Private Glücksspielanbieter können gegen Wettbewerbsverstöße vorgehen

Eigener Leitsatz:

Die Klage eines niederländischen Glücksspielanbieters auf Grundlage des Glücksspielstaatsvertrags ist nicht rechtsmissbräuchlich, selbst wenn sich dieser während eigener Geschäftstätigkeit nicht an diese Vorschriften hält. Gegen wettbewerbswidrige Verstöße vorzugehen kann vom Markt ausgeschlossenen Privaten nicht versagt werden, da die zusätzlich zur Marktteilnahme genommene Möglichkeit, Geschäftspraktiken staatlich ausgewählter Anbieter einer gerichtlichen Überprüfung zuzuführen, verhältnismäßig nicht vereinbar ist.

Kammergericht Berlin

Urteil vom 12.08.2009

Az.: 24 U 40/09

Tenor

Auf die Berufung des Beklagten wird das am 03. März 2009 verkündete Urteil der Kammer für Handelssachen 102 des Landgerichts Berlin – 102 O 273/08 – teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

1. Der Beklagte wird verurteilt, es bei Meidung der Festsetzung eines Ordnungsgeldes in Höhe von 5.100,00 EUR oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten für jeden Fall der Zuwiderhandlung zu unterlassen, bei geschäftlichen Handlungen im Bereich des Glücksspielwesens für die Lotterie 6 aus 49

mit Werbetafeln, die den sogenannten LOTTO-Trainer mit dem

Text: “Der LOTTO-Trainer meint: Viel Glück!” abbilden, wie nachstehend wiedergegeben und am 20.09.2008 geschehen zu werben oder/und werben zu lassen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

2. Die weitergehende Berufung des Beklagten und die Anschlussberufung der Klägerin werden zurückgewiesen.

3. Von den Kosten des Rechtsstreits in der 1. Instanz haben die Klägerin 2/3, der Beklagte 1/3 zu tragen. Von den Kosten des Rechtsstreits in der 2. Instanz haben die Klägerin 3/5, der Beklagte 2/5 zu tragen.

4. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

5. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

A.

Gemäß § 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO wird auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil Bezug genommen. Ergänzend wird ausgeführt:

Mit der Berufung wendet der Beklagte sich in erster Linie gegen die Zulässigkeit, im Weiteren auch gegen die Begründetheit der Klage. Er vertieft seinen erstinstanzlichen Vortrag zum fehlenden Rechtsschutzbedürfnis der Klägerin und beruft sich dazu auf die Rechtsprechung des OLG Saarbrücken (Beschlüsse vom 30.03. und 07.05.2009 – Az.: 1 U 601/08-177). Den Unterschied zum unbeachtlichen “unclean hands” Einwand sieht der Beklagte vor allem darin, dass die Klägerin sich nicht nur selber wettbewerbswidrig verhalte, sondern angesichts ihrer gegen geltendes Recht verstoßenden Geschäfte überhaupt nicht als Wettbewerberin im Inland auftreten dürfe, so dass ein schutzwürdiges rechtliches Interesse der Klägerin an der begehrten Unterlassung nicht ersichtlich sei. Dies lasse den Schluss darauf zu, dass es ihr im Wesentlichen nicht darauf ankomme, den eigenen Wettbewerb zu fördern, sondern

vielmehr ihn ebenso wie andere Marktteilnehmer, die in Berlin eine Lottoannahmestelle für die Deutsche Klassenlotterie als Anstalt öffentlichen Rechts betrieben, im Wettbewerb zu behindern. Ein solches Verhalten sei rechtsmissbräuchlich. Der Klägerin fehle zudem die Aktivlegitimation.

Die Rechtsmissbräuchlichkeit des Verhaltens der Klägerin ergebe sich auch daraus, dass sie allein in Berlin – stets vertreten durch dieselben Rechtsanwälte – ohne nachvollziehbaren Grund für einen wirtschaftlich denkenden Unternehmer eine Mehrzahl von Annahmestellen (insgesamt vier weitere Hauptsache- und ein einstweiliges Verfügungsverfahren gegen Betreiber von Einzelannahmestellen) wegen vergleichbarer Verstöße in getrennten Verfahren zunächst durch eine kostenträchtige Abmahnung und sodann auch gerichtlich in Anspruch genommen habe, anstatt sich auf ein gerichtliches Vorgehen – wie in den vom Senat zwischenzeitlich entschiedenen einstweiligen Verfügungsverfahren zu den Geschäftsnummern 24 U 145/08 und 24 U 168/08 geschehen – gegen die Deutsche Klassenlotterie Berlin als Landeslotteriegesellschaft zu beschränken.

Für das fehlende Rechtsschutzbedürfnis der Klägerin spreche zudem der Umstand, dass sie in Verfahren, in denen sie von Dritten selbst auf Unterlassung in Anspruch genommen worden sei, wie etwa in Niedersachsen, stets vorgetragen habe, selbst nicht an die Vorschriften des Glücksspielstaatsvertrages gebunden zu sein, weil dieses Gesetzeswerk insgesamt europarechtswidrig sei. Es sei lauterkeitsrechtlich äußerst bedenklich und dementsprechend rechtsmissbräuchlich, dass ein Wettbewerber aus einem Gesetz vorgehe, dass er selbst für europarechtswidrig erachte und an das er sich erwiesenermaßen nicht halte.

In der Sache ist der Beklagte der Ansicht, dass der auf einem Aufsteller abgebildete lächelnde Lottotrainer mit dem Text: “ Der LOTTO-Trainer meint: Viel Glück!” nicht gegen das Sachlichkeitsgebot des § 5 Abs. 2 GlüStV verstoße und

dementsprechend zulässig sei. Er verweist dazu auf eine Entscheidung des VGH Bayern (Urteil vom 18.12.2008, Az.: 10 BV 07.774, Rdnr. 89, zitiert nach juris), wonach nicht jede Art von Sympathiewerbung nach § 5 Abs. 1 und 2 GlüStV verboten sei. Es sei nicht nachvollziehbar, was an der Aussage "Viel Glück" und der Abbildung eines freundlich lächelnden LOTTO-Trainers unsachlich sein solle. Es handele sich insoweit um eine reine Sympathiebekundung gegenüber dem Kunden. Die Betonung des unbeeinflussbaren Wesenselements des Glücks sei gerade nicht mit dem des Erfolges gleich zu setzen. Insofern gehe die Interpretation des Landgerichts, das beides gleich setze und daraus einen entsprechenden Aufforderungscharakter ableite, fehl.

Markennamen und –abbildungen stellen nach Ansicht des Beklagten keine Werbung im Sinne des § 5 Abs. 1 GlüStV dar. Es bedürfe dementsprechend auch keines Hinweises nach § 5 Abs. 2 Satz 3 GlüStV.

Soweit die Klägerin mit der Anschlussberufung ihren Antrag auf Untersagung des Vertriebs und der Bewerbung der von dem Beklagten vertriebenen Glücksspielprodukte in öffentlich zugänglichen Ladenlokalen in Zusammenhang mit Alltagsprodukten, insbesondere Süßwaren, weiter verfolge, sei dieser Antrag unbegründet. Es fehle an einer gesetzlichen Grundlage für ein solches Verbot, zumal das Bundesverfassungsgericht gegen diese in Deutschland übliche Vertriebsform staatlicher Lotteriegesellschaften keine Einwände erhoben habe und die Berliner Suchtverbände die fehlende Trennung von Glücksspielprodukten und Einzelhandel nicht als problematisch ansähen, soweit Süßwaren nicht gezielt als Lockangebote eingesetzt würden. Er sei zudem in seinem Vertrauen auf den Bestand der nach § 8 Abs. 3 AGGlüStV durch das Land Berlin erteilten Genehmigung schutzwürdig.

Der Beklagte beantragt,

das Urteil der Kammer für Handelssachen 102 des Landgerichts

Berlin vom 03. März 2009 – Az.: 102 O 273/08 – aufzuheben, soweit zum Nachteil des Beklagten erkannt worden ist, und die Klage insgesamt abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung des Beklagten zurückzuweisen

und

– im Wege der Anschlussberufung –

das Urteil der Kammer für Handelssachen 102 des Landgerichts Berlin vom 03. März 2009 – Az.: 102 O 273/08 – abzuändern, soweit zum Nachteil der Klägerin erkannt worden ist, und den Beklagten ergänzend zu verurteilen,

es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung zu verhängenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 EUR, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten zu unterlassen, bei geschäftlichen Handlungen im Bereich des Glücksspielwesens für die Lotterie 6 aus 49 oder andere Glücksspielprodukte in öffentlich zugänglichen Ladenlokalen zu werben oder /und zu vermitteln oder/und diese Handlungen durch Dritte vornehmen zu lassen, wenn dies im Zusammenhang mit Alltagsprodukten, nämlich mit einem Süßwarenangebot bzw. ohne Abtrennung von solchen erfolgt, wie am 20.09.2008 geschehen und nachstehend beispielhaft wiedergegeben.

Die Klägerin verteidigt das erstinstanzliche Urteil, soweit darin auf die Unzulässigkeit der Werbung auf Straßenaufstellern mit dem lächelnden Lottotrainer und der Aufschrift “Viel Glück” und die Unzulässigkeit der Werbung durch Fassadenleuchtmittel mit dem Aufdruck “Kleeblatt (fig.) Lotto” ohne Hinweis auf das Verbot der Teilnahme Minderjähriger und die von dem Glücksspiel ausgehende Suchtgefahr oder/und Hilfsmöglichkeiten durch den Beklagten erkannt worden ist.

Das Landgericht Saarbrücken habe in seiner Entscheidung wahrheitswidrig unterstellt, dass sie ihre Produkte über das Internet vertreibe. Dies sei unzutreffend. Sie stelle nur ihre Produkte im Internet vor, unterhalte aber keinen Internetvertrieb. Dies werde auch von der Beklagten nicht behauptet. Der Vorwurf einer "völlig illegalen" geschäftlichen Betätigung ihrerseits sei nicht nachvollziehbar. Der Beklagte habe nicht dargelegt, dass sie den Bestimmungen des Glücksspielstaatsvertrages unterliege.

Ihr mit der Anschlussberufung weiter verfolgtes Begehren auf Untersagung des Vertriebs und der Bewerbung der von dem Beklagten vertriebenen Glücksspielprodukte in öffentlich zugänglichen Ladenlokalen in Zusammenhang mit Alltagsprodukten, insbesondere Süßwaren, stützt die Klägerin auf § 10 Abs. 1 und Abs. 2 GlüStV, wonach staatliches Glücksspiel der Erreichung der Ziele des § 1 GlüStV dienen müsse und Werbung für öffentliches Glücksspiel nicht im Widerspruch zu § 1 GlüStV stehen dürfe, sowie auf § 1 Nr. 3 GlüStV. Die in dem Antrag bezeichnete Ladengestaltung des Beklagten widerspreche diesen Zielen. Indem Jugendliche beim Kauf von Süßwaren zum einen direkt die Werbung für öffentliches Glücksspiel wahrnähmen, die von den Transaktionsterminals ausgingen, und zum anderen unfreiwillig zum Beobachter von Glücksspieltransaktionen gemacht würden, die öffentliches Glücksspiel als sozialtypisch und nicht gerade sozial unwertig erschienen ließen, würden geschäftliche Handlungen vorgenommen, die nicht mehr mit den Zielen des § 1 GlüStV vereinbar seien. Dass durch die angegriffene Gestaltung des Produktabsatzes ein problembehaftetes Spielen ausgeschlossen sei, habe der Beklagte weder behauptet, noch unter Beweis gestellt. Da es sich um einen Vertrieb nach § 10 Abs. 1 GlüStV handele, sei es aber seine Sache gewesen, darzulegen und zu beweisen, dass die objektiv dargelegte und dem Beklagten auch bekannte angegriffene Werbe- und Vertriebsform (griffbereites Süßwarenangebot in unmittelbarer Nähe zum Transaktionsterminal für öffentliches Glücksspiel)

nicht den Zielen des § 1 GlüStV zuwider laufe.

B.

I. Die Berufung des Beklagten ist zulässig. Sie wurde formgerecht (§ 519 ZPO) innerhalb der Berufungsfrist des § 517 ZPO eingelegt und gemäß § 520 ZPO form- und fristgerecht begründet.

Die Anschlussberufung der Klägerin ist ebenfalls zulässig. Sie wurde form- und fristgerecht innerhalb der nach § 521 Abs. 2 ZPO gesetzten Frist zur Berufungserwiderung und damit rechtzeitig eingelegt und begründet (§ 524 Abs. 2 und 3 ZPO).

II. Die Berufung des Beklagten ist auch begründet, soweit sie sich gegen die Verurteilung zu Ziffer 1.b) des landgerichtlichen Urteils (Unterlassung der Werbung mit Fassadenleuchtmittel mit dem Aufdruck “Kleeblatt (fig.) Lotto”) richtet, im Übrigen ist sie unbegründet. Die Anschlussberufung der Klägerin ist unbegründet.

1. Entgegen der Rechtsansicht des Beklagten scheitert die Zulässigkeit der Klage nicht bereits an dem fehlenden Rechtsschutzbedürfnis und der vermeintlichen Rechtsmissbräuchlichkeit der Klage. Insoweit schließt sich der Senat den Ausführungen des Landgerichts an. Sie stehen im Einklang mit der Rechtsprechung des Senats, der bereits in den vorausgegangenen einstweiligen Verfügungsverfahren gegen die Deutsche Klassenlotterie Berlin (DKLB) AöR Gelegenheit hatte, zu diesen Fragen ausführlich Stellung zu nehmen (vgl. Urteile des Senats vom 30.03.2009, 24 U 145/08 und 24 U 168/08, jeweils unter II.B. 1.1. und 1.2.).

1.1. Anders als hier wurden dort aber nicht die Betreiber einzelner Annahmestellen, sondern die Deutsche Klassenlotterie Berlin (DKLB) selbst in Anspruch genommen, die sich im Rahmen ihres Vertriebssystems zahlreicher Annahmestellen wie der des Beklagten bedient und nach § 8 Abs. 2 UWG für deren Verhalten verantwortlich ist, im Falle der Verurteilung also durch

angemessene und effektive Organisationsmaßnahmen für die Umsetzung der Verbotsverfügungen innerhalb ihres Vertriebssystems zu sorgen hat. Insofern war der sich daraus ergebende Bündelungseffekt hinreichendes Argument für die Verneinung der Rechtsmissbräuchlichkeit in dortigen einstweiligen Verfügungsverfahren. Dass die Klägerin sich entschlossen hat, daneben auch 6 Einzelannahmestellen wegen vergleichbarer Verstöße in Anspruch zu nehmen, kann aus Sicht des Senats im Hinblick auf bis zu 1.100 in Berlin zugelassene Annahmestellen (§ 8 Abs. 6 Berliner AG GlüStV) noch nicht als rechtsmissbräuchlich angesehen werden. Insofern muss in Rechnung gestellt werden, dass es sich beim Glückspielstaatsvertrag um eine relativ neue gesetzliche Regelung handelt und eine obergerichtliche Rechtsprechung zur Auslegung dortiger Vorschriften sich noch nicht etabliert hat. Sowohl unter dem Gesichtspunkt anwaltlicher Vorsorgepflicht als auch unter Kosten/Nutzen-Gesichtspunkten ist es dementsprechend nachvollziehbar, dass die Klägerin das Risiko einer Zurückweisung ihrer Antragsbegehren verteilt und sich nicht auf ein oder zwei Verfahren gegen die staatliche Lotteriegesellschaft beschränkt. Das Betreiben sechs weiterer Verfahren gegen einzelne Annahmestellen kann insoweit als noch angemessen angesehen werden.

1.2. Auch das Argument des Beklagten, die zur Rechtsmissbräuchlichkeit ihrer Klage führende ausschließliche Absicht der Klägerin, ihn im Wettbewerb zu behindern beziehungsweise zu schädigen, folge bereits daraus, dass es ihr nicht um die Entfaltung ihrer eigenen werblichen Tätigkeit im Rahmen der geltenden Gesetze in Deutschland, sondern um die Beseitigung des staatlichen Monopols für den Glücksspielmarkt in Deutschland ginge, überzeugt nicht. Wie der Senat dazu bereits in seinen oben zitierten Entscheidungen vom 30.03.2009 ausgeführt hat, kann ein solches Ziel der Klägerin als Argument dafür, ihr beim Vorgehen gegen einzelne Wettbewerbsverstöße staatlicher Wett- und Glücksspielveranstalter pauschal rechtsmissbräuchliche

Absichten zu unterstellen, nicht herhalten. Würde man sämtlichen Marktteilnehmern, die sich gerichtlich gegen das staatliche Wett- und Glücksspielmonopol zur Wehr setzen oder zur Wehr gesetzt haben oder ein wirtschaftliches Interesse an dessen Beseitigung haben, eine eigene Klagebefugnis in Bezug auf einzelne Wettbewerbsverstöße der staatlichen Wett- und Glückspielveranstalter absprechen, gäbe es kaum noch Möglichkeiten, die Vertriebs- und Werbemethoden dieser Unternehmen einer gerichtlichen Überprüfung zuzuführen. Das kann nicht im Interesse eines effektiven Rechtsschutzes sein, zumal die verfassungs- und europarechtliche Zulässigkeit des staatlichen Glücksspielmonopols (§ 5 Abs. 1 AG GlüStV) ebenso wie die des staatlichen Wettmonopols an eine konsequente Umsetzung seines damit verfolgten Ziels der Suchtbekämpfung geknüpft sind (zu den Erfordernissen einer Vereinbarkeit mit der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 43 und 49 EG vgl. EuGH, Rs. C-243/01, Urt.v. 6.11.2003 – Gambelli, EuZW 2004, 115, 116 Rnrn. 62, 67, 69; Rs. C-338/04, C-359/04, C-360/04, Urt.v. 06.03.2007 – Placanica, EuZW 2007, 209, 212 Rnr. 53); zu den Erfordernissen einer Vereinbarkeit mit Art. 12 Abs. 1 GG vgl. Grundsatzurteil des BVerfG vom 28.03.3006 – 1 BvR 1054/01, ZfWG 2006,16, 30, Rdnrn. 142-157).

An dieser Rechtsansicht hält der Senat auch nach den ergänzenden Ausführungen des Beklagten in der Berufungsbegründungsschrift vom 29. Mai 2009 fest. Soweit dort im Anschluss an die zitierten Entscheidungen des Saarländischen Oberlandesgerichts ein über den materiell-rechtlichen, die Aktivlegitimation betreffenden “unclean hands” Einwand (vgl. BGH GRUR 2005, 519) hinausgehendes rechtsmissbräuchliches Verhalten der Klägerin behauptet wird, kann sich der Senat den daraus gezogenen rechtlichen Schlussfolgerungen des Beklagten nicht anschließen. Vorausgeschickt sei zunächst, dass die Aussage, der Klägerin sei von vornherein jede Geschäftstätigkeit auf dem Berliner Glücksspielmarkt untersagt, soweit sie nicht Konzessionsnehmerin des Landes Berlin im Sinne des § 4 Abs. 1

GlüStV ist, nicht zutrifft. Dies folgt bereits aus § 5 Abs. 1 Satz 3 des Berliner AG GlüStV, wonach Lotterien mit geringem Gefährdungspotential nach dem dritten Abschnitt des Glücksspielstaatsvertrages auch von Dritten veranstaltet werden dürfen. Selbst wenn die Klägerin sich bei ihrer Geschäftstätigkeit auf dem Deutschen bzw. Berliner Glücksspielmarkt nicht im Rahmen dieser Vorschriften hält, kann ihr deshalb nicht versagt werden, die Gerichte wegen entsprechend wettbewerbswidriger Verstöße der staatlichen Lotteriegesellschaft oder deren Annahmestellen in Anspruch zu nehmen. Der Gesetzgeber in Deutschland hat sich ausweislich des im Glücksspielstaatsvertrag niedergelegten Regelungswerkes hinsichtlich der Organisation des Glücksspielmarktes für ein restriktives Überwachungssystem entschieden, indem er die Veranstaltung von Glücksspielen, Sportwetten etc. unter größtmöglichem Ausschluss privater Wettbewerbsteilnehmer weitgehend in staatliche Hände gelegt hat. Verfassungs- und europarechtlich kann dies im Hinblick auf Art. 12 GG und die europäischen Grundfreiheiten (Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit) nur mit dem verfasungs- und europarechtlich als schutzwürdig angesehenen Ziels des Schutzes der Volksgesundheit gerechtfertigt werden. Jede auf dieses Ziel gegründete einfachgesetzliche Beschränkung hat sich indes im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgebots zu halten, d.h. die ergriffenen Maßnahmen müssen geeignet, erforderlich und angemessen sein, um verfassungs- und europarechtlich entsprechenden Überprüfungen stand halten zu können. Entscheidend dafür sind nicht nur die in einem Gesetz insoweit vorgesehenen Instrumentarien. Vielmehr muss auch ihre praktische Umsetzung sich an den genannten Maßstäben messen lassen. Das setzt ein funktionierendes Überprüfungssystem, das nicht nur in der Exekutive, sondern in der Judikative verankert ist, voraus. Eine Rechtsprechungspraxis, die dem staatlichen Glücksspielmonopol in einer Weise zur Durchsetzung verhilft, dass aufgrund der restriktiven Gesetzeslage vom deutschen Glücksspielmarkt ausgeschlossene private Marktteilnehmer zusätzlich die Möglichkeit genommen wird, die

als bedenklich erkannten Praktiken staatlich gelenkter Anbieter einer gerichtlichen Überprüfung auf ihre Gesetzmäßigkeit zuzuführen, und damit eine gerichtliche Überprüfung praktisch nahezu ausschließt, ist deshalb mit dem Verhältnismäßigkeitsgebot nicht vereinbar.

2. Der Klageantrag ist auch begründet, soweit er sich gegen die Werbung mit dem lachenden LOTTO-Trainer mit dem Text: “Der LOTTO-Trainer meint “Viel Glück!” auf Werbetafeln richtet. Im Übrigen ist er unbegründet.

2.1. Die Klägerin ist aktiv legitimiert. Sie ist als Mitbewerberin des Beklagten nach Maßgabe des § 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 UWG berechtigt, Unterlassungsansprüche gegen den Beklagten geltend zu machen. Denn in Bezug auf das streitgegenständliche Angebot zur Teilnahme an dem Glücksspiel “LOTTO” besteht zwischen den Parteien ein konkretes Wettbewerbsverhältnis im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG. Soweit es das tatsächliche Bestehen eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen den Parteien angeht, wird insoweit auf die Ausführungen des Landgerichts, die von der Berufung nicht gesondert angegriffen werden, Bezug genommen. Sie stehen im Einklang mit der Rechtsprechung des Senats in den zitierten vorausgegangenen einstweiligen Verfügungsverfahren. Letztere beziehen sich zwar auf das Verhältnis zwischen der Klägerin und der Deutschen Klassenlotterie Berlin als Landeslotteriegesellschaft, gelten aber im Verhältnis zum Beklagten entsprechend.

Vor dem Hintergrund eines möglichen Wettbewerbsverhältnisses führt der “unclean-hands” Einwand, wie der Senat bereits in seinen vorausgehenden Entscheidungen zu 24 U 145/08 und 24 U 168/08 ausgeführt hat, nicht zum Erfolg. Der Einwand, der Gläubiger handele in vergleichbarer Weise wettbewerbswidrig, ist nämlich immer dann von vornherein unbeachtlich, wenn durch den Wettbewerbsverstoß nicht lediglich Interessen des einzelnen Mitbewerbers, sondern auch der Allgemeinheit berührt sind (vgl. KG, GRUR 2002, 93, 94). Das ist hier der Fall. Es

geht nämlich bei den zu beachtenden Einschränkungen der Werbung für den Bereich des Glückspiels gemäß § 5 GlüStV unter Berücksichtigung des Regelungszwecks des GlüStV um die Bekämpfung der Spielsucht und damit um Aspekte der Volksgesundheit und des auch aus Sozialstaatsgründen im Interesse der Allgemeinheit liegenden Schutzes Suchtabhängiger vor Ausbeutung (OLG Oldenburg, GRUR-RR 2009, 67, 69). Allerdings verfolgt der Beklagte diesen Einwand auch nicht in seiner herkömmlichen Form in der Berufungsinstanz weiter, sondern macht im Anschluss an die von ihm zitierten Entscheidungen des Saarländischen Oberlandesgerichts eine darüber hinausgehende Rechtsmissbräuchlichkeit des Verhaltens der Klägerin geltend. Insoweit verweist der Senat auf seine Ausführungen zur Zulässigkeit der Klage unter II.1.2. seiner Entscheidungsgründe.

2.2. Die von der Klägerin beanstandete Werbung mit dem lachenden LOTTO-Trainer verstößt gegen § 5 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 GlüStV, so dass sie als unlauter im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG anzusehen ist und der Klägerin ein entsprechender Unterlassungsanspruch nach § 8 Abs. 1 i.V.m. § 3 Abs. 1 UWG gegen den Beklagten zusteht. Insoweit schließt sich der Senat den zutreffenden Ausführungen des Landgerichts an. Der Rechtsansicht des Beklagten, dass sich die streitgegenständliche Aufmachung der Werbetafel im Rahmen des Sachlichkeitsgebots des § 5 Abs. 2 Satz 1 GlüStV halte und dementsprechend zulässig sei, kann sich der Senat nicht anschließen.

Nach § 5 Abs. 1 GlüStV hat sich der zulässige Inhalt einer Werbung für Glücksspiel auf schlichte Information und die Aufklärung über die Möglichkeit zum Glücksspiel zu beschränken. Diese Beschränkung wird durch § 5 Abs. 2 Satz 1 GlüStV dahin gehend konkretisiert, dass eine – grundsätzlich zulässige – Werbung nicht gezielt zur Teilnahme am Glücksspiel auffordern, anreizen oder aufmuntern darf. Da jede Art von Werbung eine gewisses Aufforderungs- bzw. Anreizmoment

immanent ist, richtet sich dieses Verbot vor allem gegen unangemessene und unsachliche Werbung. Ausgeschlossen werden sollte vor allem eine unmittelbare und "gezielte", also in erster Linie auf die Spielteilnahme ausgerichtete Appellfunktion (Hecker/Ruttig in Dietlein/Hecker/Ruttig, Glücksspielrecht, München 2008, § 5 GlüStV Rdnr. 22). Dass der streitgegenständlichen Aufmachung der Werbetafel eine entsprechende Appellfunktion zukommt, hat das Landgericht in seiner Entscheidung nachvollziehbar dargelegt. Dabei in Rechnung zu stellen ist, dass sich die Werbetafel mit dem lachenden LOTTO-Trainer und der Aufschrift "Viel Glück" nicht vornehmlich an Personen richtet, die das Ladenlokal betreten und ihre Spielabsicht durch Ausfüllen eine Lottoscheins kund getan haben, sondern an Passanten, die erst noch auf die Idee der Spielteilnahme gebracht werden sollen.

Mit den vom Beklagten zitierten ordnungsrechtlichen Entscheidungen des VGH Bayern ist der vorliegende Fall nicht vergleichbar. In der Entscheidung vom 18.12.2008 – Az.: 10 BV 07.558 – ging es um die Frage, ob die Mitteilung des Höchstgewinnbetrages eine gegen das Sachlichkeitsverbot verstoßende Werbung darstellt. Dies hat der VGH Bayern unter Hinweis auf das insoweit bestehende Informationsinteresse des Verbrauchers verneint. Dieser insoweit in der Rechtsprechung nahezu einheitlich vertretenen Rechtsansicht hat sich auch der erkennende Senat in seiner Entscheidung 24 U 145/08 vom 30.09.2009 angeschlossen. In der Entscheidung vom 18.12.2008, 10 BV 07.774 Rdnr. 89, zitiert nach juris, ging es um die Frage, ob sachliche Informationen mit zusätzlichen positiven Additiven verknüpft werden dürfen. Auch das hat der Bayerische VGH im Hinblick auf das ansonsten unterlaufene Ziel des § 1 Nr. 2 GlüStV, das Spielgeschehen in geordnete Bahnen zu lenken, bejaht und es als genügend angesehen, wenn die Werbung eine sachliche Botschaft hat und die werbetypische Umrahmung nicht gezielt zum Mitspielen anreizt. Unbedenklich erschien es dem Bayerischen VGH danach, wenn die staatlichen Lotteriegesellschaften auch damit werben, dass sie als

Sponsoren in kulturellen, künstlerischen oder sportlichen Bereichen tätig sind. An einer solchen sachlichen Information fehlt es aber im vorliegenden Fall gerade. Die angegriffene Werbetafel hat jedenfalls vornehmlich das Ziel, Unbeteiligte oder Unentschlossene gezielt zum Spiel aufzufordern. Damit verstößt sie gegen das Sachlichkeitsgebot des § 5 Abs. 2 GlüStV. Inwiefern das Begriffspaar "Viel Glück!" dabei weniger anreizend wirken soll als das Begriffspaar "Viel Erfolg!" erschließt sich dem Senat nicht.

2.3. Entgegen der Rechtsansicht des Landgerichts steht der Klägerin ein Unterlassungsanspruch in Bezug auf die Werbung durch Fassadenleuchtmittel mit dem Aufdruck "Kleeblatt (fig.) Lotto" an der Fassade des Geschäftslokals des Beklagten gemäß §§ 3, 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 5 Abs. 2 GlüStV nicht zu.

Hinsichtlich der Frage, ob das Lottokleeblatt Werbung im Sinne des § 5 Abs. 1 GlüStV darstellt, folgt der Senat der Rechtsansicht des Landgerichts und schließt sich dortigen Ausführungen zum Werbegriff und dazu, dass das Lottokleeblatt darunter fällt, an. Dies erscheint angesichts des weiten, vom Landgericht im Einklang mit der zitierten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zutreffend zugrunde gelegten Werbebegriffs aus Art. 2 lit. a) der Irreführungsrichtlinie 2006/114/EG geboten. Allerdings folgt der Senat der daraus gezogenen rechtlichen Schlussfolgerung, dass sich dementsprechend Schutzhinweise nach § 5 Abs. 2 Satz 2 GlüStV auf den Werbeträgern selbst zu befinden hätten, nicht.

Unabhängig davon, ob in der Lottoannahmestellen des Beklagten überhaupt die erforderlichen Warn- und Schutzhinweise – wenn auch nicht auf den inkriminierten Werbeträgern selbst – erteilt wurden, kann der Klageantrag so wie er gestellt und gemeint ist, nämlich ohne dahingehende Präzisierung, keinen Erfolg haben. Für die reine Image- oder Aufmerksamkeitswerbung, also die bloße Wiedergabe einer Marke oder eines sonstigen Unternehmenszeichens ist anerkannt, dass gesetzliche Aufklärungspflichten hier nicht oder nur

vermindert greifen, weil diese Werbeformen so gut wie nie geeignet sind, die Rationalität der Nachfrageentscheidung zu beeinträchtigen und es an einer konkreten Einflussnahme auf die Nachfrageentscheidung fehlt (Köhler, a.a.U., § 4 UWG, Rnr. 1.155; Lindacher, FS Tilmann, 2003, 195, 203; Hecker/Ruttig, Glücksspielrecht, § 5 GlüStV, RNr. 44). Eine eindeutige Aussage dazu, wo sich die Warn- und Schutzhinweise des § 5 Abs. 2 S. 3 GlüStV zu befinden haben, lässt sich dieser Vorschrift anders als der des § 7 GlüStV nicht entnehmen. Da § 5 Abs. 2 S. 3 GlüStV eine "informierte" Entscheidung des Kunden ermöglichen will, kann daraus gefolgert werden, dass die Information über Suchtgefahren, Schutzmöglichkeiten und Minderjährigenschutz jedenfalls so rechtzeitig zu erteilen ist, dass ein durchschnittlich informierter, (situationsadäquat) aufmerksamer und verständiger Kunde sie bei seiner Entscheidung über die Teilnahme berücksichtigen kann. Bei Marken- und Firmenzeichen, die im Wesentlichen lediglich der Orientierung des Kunden dienen, wo er eine Lottoannahmestelle finden kann, ist es danach ausreichend, wenn er diese Hinweise in der Lottoannahmestelle selbst vorfindet und wahrnehmen kann, bevor er zum Ausfüllen oder zur Abgabe eines ausgefüllten Lottoscheins schreitet. Selbst wenn man dieser Auslegung des § 5 Abs. 2 S. 3 GlüStV nicht folgen wollte, würde die Bewertung als unlautere geschäftliche Handlung im Sinne des § 3 Abs. 1 UWG bei im Übrigen ausreichend erfolgter Aufklärung in der Lottoannahmestelle selbst jedenfalls an der dort aufgestellten Erheblichkeitsgrenze scheitern.

Weiteres rechtliches Gehör zu diesem Antrag war der Klägerin entgegen ihres Hinweises auf BGH-AKEDEMIKS, Urteil vom 10.01.2008 – I ZR 38/05 -, GRUR 2008, 621-615, nicht zu gewähren. Unter dortiger Randnummer 41 (zitiert nach juris) hat der Bundesgerichtshof ausgeführt, dass das Berufungsgericht nach § 139 Abs. 1 ZPO verpflichtet gewesen wäre, auf das Fehlen des Sachvortrags hinzuweisen, wenn es entgegen der vom Landgericht vertretenen Ansicht das

Klagevorbringen nicht als schlüssig hätte ansehen wollen. Um einen solchen Fall unzureichenden Sachvortrags geht es vorliegend aber nicht. Der Sachantrag der Klägerin hätte in der bewusst ohne Einschränkung gestellten Form auch bei weiteren Sachausführungen nicht zum Erfolg geführt werden können. Seine Begründetheit scheitert nicht an fehlendem Sachvortrag, sondern schlicht daran, dass der Senat die diesbezügliche Rechtsansicht der Klägerin nicht teilt. Im Übrigen war der Klägerin die hierzu vertretene Rechtsansicht des Senats aus der mündlichen Verhandlung zu dem einstweiligen Verfügungsverfahren – 24 U 40/09 – vom 30. März 2009, in der die Klägerin einen vergleichbaren Antrag auf Hinweis des Senats zurückgenommen hat, hinlänglich bekannt.

2.4. Soweit die Klage sich gegen den Vertrieb der Glücksspielprodukte des Beklagten in öffentlich zugänglichen Ladenlokalen im Zusammenhang mit Alltagsprodukten, insbesondere Süßwaren richtet, steht der Klägerin ein Unterlassungsanspruch nach §§ 3, 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 5 GlüStV nicht zu. Insoweit schließt sich der Senat den ausführlichen und überzeugenden Ausführungen des Landgerichts an. Der Senat selber hat dazu in seiner Entscheidung vom 30.03.2009 – 24 U 145/08 – ausgeführt:

“Soweit sich der Antrag der Klägerin gegen die Bewerbung der Produkte der Beklagten in öffentlich zugänglichen Ladenlokalen im Zusammenhang mit und ohne Abtrennung von einem Süßwarenangebot richtet, vermag der Senat einen Verstoß gegen den insoweit als verletzte Marktverhaltensregel im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG in Betracht kommenden § 5 Abs. 2 GlüStV nicht zu erkennen.

§ 5 Abs. 2 Satz 2 GlüStV trägt dem Jugendschutz, den die Klägerin durch die angegriffene Werbung bedroht sieht, Rechnung. Danach ist solche Werbung unzulässig, die sich an Minderjährige und vergleichbar gefährdete Zielgruppen richtet. Die Klägerin hat keine bestimmten Werbemaßnahmen benannt, sondern wendet sich mit ihrem Antrag gegen die Platzierung der

Werbung in unmittelbarer Nähe und ohne räumliche Trennung von einem Süßwarenangebot insgesamt. Allein aus der Platzierung der Werbung inmitten eines Süßwarensortiments lässt sich aber eine solche Zielrichtung nicht ableiten. Werbung richtet sich nämlich nicht schon dann an bestimmte Adressaten, wenn diese sie, ungeachtet ihres Inhalts, nur zufällig wahrnehmen können. Die zielgerichtete Ansprache der fraglichen Zielgruppe muss sich vielmehr aus dem Inhalt der Werbung ergeben. Daran fehlt es vorliegend.

Soweit die Klägerin mit ihrem Antrag zu 3 c) die allgemeinen Vertriebsmethoden der Beklagten angreift, ihre Angebote zur Teilnahme an Glückspielen, Lotterien und Sportwetten über Ladenlokale zu vertreiben, in denen auch andere Lebens- und Genussmittel verkauft werden, und insbesondere die räumliche Trennung des Glückspielangebots von Süßwarenangeboten fordert, ist eine Rechtsgrundlage für einen solchen Unterlassungsanspruch nicht ersichtlich. Weder der Glückspielstaatvertrag selbst, noch die vom Land Berlin erlassenen Ausführungsvorschriften im AG GlüStV enthalten Regelungen dazu, wie die Zusammensetzung des Warenangebots einer Annahmestelle oder – über die Beschränkung der zulässigen Art der Bewerbung hinausgehend – die Art und Weise der Warenpräsentation zu gestalten ist.

Insoweit liefern auch die Ausführungen der Klägerin zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sowie zum fehlenden Jugendschutz insbesondere durch die Präsentation von Glücksspielangeboten als ”Gut des täglichen Lebens” keine Ansatzpunkte für die Annahme eines verbotswidrigen Verhaltens der Beklagten. Zu der Frage, ob der Gesetzgeber hierzu angesichts der Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts in seiner Sportwettentscheidung eine gesetzliche Regelung hätte treffen müssen, mag es unterschiedliche Rechtsansichten geben. Der Gesetzgeber hat eine entsprechende Regelung jedenfalls nicht für erforderlich gehalten, so dass ein entsprechender Rechtsbruch der Beklagten im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG, nicht

festgestellt werden kann. Ein solcher kann allein aus den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts in seiner Grundsatzentscheidung vom 28.03.2006 nicht abgeleitet werden. Diese richten sich ausschließlich an den Gesetzgeber und können über allgemeine Rechtsbegriffe Eingang in die einfachgesetzliche Rechtsauslegung finden. Eine unmittelbare Anwendung gegenüber der Beklagten kommt nicht in Betracht.

Ein wettbewerbswidriges Handeln im Sinne des § 3 Abs. 1 UWG läge allerdings vor, wenn gerade durch den Vertrieb im Zusammenhang mit einem Süßwarenangebot erhebliche Spielanreize gesetzt würden und dadurch Personengruppen, insbesondere Minderjährige, zur Teilnahme an der Lotterie verführt würden, die sonst nicht an einem Glücksspiel teilgenommen hätten. Für einen solchen Zusammenhang gibt es indes keine Anhaltspunkte. Die von der Beklagten eingereichte Pressemitteilung der Fachstelle für Suchtprävention im Land Berlin vom 02.10.2008 spricht gegen einen solchen Zusammenhang. Danach wird das gemeinsame Angebot von Süßwaren und Glückspiel erst dann problematisch, wenn die Süßwaren als Lockangebote eingesetzt werden. Dies wird aber selbst von der Klägerin nicht behauptet und auch durch die von ihr eingereichten Fotos nicht nahe gelegt, die lediglich die beengten räumlichen Verhältnisse in einer Lotterieannahmestelle im Vertriebssystem der Beklagten belegen. Ein solches Lockangebot würde im Übrigen auch keinen Sinn machen, weil entsprechende Umsätze jedenfalls am Verbot der Glücksspielteilnahme Minderjähriger gemäß § 4 Abs. 3 Satz 2 GlüStV scheitern würden.

Auch ein Verstoß gegen § 3 Abs. 2 UWG n.F. und die dort genannte fachliche Sorgfalt durch die Vertriebspraxis der Beklagten ist nicht ersichtlich. Die Regelung dient der Umsetzung von Art. 5 Abs. 2 lit a der UGP-Richtlinie. Danach ist eine Geschäftspraxis unlauter, ”wenn sie den Erfordernissen der beruflichen Sorgfalt widerspricht”. ”Fachliche Sorgfalt” ist nach § 2 Abs. 1 Nr. 7 UWG n.F. ”der Standard an Fachkenntnissen und Sorgfalt, von dem

billigerweise angenommen werden kann, dass ein Unternehmer ihn in seinem Tätigkeitsbereich gegenüber Verbrauchern nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Marktgepflogenheiten einhält". Auch wenn die Bedeutung des Begriffs in seinen Nuancen europarechtlich noch nicht abschließend geklärt ist, kann davon ausgegangen werden, dass damit im Wesentlichen an den in den meisten Mitgliedstaaten bekannten Begriff des "ordnungsgemäßen Geschäftsgebarens" oder der "Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns" (vgl. § 347 HGB), wie er unter der Geltung des alten UWG von der Generalklausel des § 3 UWG erfasst wurde, angeknüpft werden sollte (vgl. dazu Köhler, a.a.O., UWG § 3 Rnr. 40). Dass die häufig anzutreffende fehlende räumliche Trennung von Glücksspiel- und anderen Produkten in den Vertriebsstätten der Beklagten dem ordnungsgemäßen Geschäftsgebaren oder der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zuwider liefen, kann mangels Vorlage ausreichender wissenschaftlicher Studien dazu, dass das gemeinsame Angebot von Süßwaren und Glücksspielprodukten den Jugendschutz im Glücksspielrecht tatsächlich in erheblicher Weise beeinträchtigt, nicht unterstellt werden."

Auch im Hinblick auf die Ausführungen der Klägerin in der Berufungsinstanz sieht der Senat keine Veranlassung, von seiner dargestellten Rechtsposition Abstand zu nehmen. Das Bundesverfassungsgericht hat die von staatlichen Lotteriegesellschaften bevorzugte und über Jahrzehnte gepflegte Vertriebsform über überwiegend kleine Lotto-Annahmestellen, die auch Alltagswaren, insbesondere Zeitschriften und Süßigkeiten, anbieten und die sich in das allgemeine Straßenbild und Volksbewusstsein eingeprägt haben, nicht beanstandet. Auf europarechtlicher Ebene ergeben sich insoweit wegen des Gleichlaufs der Prüfung bei der Verletzung der Grundfreiheiten keine Besonderheiten. Dementsprechend hat auch der Gesetzgeber keine Veranlassung gesehen, entsprechend tätig zu werden. Wenn der Gesetzgeber diese allgemein bekannte Vertriebsform hätte abschaffen wollen, hätte er dies in das Gesetz hineinschreiben können und sich nicht darauf verlassen

müssen, dass die Gerichte ein entsprechendes Verbot auf die in diesem Zusammenhang von der Klägerin zitierten Vorschriften des § 10 Abs. 1 und 2 und des § 1 GlüStV "herauslesen". Ziel des Glücksspielstaatsvertrages ist es nicht, das Glücksspiel insgesamt aus dem Alltagsleben zu verbannen. Eine solche Interpretation steht im Widerspruch zu dem in § 1 Nr. 2 GlüStV nieder gelegten Ziel, den natürlichen Spieltrieb der Bevölkerung in geordnete und überwachte Bahnen zu lenken, insbesondere ein Ausweichen auf nicht erlaubte Glücksspiele zu verhindern. Eine Marginalisierung in der Form, dass in einer Lotterieannahmestelle keine Alltagswaren mehr angeboten werden dürfen, für die sich angesichts der im Übrigen ebenfalls gesetzlich vorgeschriebenen Begrenzung ihrer räumlichen Ausdehnung (vgl. § 8 Abs. 3 Berliner AG GlüStV) neben Zeitschriften insbesondere Süßigkeiten anbieten, würde dazu führen, dass entsprechende Annahmestellen wirtschaftlich nicht überlebensfähig wären bzw. sich kaum noch jemand finden würde, der bereit wäre, eine entsprechende Annahmestelle zu betreiben.

III. Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92 Abs. 1, 269 Abs. 3 Satz 2, 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO i.V.m. § 26 Nr. 8 EGZPO.

IV. Anlass, die Revision zuzulassen, sieht der Senat nicht. Die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. Es fehlt an einer grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache sowie an dem Erfordernis der Fortbildung des Rechts oder der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung. Der Senat hatte bei seiner Entscheidung im Wesentlichen die Vorschriften des Glücksspielstaatsvertrages anzuwenden und hat dabei allgemein gültige Auslegungsgrundsätze zur Anwendung gebracht. Eine über die notwendige Differenzierung im Einzelfall hinausgehende Abweichung von der Rechtsprechung anderer Oberlandesgerichte hat sich dabei nicht ergeben.