Piper/Ohly, UWG, 4. Aufl., Rnr. 221 zu § 8 UWG). Die Testkäufe sind auch nicht als verwerflich anzusehen, weil die Zeugin für ihre Mitwirkung eine Entlohnung erhalten hat. Ohne eine solche Entlohnung wäre die Gewinnung von Jugendlichen als Testkäufer kaum möglich.

Die Auffassung der Beklagten, der Kläger habe sich ordnungswidrig im Sinne des § 28 Abs. 1 Nr. 8, Abs. 4 Jugendschutzgesetz (JuSchG) verhalten, weil er das Verhalten der Zeugin, das zur Teilnahme an dem Glücksspiel führte, gefördert habe, trifft nicht zu. Das in § 4 Abs. 2 JuSchG enthaltene Verbot für Minderjährige, an Spielen mit Gewinnmöglichkeit teilzunehmen, findet auf Lotteriespiele wie Lotto, Glücksspirale, SKL, NKL und Rubbelloslotterien keine Anwendung (Scholz/Liesching, Jugendschutz, 4. Aufl., Rnr. 9 zu § 6 JuSchG). Den Ordnungswidrigkeitentatbestand des § 13 Abs. 1 Nr. 2 LGlüG, der lediglich das Verbot enthält, entgegen § 4 Abs. 3 S. 2 GlüStV Minderjährige an öffentlichen Glücksspielen teilnehmen zu lassen, hat der Kläger nicht verwirklicht.

Für das Verhalten des Personals der Lotterieannahmestellen haftet die Beklagte zu 1) nach § 8 Abs. 2 UWG. Die Beklagte zu 1) vermittelt über diese Annahmestellen ihre Glücksspielprodukte. Diese sind trotz ihrer rechtlichen Selbständigkeit Beauftragte im Sinne des § 8 Abs. 2 UWG mit der Folge, dass auf Seiten der Beklagten zu 1) eine Erfolgshaftung ohne Entlastungsmöglichkeit besteht. Auch der Einwand, bei den festgestellten Verstößen handele es sich um „Ausreißer“, ist damit unbeachtlich (Landgericht Wiesbaden, Urteil vom 14.10.2009 – 12 U 42/09, zitiert nach juris).

Der Unterlassungsanspruch des Klägers besteht aber nicht im beantragten Umfang. Mit Recht machen die Beklagten geltend, das Verbot könne nicht auf die Teilnahme an allen öffentlichen Glücksspielen, sondern lediglich auf den Verkauf von

Rubbellosen bezogen werden.

Für den weitergehenden Antrag fehlt es an der für den Unterlassungsanspruch erforderlichen Wiederholungsgefahr. Diese beschränkt sich zwar nicht auf die genau identische Verletzungsform, sondern umfasst alle im Kern gleichartigen Verletzungshandlungen (BGH, GRUR 2003, 446). Die von der Beklagten zu 1) angebotenen Glücksspiele unterliegen jedoch unstreitig unterschiedlichen Spielregeln. Eine im Kern gleichartige Verletzungshandlung hat der Kläger nicht dargelegt. Dasselbe gilt für Umstände, die die Annahme einer Erstbegehungsgefahr hinsichtlich aller angebotenen Glücksspiele rechtfertigten.

In Bezug auf andere Glücksspiele besteht auch keine Erstbegehungsgefahr. Soweit der Kläger dies aus den Ergebnissen der sogenannten „Mystery-Shopping-Tour“ herleitet, hat die Beklagte die Ergebnisse dieser Testkäufe bestritten. Der Kläger ist damit hinsichtlich der behaupteten Erstbegehungsgefahr beweisfällig geblieben.

Die Klage gegenüber dem Beklagten zu 2) ist unbegründet, weil er für den festgestellten Wettbewerbsverstoß nicht haftet. Auch im Bereich des Wettbewerbsrechts haften die Organe juristischer Personen, wie Geschäftsführer einer GmbH, grundsätzlich nur dann, wenn sie entweder persönlich die Rechtsverletzung begangen oder die eines anderen gekannt und pflichtwidrig nicht verhindert haben. Eine widerlegliche Vermutung für die Kenntnis des Organs besteht bei zentralen Produkt- oder Marketingentscheidungen (OLG Köln, Urteil vom 24.08.2007 – 6 U 92/07, zitiert nach juris; BGH, GRUR 2009, 849).

Nach diesen Maßstäben besteht vorliegend keine Haftung des Beklagten zu 2), weil er die im Rahmen der alltäglichen Geschäftstätigkeit der Lottoannahmestellen begangenen Wettbewerbsverstöße nicht kannte und auch nicht kennen musste. Aus der von dem Kläger in Bezug genommenen Entscheidung des

Bundesgerichtshofs vom 12.07.2007 (GRUR 2007, 890 „Jugendgefährdende Medien bei eBay“) ergibt sich keine weitergehende Haftung von Organen einer juristischen Person. Der Bundesgerichtshof hat in der genannten Entscheidung ausgeführt, dass derjenige, der durch sein Handeln im geschäftlichen Verkehr die Gefahr schafft, dass Dritte durch das Wettbewerbsrecht geschützte Interessen von Marktteilnehmern verletzen, wettbewerbsrechtlich dazu verpflichtet ist, diese Gefahr im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren zu begrenzen. Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass diese Verpflichtung den Betreiber einer Internetplattform trifft. Die Frage der Organhaftung ist nicht Gegenstand der Entscheidung.

Der Hilfsantrag, mit dem der Kläger die Verurteilung der Beklagten begehrt, geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um das Verbot der Spielteilnahme Minderjähriger sicher zu stellen, ist zulässig, hat in der Sache aber keinen Erfolg.

Der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten ist nach Auffassung des Senats gegeben. Insbesondere handelt es sich nicht um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit im Sinne des § 40 VwGO, auch wenn der Klageantrag der Regelung des § 4 Abs. 3 S. 3 GlüStV nachgebildet ist. Öffentlich-rechtliche Vorschriften können als Marktverhaltensregelungen im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG im Rahmen von Wettbewerbsstreitigkeiten Bedeutung haben, ohne dass dies zur Unzulässigkeit des ordentlichen Rechtswegs führte.

Die Klage ist jedoch im Hilfsantrag unbegründet. Der Kläger macht gegen die Beklagten einen Leistungsanspruch („geeignete Maßnahmen zu ergreifen“) geltend. Ein Leistungsanspruch kann sich als Beseitigungsanspruch aus § 8 Abs. 1 UWG ergeben. Dieser setzt jedoch voraus, dass durch die Verletzungshandlung ein fortdauernder Störungszustand entstanden ist, der sich für den Verletzten als eine sich ständig erneuernde und fortwirkende Quelle der Störung darstellt (Köhler/Bornkamm, UWG, 28. Aufl., Rnr. 1.76 zu § 8 UWG). Diese Voraussetzungen

sind vorliegend nicht erfüllt.

Der Senat lässt die Revision nach § 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO zu, da die Oberlandesgerichte Naumburg, Hamm und Saarbrücken hinsichtlich der Frage des Rechtsmissbrauchs (§ 8 Abs. 4 UWG) und teilweise auch hinsichtlich der Klagebefugnis (§ 8 Abs. 3 UWG) eine abweichende Auffassung vertreten.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 20.000,00 € festgesetzt. Die höhere Festsetzung der ersten Instanz beruht darauf, dass dort zusätzlich ein Gewinnabschöpfungsanspruch nach § 10 UWG geltend gemacht wurde.