

Glücksspielwerbung nur unter strengen Voraussetzungen zulässig

Eigener Leitsatz:

Die Werbung mit dem sich im Jackpot befindlichen Höchstgewinnbetrag in einer blickfangmäßig herausstellenden Weise – beispielsweise durch blinkende Leuchtreklame – während die Hinweise auf Teilnahmeverbote und Suchtgefahren kaum wahrnehmbar in den Hintergrund treten, ist unzulässig. Ebenfalls unzulässig ist die Möglichkeit, einen Lottoschein im Internet „spielerisch“ auszufüllen, da der Schritt zum tatsächlichen Glücksspiel kleiner wird, wenn dies zuvor schon im Internet probiert werden konnte.

Kammergericht Berlin

Urteil vom 30.03.2009

Az.: 24 U 145/08

Tenor

I. Auf die Berufung der Verfügungsklägerin wird das am 07. Oktober 2008 verkündete Urteil des Landgerichts Berlin – 103 0 134/08 – unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Auf den Antrag der Verfügungsklägerin wird im Wege der einstweiligen Verfügung gemäß §§ 935 ff. ZPO Folgendes angeordnet:

Die Verfügungsbeklagte hat es unter Androhung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu EUR 250.000,00 – ersatzweise Ordnungshaft – oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, wobei die Ordnungshaft zu vollstrecken ist an dem oder den

gesetzlichen Vertretern der Verfügungsbeklagten, zu unterlassen, im Bereich des Glücksspielwesens

1. bei der Bewerbung des Lotto 6 aus 49 den möglichen Höchstgewinn (sog. Jackpot) mitzuteilen und/oder mitteilen zu lassen, wenn dies wie beispielhaft nachstehend wiedergegeben durch den Blickfang – insbesondere im Verhältnis zu Warn- und Aufklärungsangaben – bestimmende Herausstellung des möglichen Höchstgewinnbetrages

(hier: „JACKPOT!“)

Abbildung

und/oder

(hier: „JACKPOT
LOTTO
5 Mio“

insbesondere wenn die Angabe „5 Mio“ an und aus blinkt)

Abbildung

geschieht und am 1.7.2008 geschehen ist

und/oder

2. im Internet

a) die Lotterien

Lotto (6 aus 49) und/oder
Keno und/oder
TOTO und/oder
ODDSET und/oder
Spiel 77

und/oder

b) Einrichtungen von Annahmestellen der Beklagten mit Mischsortiment im Bild

zu bewerben und/oder bewerben zu lassen, wie am 09.07.2008 unter www.lotto-berlin.de geschehen und nachstehend beispielhaft wiedergegeben:

Abbildung

und/oder

Abbildung

Der weitergehende Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung wird zurückgewiesen.

II. Die Kosten des Verfahrens beider Instanzen werden gegeneinander aufgehoben.

Gründe

I.

Die Verfügungsklägerin (im Folgenden: Klägerin) ist eine Gesellschaft niederländischen Rechts, die nach eigener Behauptung seit Anfang 2008 auf dem deutschen Markt tätig ist. Sie bietet – nach eigener Behauptung selbst, nach Behauptung der Verfügungsbeklagten über die allein als gewerblicher Spielevermittler auftretende ... – den Erwerb von Anteilen an Gesellschaften bürgerlichen Rechts, so genannten „WinFonds“ an. Diese Fonds erzielen Erträge zum einen durch die Beschaffung von Bezugs- und Berechtigungsscheinen sowie verschiedenen Inhaberpapieren und zum anderen durch die Teilnahme an Ausspielungen, Lotterien, Wetten und staatlich konzessionierten Glücksspielangeboten aller Art. Bei dem Produkt „WinFonds“ werden den Kunden Monat für Monat Anteile an bereits bestehenden und mit Sachvermögen aufgebauten Gesellschaften bürgerlichen Rechts im Wege der Rechtsabtretung übereignet. Die Kunden können aus der Abwicklung des Vermögensbestandes, namentlich beispielsweise der Vereinnahmung von Gewinnen aus Ausspielungen, Lotterien, Wetten, Unterhaltungs- und Gewinnspielen unter Einbeziehung

der Teilnahme an staatlich konzessionierten Glückspielangeboten aller Art Erträge erzielen. Die „WinFonds“ werden unter anderem auf der Internetseite www.lottoteam.de beworben, wobei diese Domain für das Unternehmen ... GmbH & ... registriert ist.

Die Verfügungsbeklagte (im Folgenden: Beklagte) veranstaltet in Berlin als Anstalt öffentlichen Rechts die Lotterie „Lotto 6 aus 49“ und andere Glücksspiele und stellt diese ebenfalls im Internet unter www.lotto-berlin.de vor. Sie vertreibt ihre Glücksspiele über 1.100 Annahmestellen in Berlin.

Die Klägerin hat erstinstanzlich – wie im Einzelnen aus der Antragsschrift vom 30. Juli 2008 (Bl. 3 – 9 d.A.) ersichtlich, auf die wegen der Einzelheiten verwiesen wird – begehrt, der Beklagten im Wege der einstweiligen Verfügung unter Androhung eines vom Gericht bis zu 250.000,00 € festzusetzenden Ordnungsgeldes – ersatzweise Ordnungshaft – oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten zu untersagen,

(1) ihre Produkte durch ihre Annahmestellen in Form von

a) vor den Ladenlokalen platzierten, im Antrag bildlich wieder gegebenen Aufstellern, oder

b) durch den Blickfang – insbesondere im Verhältnis zu Warn- und Aufklärungsangaben – bestimmende Herausstellung des Höchstgewinnbetrages, wie auf den unter a) genannten Aufstellern oder der bildlich erfassten LED-Blinktafel einer Annahmestelle der Beklagten geschehen, bewerben zu lassen,

(2) die Teilnahme an den Glücksspielen in öffentlich zugänglichen Ladenlokalen selbst oder durch Dritte im Zusammenhang und ohne Abtrennung von einem Süßwarenangebot zu bewerben und/oder zu vertreiben und/oder zu vermitteln,

(3) ihre Lotterien selbst oder durch Dritte im Internet bewerben zu lassen.

Auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil wird gemäß § 540 Abs. 1 ZPO Bezug genommen.

Das Landgericht hatte dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung mit Beschluss vom 07.08.2008 zunächst in vollem Umfang stattgegeben. Auf den Widerspruch der Beklagten hat das Landgericht die einstweilige Verfügung durch Urteil vom 07.10.2008 aufgehoben und den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, die einstweilige Verfügung sei aufzuheben, weil ein Verfügungsgrund nicht gegeben sei. Die Dringlichkeitsvermutung des § 12 Abs. 2 UWG sei durch das eigene Verhalten der Klägerin widerlegt worden. Zwar habe die Klägerin den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zunächst ausreichend zügig betrieben, sodann aber mit der bis dahin nicht erfolgten Abmahnung der Beklagten und der Zustellung der einstweiligen Verfügung zu lange gewartet. Die einstweilige Verfügung sei dem Verfahrensbevollmächtigten der Klägerin am 11.08.2008 zugestellt worden. Mit Schreiben vom 28.08.2008 habe sie die Beklagte abgemahnt und eine Frist zur Abgabe einer Unterlassungserklärung bis zum 04.09.2008, 12.00 Uhr, gesetzt. Nach Fristablauf sei die einstweilige Verfügung der Beklagten am 04.09.2008 um 12.30 Uhr zum Zwecke der Vollziehung zugestellt worden. Da es sich um eine so genannte „Schubladenverfügung“ gehandelt habe, also um eine einstweilige Verfügung, die vor einer Abmahnung erwirkt worden sei, habe die Klägerin, um einen Dringlichkeitsverlust zu vermeiden, nunmehr die Beklagte unverzüglich mit kurzer Frist abmahnen oder die einstweilige Verfügung sogleich zustellen müssen. Dies sei nicht geschehen. Die Abmahnung nach einem Ablauf von 17 Tagen nach Zustellung der einstweiligen Verfügung sei nicht mehr als unverzüglich, das heißt als ohne schuldhaftes Zögern anzusehen.

Hilfsweise führt das Landgericht aus, dass auch ein Verfügungsanspruch überwiegend nicht gegeben sei. Aufstellerwerbung im öffentlichen Straßenraum sei eine übliche

und zulässige Werbeform, von der kein besonderer Anreiz zur Teilnahme am Glücksspiel ausgehe. Entsprechendes gelte für die Angabe des aktuellen Höchstgewinns, die der zulässigen Information des Verbrauchers diene. Diese sei vorliegend nur deshalb als eine gemäß § 5 Abs. 2 GlüStV unzulässige Werbung anzusehen, weil die in großen und leuchtend roten Lettern dargebotene Angabe des Höchstgewinns bereits aus großer Entfernung wahrnehmbar gewesen sei, während die Aufklärung über Wahrscheinlichkeit von Gewinn und Verlust nur in kleinster Schrift gehalten gewesen sei, so dass faktisch eine Werbung ohne diese Aufklärung vorgelegen habe. Begründet erscheine deshalb nur der Antrag zu 1b), nicht hingegen der zu 1a).

Das Angebot von Süßwaren in räumlicher Nähe zur Werbung für Glücksspiele verstoße nicht gegen die Ziele des Glücksspielstaatsvertrages. Nach Auffassung der Fachstelle für Suchtprävention im Land Berlin bestehe kein kausaler Zusammenhang zwischen dem Verkauf von Süßigkeiten und der Entwicklung von Spielsucht. Gegenteiliges habe die Klägerin weder dargelegt, noch glaubhaft gemacht. Der Jugendschutz sei durch die Art der Präsentation bereits deshalb nicht gefährdet, weil Jugendlichen die Teilnahme an Glücksspielen untersagt sei und sie deshalb beim Kauf von Süßigkeiten nicht nebenher einen Lottoschein abgeben könnten.

Ein generelles Werbeverbot im Internet könne § 5 Abs. 3 GlüStV nicht entnommen werden. Hintergrund dieses Verbots sei die Gefahr des sofortigen Übergangs zur Teilnahme am Spiel, die hier unstreitig nicht gegeben gewesen sei. Der Werbebegriff sei hier einschränkend dahin auszulegen, dass es sich bei der bloßen Darstellung des Lottospiels um eine nach § 5 Abs. 1 GlüStV zulässige Information handele.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Klägerin. Sie verweist darauf, dass sie die Zustellung der vor dem Landgericht erwirkten einstweiligen Verfügung an die Beklagte innerhalb der gesetzlichen Monatsfrist der §§ 936, 929 Abs. 2

ZPO bewirkt habe und ihr ein dringlichkeitsschädliches Verhalten insoweit nicht vorgeworfen werden könne. Soweit die im Zusammenhang mit so genannten ‚Schubladenverfügungen‘ vereinzelt in der Literatur vertretene Rechtsansicht, eine zügigere Zustellung der einstweiligen Verfügung bzw. der Abmahnung wegen des sonst drohenden Dringlichkeitsverlusts zu verlangen, von der Rechtsprechung übernommen worden sei, passten diese Entscheidungen auf ihren Fall nicht.

Die Klägerin verfolgt ihr Ziel auf Erlass der begehrten einstweiligen Verfügung in der Berufungsinstanz vollumfänglich weiter.

Das Landgericht habe ihren Antrag zu 1.b) zu Recht als begründet angesehen, insoweit als es eine in kleinsten Lettern gehaltene Klausel über die von dem Glücksspiel ausgehende Suchtgefahr gegenüber einer in großen Lettern dargebotenen Angabe des im Jackpot enthaltenen Höchstgewinns faktisch einer Werbung ohne solche Aufklärung gleich gestellt und als Verstoß gegen § 5 Abs. 2 GlüStV angesehen habe. Die Wertung des Landgerichts, ein Teil ihres gegen die Aufstellerwerbung der Beklagten gerichteten Antrags sei unbegründet, weil er sich gegen Aufstellerwerbung im Allgemeinen richte, sei unzutreffend. Auch mit ihrem Antrag zu 1.a) habe sie sich nicht gegen Aufstellerwerbung als solche, sondern nur gegen die in dem Antrag konkret in Bezug genommene und bildlich dargestellte Aufstellerwerbung der Beklagten gewendet. Diese verstoße von Inhalt und Darstellung her gegen § 5 Abs. 2 GlüStV, weil sie in aufdringlicher Weise zur Teilnahme am Glücksspiel auffordere und durch ihre „Sie-kann-nicht-übersehen-werden“-Positionierung dem allgemeinen Verkehrskreis aufgedrängt werde und aufgedrängt werden solle und damit in Widerspruch zu den Zielen des § 1 GlüStV stehe.

Bei ihrem Antrag zu 2.) habe das Landgericht übersehen, dass er sich nicht nur gegen die Werbung für Glücksspiel in räumlicher Nähe zum Süßwarenangebot, sondern auch gegen dortige Vermittlungs- und Vertriebshandlungen richte. Entgegen

der Rechtsansicht des Landgerichts gehörten Süßwaren nicht in die Vertriebssphäre von Glücksspielen, die vom Gesetzgeber als sozial unerwünscht und gemeinschädlich angesehen würden. Der Interessent für die Ware des täglichen Lebens werde gezielt in die Sphäre der Glücksspielwerbung und dessen Vertrieb gebracht. Spontane Versuchungen, ein Spielchen zu wagen, würden so erzeugt. Dies sei insbesondere für Spielgefährdete eine unnötige Belastungsprobe und für Minderjährige eine nicht zielfördernde Prägung einer unzutreffenden Vorstellung von Normalität. Der vom Bundesverfassungsgericht geprägte Ansatz, das Glücksspiel sich nicht als „Gut des täglichen Lebens“ im Bewusstsein festsetzen dürfe, werde dort in Frage gestellt, weil der Erwerb besonders leicht gemacht und nahe gelegt werde.

Schließlich gebe es eine gesetzliche Grundlage für eine unterschiedliche Auslegung des Begriffs der ‚Werbung‘ in Bezug auf die unterschiedlichen Absätze des § 5 GlüStV nicht. Das Verbot der Internetwerbung sei umfassend gemeint und erfasse auch die nach Absatz 1 in Printmedien und sonstigen Werbeträgern zulässige, auf Information und Aufklärung des Verbrauchers beschränkte Werbung, so dass ihrem Antrag zu 3.) ohne weiteres statt zu geben sei.

Die Verfügungsklägerin beantragt,

das Urteil des Landgerichts Berlin vom 07. Oktober 2008 – 103 0 134/08 – abzuändern und im Wege der einstweiligen Verfügung Folgendes anzuordnen:

Die Verfügungsbeklagte hat es unter Androhung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu EUR 250.000,00, ersatzweise Ordnungshaft – oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, wobei die Ordnungshaft zu vollstrecken ist an dem oder den gesetzlichen Vertreter der Verfügungsbeklagten, zu unterlassen, im Bereich des Glücksspielwesens,

1) bei der Bewerbung des Lotto 6 aus 49 den möglichen Höchstgewinn (sog. Jackpot) mitzuteilen und/oder mitteilen zu lassen, wenn dies wie beispielhaft nachstehend wiedergegeben

a) durch sog. Aufstellerwerbung vor einer Annahmestelle im öffentlichen Verkehrsraum

und/oder

b) durch, den Blickfang – insbesondere im Verhältnis zu Warn- und Aufklärungsangaben bestimmende Herausstellung des möglichen Höchstgewinnbetrages

(hier: "JACKPOT!")

und/oder

(hier: „JACKPOT

LOTTO

5 Mio“,

insbesondere wenn die Angabe „5 Mio“ an und aus blinkt) geschieht und am 1.7.2008 geschehen ist,

und/oder

2.) die Teilnahme an den Glücksspielen

Lotto 6 aus 46 und/oder

Keno und/oder

TOTO und/oder

ODDSET und/oder

Rubbellose

in öffentlich zugänglichen Ladenlokalen zu bewerben und/oder zu vertreiben und/oder zu vermitteln und/oder diese Handlungen durch Dritte vornehmen zu lassen, wenn dies im Zusammenhang mit – beziehungsweise ohne Abtrennung von – einem Süßwarenangebot erfolgt, wie am 01.07.2008 geschehen und nachstehend beispielhaft wiedergegeben:

3.) im Internet

a) die Lotterien

Lotto (6 aus 49) und/oder

Keno und/oder

TOTO und/oder

ODDSET und/oder

Spiel 77

und/oder

b) Einrichtungen von Annahmestellen der Verfügungsbeklagten mit Mischsortiment im Bild

zu bewerben und/oder bewerben zu lassen, wie am 09.07.2008 unter www.lotto-berlin.de geschehen und nachstehend beispielhaft wiedergegeben:

Die Verfügungsbeklagte beantragt,

die Berufung der Verfügungsklägerin zurückzuweisen.

Sie teilt die Rechtsansicht des Landgerichts bezüglich der dringlichkeitsschädlichen Verzögerung der Abmahnung und der Bewirkung der Zustellung der einstweiligen Verfügung. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung sei aber auch deshalb insgesamt als unzulässig zurückzuweisen, weil das Vorgehen der Klägerin rechtsmissbräuchlich im Sinne des § 8 Abs. 4 UWG sei. Die beauftragten Rechtsanwälte würden das Abmahngeschäft in eigener Regie betreiben, insbesondere hätten sie selbst die vermeintlichen Wettbewerbsverstöße erst ermittelt. Es ginge dementsprechend vor allem darum, der Klägerin einen Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen oder Kosten der Rechtsverfolgung zu verschaffen und ihre wirtschaftliche Tätigkeit zu behindern. Dies werde auch dadurch belegt, dass die Klägerin zu dem vorliegenden Rechtsstreit zwischenzeitlich sieben weitere, zum Großteil inhaltsgleiche Verfahren, davon sechs gegen einzelne

Vertriebsstellen der Beklagten, eingeleitet habe. In keinem Fall seien die Verstöße durch die Klägerin selbst, sondern jeweils durch ihre Verfahrensbevollmächtigten ermittelt worden.

Der Klägerin fehle das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis für den Erlass der einstweiligen Verfügung. Sie verstoße durch die von ihr nach ihrer Behauptung vermittelten Spielangebote selbst gegen den Glücksspielstaatsvertrag, weil ihre Vertriebspartner nicht über eine Zulassung in Deutschland verfügten, in Deutschland illegale Glücksspiele anböten und nicht – wie es gesetzlich erforderlich sei – Spielaufträge der Beklagten einspielten. Die Klägerin sei dementsprechend nicht schützwürdig. Mangels Wettbewerbsverhältnisses zwischen den Parteien sei die Klägerin zudem nicht aktiv legitimiert. Sie biete keine den Leistungen der Beklagten vergleichbare Dienstleistungen an, sondern beauftrage lediglich die Dienstleistungen Dritter. Aktiv legitimiert sei allenfalls die ..., die ausweislich § 8 des Gesellschaftsvertrages der ... die Geschäftsführung der sog. WinFonds inne habe und infolge dessen allein gewerblicher Spielevermittler sei.

Auch der Sache nach sei die zunächst erlassene einstweilige Verfügung des Landgerichts Berlin aufzuheben gewesen. Die Anträge seien zu unbestimmt. Dies gelte insbesondere für den Verfügungsantrag zu 2.), da sich aus den beigelegten Fotos nicht ergebe, was die Beklagte unterlassen solle.

Ein Verfügungsanspruch sei nicht gegeben. Das Bundesverfassungsgericht habe durch seine jüngsten Entscheidungen, insbesondere seinen Beschluss vom 14.10.2008 (Az.: 1 BvR 928/08) die Vertriebspraxis der Beklagten über Lottoannahmestellen und die seit Jahrzehnten übliche Aufstellerwerbung abgesegnet. Empirische oder wissenschaftliche Erkenntnisse darüber, dass entsprechende Aufsteller die Spielsucht förderten, könne die Klägerin nicht vorlegen. Suchtgefahren im Bereich von LOTTO seien sehr gering. Bei den Jackpotaufstellern handele es sich ebenso wie

bei der Angabe des Höchstgewinns um eine sachliche und vernünftige Werbeart, die in erster Linie der Information des Verbrauchers diene. Die Aufsteller müssten auffällig gestaltet sein, um sich gegenüber anderen Aufstellern optisch zu behaupten, wie auch die von der Klägerin eingereichten Fotos zeigten. Allein die Schriftgröße und das Aufleuchten des Gewinns stellten keine Anreizmomente dar, die die Werbung unsachlich und unangemessen machten.

Weder Süßigkeiten, noch Zeitschriften regten zum Verweilen oder gezielt zum LOTTO spielen an. Dies sei auch einer Pressemitteilung der Fachstelle für Suchtprävention im Land Berlin vom 02.10.2008 zu entnehmen, in der es heiße:

„Menschen müssen lernen, verantwortungsvoll mit Suchtmitteln und Sucht gefährdenden Produkten umzugehen. Das geht auch im Lottoladen: Erstens weil sich die Lottospielangebote nicht an Kinder und Jugendliche richten und zweitens, will die suchtpreventiv geschulten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in den Lottoläden den Jugendschutz umsetzen und aktiv Suchtprävention betreiben.

Sofern also die Süßwaren nicht als Lockangebote benutzt werden, und dies ist in Lottoläden erkennbar nicht der Fall – besteht hier keine Gefahr“

Die gesetzgebenden Länder hätten sich bewusst gegen eine komplette Aufgabe des in bewusster Nähe zum Kunden aufgebauten Vertriebssystems der Beklagten entschieden. Hintergrund sei die Sorge gewesen, dass bei einer völligen Aufgabe des bestehenden Verbundsystems die Gefahr, dass das mit dem Staatsmonopol bezweckte Ziel, den natürlichen Spieltrieb der Bevölkerung in geordnete und überwachte Bahnen zu lenken, Schaden nehmen könne. Dementsprechend sei das räumliche Nebeneinander des Glücksspielangebots der Beklagten und des Angebots von Süßigkeiten ebenso wie desjenigen von Zeitungen/Zeitschriften und Tabakwaren nicht zu beanstanden. Der Jugendschutz werde durch andere Maßnahmen wie insbesondere

das Verbot der Teilnahme jugendlicher Personen unter 18 Jahren, die Aufklärung in den Annahmestellen (§ 7 GlüStV) und die ständige Schulung der Mitarbeiter (§ 6 GlüStV) verwirklicht. Mehr sei vom Gesetz nicht gefordert.

Soweit durch Ziffer 3 der Internetauftritt der Beklagten unter der URL www.lotto-berlin.de angegriffen werde, habe das Landgericht zu Recht ein Einschreiten abgelehnt. Ausweislich der von der Klägerin vorgelegten Screenshots informiere sie – die Beklagte – auf ihrer Homepage lediglich über die von ihr angebotenen Glücksspiele. Ein überschießender werblicher Inhalt sei darin nicht enthalten. Nach § 5 Abs. 1 GlüStV seien Informationen generell erlaubt. Dies gelte auch für das Internet. Ein „Homepageverbot“ könne nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein, denn dieser habe sich auf Empfehlung der Suchtverbände hin für den Erhalt einer sozialen Zwecken verbundenen Lotterie entschieden.

II.

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

B. Die Berufung hat in der Sache teilweise Erfolg. Sie ist begründet, soweit die Klägerin sich mit ihrem Antrag zu 1b) gegen die dort beschriebene Blickfangwerbung der Beklagten und mit ihrem Antrag zu 3) gegen die von der Beklagten betriebene Werbung im Internet richtet. Im Übrigen ist sie unbegründet.

1. Der Antrag auf Erlass der begehrten einstweiligen Verfügung ist zulässig.

1.1. Die Klägerin ist antragsbefugt. Entgegen der Rechtsansicht der Beklagten ist das Vorgehen der Klägerin nicht als rechtsmissbräuchlich im Sinne des § 8 Abs. 4 UWG alte und neue Fassung anzusehen.

Ein Missbrauch der Antragsbefugnis liegt vor, wenn der

Anspruchsberechtigte mit der Geltendmachung des Anspruchs überwiegend sachfremde, für sich gesehen nicht schutzwürdige Interessen und Ziele verfolgt und diese als die eigentliche Triebfeder und das beherrschende Motiv der Verfahrenseinleitung erscheinen (BGH, GRUR 2001, 82; KG WRP 2008, 511). Das Vorliegen eines Missbrauchs ist jeweils im Einzelfall „unter Berücksichtigung der gesamten Umstände“ zu beurteilen (BGH GRUR 2001, 354, 355). Maßgebend sind die Motive und Zwecke der Geltendmachung des Anspruchs, die aber idR nur aus äußeren Umständen erschlossen werden können. Als typischen Beispielsfall nennt das Gesetz die Geltendmachung eines Anspruchs, die „vorwiegend dazu dient, gegen den Zuwiderhandelnden einen Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen oder Kosten der Rechtsverfolgung entstehen zu lassen“. Davon ist auszugehen, wenn der Anspruchsberechtigte kein nennenswertes wirtschaftliches oder wettbewerbspolitisches Interesse an der Rechtsverfolgung haben kann. Maßgebend ist dabei die Sichtweise eines wirtschaftlich denkenden Unternehmers (BGH GRUR 2001, 260, 261).

Ob ein Missbrauch in diesem Sinne vorliegt, ist, da nach herrschender Meinung als Frage der Antragsbefugnis eine Prozessvoraussetzung betreffend, von Amts wegen zu prüfen (BGH, GRUR 2002, 715, 716). Da grundsätzlich bei Vorliegen der Voraussetzungen im Übrigen von der Zulässigkeit der Geltendmachung des Anspruchs auszugehen ist und ein non-liquet zu Lasten des Beklagten geht (KG, WRP 2008, 511; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 9. Aufl., Kap. 13 Rz. 54), ist es jedoch Sache der Beklagten, Tatsachen für das Vorliegen eines Missbrauchs darzulegen und Beweis dafür anzutreten (OLG Köln, GRUR 1993, 571; Köhler in Hefermehl/Köhler/Bronkmann, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb UWG, 27. Aufl. 2009, § 8 UWG, Rnr. 4.25). Die Ausführungen der Beklagten reichen nicht aus, die für die Klägerin bestehende Vermutung der Antragsbefugnis zu erschüttern.

Soweit die Beklagte den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs darauf stützt, dass die beauftragten Rechtsanwälte der Klägerin hier „in eigener Regie“ tätig geworden seien, insbesondere selbst vermeintliche Wettbewerbsverstöße erst ermittelt hätten, ist ein solches Vorgehen in der Rechtsprechung als Rechtsmissbrauch im Sinne des § 8 Abs. 4 UWG anerkannt (vgl. OLG Köln, GRUR 1993, 571; OLG München WRP 1992, 270). Davon zu unterscheiden ist aber der hier vorliegende Sachverhalt, dass die Verfahrensbevollmächtigten der Klägerin im Rahmen ihrer Tätigkeit für eine andere Mandantin Beweismaterial sichern, die Klägerin durch einen Bericht über rechtliche Entwicklungen auf dem Glücksspielmarkt im Zusammenhang mit Vorbereitungen für ein Genehmigungsverfahren von dieser Tatbestandsaufnahme erfährt und sodann um wettbewerbsrechtliche Einschätzung und ggf. wettbewerbsrechtliche Rechtsverfolgung bittet, weil sie die Relevanz des gesammelten Materials für ihre eigenen Interessen erkannt hat. Dass die Verfahrensbevollmächtigten der Klägerin regelmäßig auf eigene Initiative auf die Suche nach zum Geschäftsbereich der Klägerin oder anderen potentiell Interessierten „passenden“ Verstößen gehen, um sodann ihre Dienste zum Zwecke der für sie einträglichen Rechtsverfolgung anzubieten, ist weder ersichtlich noch von der Beklagten näher dargetan worden.

Allein aus der Tatsache, dass die Klägerin außer den beiden gegen sie anhängig gemachten Verfahren wegen wettbewerbswidriger Werbung weitere sechs Verfahren wegen vergleichbarer Verstöße gegen einzelne Annahmestellen der Beklagten angestrengt hat, können hier Rückschlüsse auf ein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Klägerin nicht gezogen werden. Zwar hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass die Rechtsverfolgung in getrennten Verfügungsverfahren gegen mehrere Unterlassungsschuldner, die eine gemeinschaftliche Werbeanzeige geschaltet haben, rechtsmissbräuchlich sein kann, wenn diese einen einheitlichen Gerichtsstand haben und durch denselben Anwalt vertreten werden (BGH, GRUR 2006, 243). Diese Rechtsprechung hat aber jedenfalls für das vorliegend zu

entscheidende Verfahren bereits deshalb keine Relevanz, weil die Inanspruchnahme der Beklagten als Veranstalterin der Lotterie „Lotto 6 aus 49“ und anderer Glücksspiele, die gemäß § 8 Abs. 2 UWG alte und neue Fassung für die von ihren Annahmestellen betriebene Werbung verantwortlich ist, prozessökonomischer ist als die Inanspruchnahme der Inhaber der einzelnen Annahmestellen. Dass die Klägerin im Übrigen in zwei getrennten Prozessen gegen unterschiedliche Werbungen der Beklagten vorgeht, kann ihr nicht vorgeworfen werden, weil die in dem Parallelverfahren zum Geschäftszeichen 103 0 182/08 des Landgerichts Berlin geltend gemachten Wettbewerbsverstöße später und zu einem Zeitpunkt festgestellt wurden, als gegen die in hiesigem Rechtsstreit ergangene einstweilige Verfügung bereits Widerspruch eingelegt und Termin zur mündlichen Verhandlung anberaumt worden war.

Schließlich hat die Klägerin konkrete Anhaltspunkte für ihre Behauptung, die Klägerin handle ausschließlich in der Absicht, sie im Wettbewerb zu behindern beziehungsweise zu schädigen, nicht dargetan. Ihr Argument, der Klägerin ginge es ausschließlich um die Beseitigung des staatlichen Monopols für den Glücksspielmarkt in Deutschland ist dafür nicht geeignet. Ein solches Ziel der Klägerin kann als Argument dafür, ihr beim Vorgehen gegen einzelne Wettbewerbsverstöße staatlicher Wett- und Glücksspielveranstalter pauschal rechtmissbräuchliche 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 Glücksspielveranstalter 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 Rnrrn. 62, 67, 69; Rs. C-338/04, C-359/04, C-360/04, Urt.v. 06.03.2007 – Placanica, EuZW 2007, 209, 212 Rnrn. 53); zu den Erfordernissen einer Vereinbarkeit mit Art. 12 Abs. 1 GG vgl. Grundsatzurteil des BVerfG vom 28.03.2006 – 1 BvR 1054/01, ZfWG 2006, 16, 30, Rdnrn. 142-157).

1.2. Der Klägerin fehlt auch nicht das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis für ihren Antrag. Bei wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsklagen ergibt sich das Rechtsschutzbedürfnis regelmäßig aus dem behaupteten materiell-rechtlichen Unterlassungsanspruch, dessen Bestehen insoweit zu unterstellen ist (Köhler, a.a.O., § 12 UWG, Rnr. 2.15 unter Hinweis auf BGH, GRUR 1973, 208, 209). Das Rechtsschutzbedürfnis entfällt nur ausnahmsweise, nämlich wenn das Gericht unnütz, unlauter oder prozesszweckwidrig bemüht wird (BGH, GRUR 1976, 256, 257). Dafür ist vorliegend nichts ersichtlich. Der von der Beklagten geltend gemachte Einwand, die Klägerin selbst verhalte sich wettbewerbswidrig und sei deshalb nicht schutzwürdig, ist materiell-rechtlicher Natur und kann deshalb im Rahmen der Prüfung des allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisses keine Berücksichtigung finden (BGH, GRUR 2005, 519).

1.3. Entgegen dem Einwand der Beklagten scheitert die Zulässigkeit der Klage auch nicht an der mangelnden Bestimmtheit der Verfügungsanträge. Insbesondere kann dem Einwand der Beklagten, es sei aus den Anträgen nicht hinreichend ersichtlich, welche Handlungen sie zukünftig unterlassen solle, nicht gefolgt werden.

Nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO muss die Klageschrift die bestimmte Angabe des Gegenstands und des Grundes des erhobenen

Anspruchs sowie einen bestimmten Antrag enthalten. Die Erleichterungen, die § 938 Abs. 1 ZPO und § 940 ZPO insoweit für die Sicherungs- und Regelungsverfügungen vorsehen, gelten für die Verbotsverfügung ebenso wie für die Leistungsverfügung nicht (vgl. dazu Berneke, a.a.O., Rnr. 123; Köhler, a.a.O., § 12 UWG, Rnr. 2.35; vgl. zur Leistungsverfügung auch OLG Düsseldorf, WuW/E OLG 3787; OLG Karlsruhe, GRUR 1980, 811). Für die Verbotsverfügung heißt das, dass die Umschreibung des verbotenen Verhaltens so genau sein muss, dass der Schuldner, der den Titel freiwillig befolgen möchte, hinreichend genau weiß, was ihm verboten ist, und eine etwaiger Verstoß durch das Vollstreckungsgericht festgestellt werden kann (stRspr, vgl. BGH, GRUR 2000, 1076).

Um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die von einer konkreten Verletzungshandlung ausgehende Wiederholungsgefahr auch hinsichtlich sonstiger künftiger, leicht abgewandelter Verletzungshandlungen besteht, die im „Kern“ oder „Wesen“ der konkreten Verletzungshandlung entsprechen (BGH, GRUR 2000, 907, 909), sind bei der Formulierung des Antrags aber im Interesse eines effektiven Rechtsschutzes gewisse Verallgemeinerungen zuzulassen, sofern darin das Charakteristische (der „Kern“) der konkreten Verletzungsform aus der begangenen Verletzungshandlung zum Ausdruck kommt (stRspr; BGH, WRP 1999, 1035, 1036; GRUR 2000, 337, 338; GRUR 2002, 187, 188; GRUR 2004, 517, 520; GRUR 2008, 530 Tz 23). Vorliegend hat die Klägerin dem Rechnung getragen, indem sie die Handlungen im Verfügungsantrag zunächst abstrakt umschrieben und auf die konkrete Verletzungsform in der Weise Bezug genommen hat, dass sie sie mit dem Zusatz „wie“ versehen und Fotos von den konkret inkriminierten Situationen vorgelegt hat. Die abstrakte Kennzeichnung hat dabei die Funktion, den Kreis der Varianten näher zu bestimmen, die als „kerngleiche“ Handlungen von dem Verbot erfasst sein sollen (vgl. dazu auch BGH, GRUR 2006, 164 Tz 14). Diese Vorgehensweise ist zulässig und im konkreten Fall auch geboten, weil sonst der Rechtsschutz weitgehend leer laufen würde. Dass sie nicht

wüsste, von welchen Handlungen in den Anträgen die Rede sei, kann die Beklagte ernsthaft nicht behaupten. Inwieweit die Verallgemeinerung das charakteristische Element verfehlt oder überschritten hat, ist eine Frage der Begründetheit, nicht der Zulässigkeit (vgl. Köhler, a.a.O., § 12 UWG, Rnr. 2.43 und 2.44).

1. 4. Der für die Zulässigkeit des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung erforderliche Verfügungsgrund (§§ 935, 940 ZPO) ergibt sich aus § 12 Abs. 2 UWG alte und neue Fassung. Insoweit streitet die dort für den Fall der Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs normierte Dringlichkeitsvermutung zugunsten der Klägerin. Entgegen der Rechtsansicht des Landgerichts hat die Klägerin diese Dringlichkeitsvermutung nicht durch ihr eigenes Verhalten widerlegt.

1.4.1. Soweit es den Zeitverlust zwischen der Kenntnisnahme von dem angegriffenen Verhalten am 01.07.2008 (Aufsteller- und Jackpotwerbung, Ausgestaltung der Annahmestellen) bzw. am 09.07.2008 (Internetwerbung) und der Einreichung des Antrags auf Erlass der einstweiligen Verfügung am 01.08.2008 betrifft, kann auf die Ausführungen des Landgerichts in seinem Urteil vom 07.10.2008 verwiesen werden. Sie führt nicht zu einem Verlust der Dringlichkeitsvermutung. Ein Zeitablauf von einem Monat ist angesichts der Tatsache, dass die Verfahrensbevollmächtigten zunächst die Klägerin informieren, die Rechtslage prüfen und die Entscheidung der Klägerin einschließlich der unternehmensinternen erforderlichen Abstimmungsprozesse abwarten mussten, nicht als dringlichkeitsschädlich anzusehen. Diese Frist liegt innerhalb dessen, was von der Rechtsprechung gemeinhin noch als rechtzeitig im Rahmen der Prüfung des Verlusts der Dringlichkeitsvermutung des § 12 UWG alte und neue Fassung angesehen wird (vgl. Rechtsprechungsübersicht im Anhang zu § 12 bei Retzer in Harte-Bevendamm/Henning-Bodewig, UWG Kommentar, 1. Nachdruck 2004, § 12 Rdnr. 942 ff.).

1.4.2. Dem gegenüber sind die Ausführungen des Landgerichts zu dem von der Klägerin zu verantwortenden Zeitverlust zwischen der Zustellung der einstweiligen Verfügung an sie und der Abmahnung der Beklagten (17 Tage) bzw. der Bewirkung der Zustellung an sie (weitere 6 Tage) und dem daraus folgenden Verlust des Verfügungsgrundes nach Auffassung des Senats unzutreffend. Sie sind insbesondere mit dem Gebot der Rechtssicherheit und der Effektivität des Rechtsschutzes unvereinbar.

Zutreffend ist, dass die Dringlichkeit auch noch während des Verfahrens entfallen kann. Maßgebender Zeitpunkt für die Beurteilung der Dringlichkeit ist der Schluss der mündlichen Verhandlung in der jeweiligen Instanz. Das bedeutet, dass das Vorliegen der Dringlichkeit nach Erlass der einstweiligen Verfügung erneut zu prüfen ist und dabei auch zwischen Erlass der einstweiligen Verfügung und Einlegung des Widerspruchs eingetretene Tatsachen zu berücksichtigen sind. So fehlt es am Verfügungsgrund bzw. an der Dringlichkeit, wenn sich das im Verfügungsverfahren geltend gemachte Unterlassungsbegehren allein – noch – auf einen Zeitraum bezieht, der in der Vergangenheit liegt. In einem solchen Fall ist nicht zu besorgen, dass ohne Erlass der Verfügung das Recht einer Partei vereitelt werden könnte (OLG Köln, WRP 1994, 50; OLG Frankfurt MDR 1985, 681). Entsprechendes gilt, wenn beispielsweise die Werbeveranstaltung, gegen die sich eine einstweilige Verfügung richtet, (mangels rechtzeitiger Zustellung dieser Verfügung) zwischenzeitlich durchgeführt wurde und die Wahrscheinlichkeit, dass sie in nächster Zukunft wiederholt wird, gering ist (OLG Düsseldorf, WRP 1999, 865-868). In diesen Fällen ist der ursprünglich gegebene Verfügungsgrund aufgrund nachträglich eingetretener Umstände entfallen und die Aufhebung der ursprünglich erlassenen einstweiligen Verfügung gerechtfertigt.

In der Literatur wird darüber hinausgehend teilweise die Rechtsansicht vertreten, von einer Widerlegung der

Dringlichkeitsvermutung sei insbesondere im Fall so genannter ‚Schubladenverfügungen‘, also ohne vorherige Abmahnung des Antragsgegners erwirkter Verfügungen, auch dann auszugehen, wenn der Antragsteller die erwirkte einstweilige Verfügung nicht innerhalb einer bestimmten, von der Vollziehungsfrist des § 929 Abs. 2 ZPO unabhängigen Frist zustelle bzw. den Antragsgegner abmahne (Günther, WRP 2006, 407 ff.). Dieser Rechtsansicht vermag sich der Senat angesichts der eindeutigen gesetzlichen Regelung, innerhalb der eine einstweilige Verfügung an den Antragsgegner zuzustellen ist, um Rechtsverlust zu vermeiden, nicht anzuschließen. Die einmonatige Vollziehungsfrist des über § 936 ZPO auch auf die einstweilige Verfügung anzuwendenden § 929 Abs. 2 ZPO ist wesentliches Merkmal des Eilcharakters des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens und wirkt als immanente zeitliche Begrenzung des dem Antragsteller gewährten Rechtsschutzes. Durch sie soll verhindert werden, dass einstweilige Verfügungen „auf Vorrat“ erwirkt werden und die Vollziehung unter Umständen erfolgt, die sich wesentlich von denen zur Zeit des Erlasses der einstweiligen Verfügung unterscheiden (BGH, NJW 1991, 496, 497; OLG Frankfurt, NJW-RR 1986, 64; Stein-Jonas, ZPO, 21. Aufl., § 929 Rdn. 2). Diese zum Schutz des Schuldners in das Gesetz eingeführte Sperrwirkung reicht aus, eine allzu großzügige Inanspruchnahme des Eilverfahrens zu verhindern. Mit einem zusätzlichen Rechtsverlust durch schlichten Zeitablauf brauchten die Klägerin und ihre Verfahrensbevollmächtigten nach Erwirkung der einstweiligen Verfügung nicht zu rechnen. Dafür gibt es keinen Anhalt im Gesetz.

Insoweit kann der Klägerin auch nicht vorgeworfen werden, sie habe zumindest die Abmahnung früher zustellen müssen, um ihrer Rechte aus der einstweiligen Verfügung zu wahren. Dieses Argument würde nur Sinn machen, wenn mit einer entsprechenden außergerichtlichen Unterlassungserklärung der Beklagten und einer freiwilligen Änderung ihrer Werbepaxis zu rechnen gewesen wäre. Das ist angesichts der Heftigkeit der zwischen

den Parteien geführten Auseinandersetzung, die bereits in dem parallel zwischen den Parteien geführten Verwaltungsrechtsstreit ihren Niederschlag gefunden hat, indes nicht der Fall.

2. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ist in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang auch begründet, im Übrigen unbegründet. Der Klägerin stehen gegen die Beklagte hinsichtlich der Verfügungsanträge zu 1b) und 3) Unterlassungsansprüche nach Maßgabe der § 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 i.V.m. § 3 Abs. 1, § 4 Nr. 11 UWG iV.m. § 5 Abs. 1 und 2 sowie Abs. 3 GlüStV zu. Weitergehende Ansprüche sind nicht gegeben.

2.1. Die in die Zukunft gerichteten Unterlassungsansprüche der Klägerin bestehen, soweit sie auf angebliche Verletzungshandlungen im Juli 2008 und daraus resultierende Wiederholungsgefahren gestützt werden, nur dann, wenn das beanstandete Wettbewerbsverhalten der Beklagten zur Zeit seiner Begehung (Juli 2008) die Unterlassungsansprüche begründet hat und diese auch auf der Grundlage der am 30. März 2009 geltenden Rechtslage noch gegeben sind (vgl. BGH, Urt. v. 14.02.2008 – 1 ZR 207/05, in juris dokumentiert, dort Rnr. 14; OLG München, ZfWG 2008, 248, 250). Am 30.12.2008 ist das Erste Gesetz zur Änderung des UWG in Kraft getreten. Dieses Gesetz (UWG-Novelle 2008) dient der Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken (UGP-Richtlinie). Die hier zitierten Rechtsvorschriften des UWG existierten bereits unter der Geltung des alten Gesetzes. Dies gilt auch für § 3 Abs.1 UWG (früher: § 3 UWG), bei dem lediglich der Anwendungsbereich durch die Ersetzung des Begriffs „unlautere Wettbewerbshandlungen“ durch den Begriff „unlautere geschäftliche Handlungen“ erweitert und der Begriff der „nicht nur unerheblichen“ Beeinträchtigung durch den Begriff „spürbare“ Beeinträchtigung ersetzt wurde, was sich auf den hier zu entscheidenden Streitfall aber nicht auswirkt. Soweit hier Gesetzesvorschriften des UWG ohne Unterscheidung nach

alter und neuer Fassung zitiert werden, gelten sie für beide Fassungen. Bei § 3 UWG wird das neue Gesetz, also mit Bezugnahme auf Absatz 1, zitiert.

2.2. Trotz des Wortlauts des § 925 Abs. 2 ZPO hat die Klägerin ihren Antrag zu Recht auf Neuerlass der einstweiligen Verfügung und nicht auf Bestätigung der Beschlussverfügung des Landgerichts vom 07.08.2008 gerichtet. Nach richtiger Auffassung hat nämlich die Beschlussverfügung durch das angefochtene Urteil des Landgerichts sofort seine Wirkung verloren (vgl. W. Berneke, Die einstweilige Verfügung in Wettbewerbsachen, 2. Aufl. 2003, Rz. 195 mit Rechtsprechungsübersicht zu den unterschiedlichen Ansichten; Bähr in Ahrens, Der Wettbewerbsprozess, 5. Aufl. 2005, Kapitel 53, Rnr. 13). Die Geltung der Beschlussverfügung bis zur Rechtskraft des Aufhebungsurteils zu verlängern, würde die Grenzen dessen übersteigen, was als Verkürzung des rechtlichen Gehörs im Hinblick auf die Eilbedürftigkeit der Entscheidung hinnehmbar ist. Der Antragsteller darf nicht etwas erreichen, was er bei anfänglicher mündlicher Verhandlung nicht erreicht hätte, weil das Verfügungsgesuch dann von vornherein zurückgewiesen worden wäre. Nach richtiger Ansicht ist dies auch im Urteilstenor entsprechend zum Ausdruck zu bringen. Dem Antragsteller wird damit nämlich auch deutlich gemacht, dass die neu erlassene Urteilsverfügung gemäß § 925 Abs. 2 ZPO noch der Zustellung durch Parteizustellung bedarf (vgl. zu Vorstehendem OLG Frankfurt/Main, WRP 2002, 334; OLG Hamburg, WRP 1997, 53; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 9. Aufl., Kap. 55 Rnr. 15f.; Zöllner/Vollkommer, ZPO, 27. Aufl., § 925 Rnr. 12).

2.3. Die Klägerin ist aktiv legitimiert. Sie ist als Mitbewerberin der Beklagten nach Maßgabe des § 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 UWG berechtigt, Unterlassungsansprüche gegen die Beklagte geltend zu machen. Denn in Bezug auf das streitgegenständliche Angebot der Teilnahme an dem Glücksspiel „Lotto“ besteht zwischen den Parteien ein konkretes

Wettbewerbsverhältnis im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG .

Ein konkretes Wettbewerbsverhältnis setzt voraus, dass sich die Streitbeteiligten auf demselben sachlich, räumlich und zeitlich relevanten Markt betätigen (BGH, GRUR 2001, 78). Als Mitbewerber ist nach der zitierten Rechtsprechung des BGH anzusehen, wer in einem tatsächlichen oder doch potenziellen Wettbewerbsverhältnis zum werbenden Unternehmen steht. Es kommt darauf an, ob aus der Sicht der angesprochenen Verkehrskreise die angebotenen Waren oder Dienstleistungen nach ihren Eigenschaften, ihrem Verwendungszweck und ihre Preislage so nahe stehen, dass sie der verständige Nachfrager als austauschbar ansieht (BGH, GRUR 2002, 828, 829) und die Wettbewerbshandlung eines Unternehmens die Angebots- und Nachfragestellung eines anderen Unternehmens negativ beeinflussen kann. Auf eine konkret eingetretene Beeinträchtigung kommt es ebenso wenig an wie auf deren Intensität (vgl. Köhler, a.a.O., § 2 Rnr. 108).

Die Homogenität des kompletten Warenangebots ist ebenfalls nicht entscheidend. Es reicht vielmehr aus, dass sich die Warensortimente zum Teil überschneiden beziehungsweise, dass sich der Verletzer durch seine Verletzungshandlung im konkreten Fall in irgendeiner Weise in Wettbewerb zu dem Betroffenen stellt (vgl. BGH, GRUR 2004, 877, 878). Unerheblich ist es auch, wenn sich die Beteiligten auf unterschiedlichen Wirtschaftsstufen befinden (vgl. Köhler, a.a.O. § 2 Rnr. 106 mit Rechtsprechungsnachweisen). Erforderlich ist lediglich, dass sich ihre Kundenkreise überschneiden und beide Unternehmen sich im Ergebnis an den gleichen Abnehmerkreis wenden. Dies ist auch dann der Fall, wenn sich beide Unternehmen in einer Absatzkette befinden, die denselben Abnehmerkreis bedient (vgl. Beispiele bei Köhler, a.a.O., § 2 Rnr. 106-107).

Nach diesen Kriterien sieht der Senat ein Wettbewerbsverhältnis zwischen den Parteien als gegeben an.

Die Klägerin führt zwar nicht selbst Lottospiele durch. Sie bietet daher auch nicht wie die Verfügungsbeklagte gegen ein Entgelt die unmittelbare Teilnahme der beworbenen Kunden an einer eigenen Lottoausspielung an. Trotz äußerlich unterschiedlicher Angebote und Leistungen sowie der andersartigen rechtlichen Konstruktion der jeweiligen Dienstleistungen bieten beide Parteien wirtschaftlich im Ergebnis jedoch letztlich dasselbe an (vgl. dazu auch OLG Oldenburg, GRUR-RR 2009, 67, 69). Denn sie verschaffen den beworbenen Kunden die Möglichkeit der Teilnahme an einer (auch ein- und derselben) Lottoausspielung mit der Chance auf einen dann auszuzahlenden Gewinn. Lediglich die rechtliche Ausgestaltung der Teilnahme an der Ausspielung und die geschäftliche Konstruktion der Abwicklung der Spielbeteiligung sind unterschiedlich.

Ausweislich der von der Beklagten als Anlage CBH 1 eingereichten Unterlagen beruht das Geschäftskonzept der Klägerin darauf, dass sie Anteile an Gesellschaften anbietet, die in der Rechtsform der GbR auf Zeit für eine oder mehrere Ausspielungen gebildet werden (so genannte WinFonds). Diese nehmen unter anderem an Lottoausspielungen und anderen Gewinnspielen teil, lösen sich anschließend auf und verteilen den Gewinn im Wege der gesellschaftsrechtlichen Auseinandersetzung über einen Treuhänder an ihre Gesellschafter = Spielteilnehmer. Damit bietet die Klägerin wirtschaftlich im Kern dieselbe Leistung an wie die Beklagte. Sie verkauft Gewinnchancen an einem Gewinnspiel, an dem die Kunden mittels der von ihnen erworbenen Fondsanteile teilhaben, einen Gewinn erzielen oder ihr eingesetztes Geld verlieren. Danach sind die von beiden Parteien gemachten Angebote aus der Sicht der potentiellen Kunden, die durch die Werbung der Beklagten angesprochen werden, gegeneinander austauschbar und das Angebot der jeweils einen Partei geeignet, der jeweils anderen Partei die Kunden abspenstig zu machen.

Daneben ist unerheblich, dass der Verbraucher mit einer Beteiligung an den „WinFonds“ das Recht erwirbt, neben einer Glückspielteilnahme andere Dienstleistungen, etwa aus dem touristischen Bereich, in Anspruch zu nehmen, da hier ganz offensichtlich nicht der Schwerpunkt der Betätigung dieser Gesellschaften liegt, sondern dies nur als zusätzlicher Anreiz für den Erwerb eines entsprechenden Fondsanteils eingesetzt wird.

Da die Klägerin ihre Dienstleistung über das Internet vertreibt, ist sie auch auf dem örtlichen Markt des Landes Berlin tätig, selbst wenn sie dort noch keine Kunden gewonnen hat. Dass die Klägerin nicht selbst Inhaberin der Internetdomain lottoteam.de ist, spielt für die Frage der Mitbewerbereigenschaft der Parteien keine Rolle. Entsprechendes gilt für die Frage, ob die Klägerin als gewerbliche Vermittlerin im Sinne des GlüStV anzusehen ist. Es reicht aus, dass beide Parteien am Vertrieb von Glücksspielprodukten an den Endverbraucher unmittelbar beteiligt sind, ohne dass sie sich im Rahmen der Vertriebskette auf derselben Stufe befinden müssen.

Vor dem Hintergrund eines möglichen Wettbewerbsverhältnisses hat die Beklagte den Einwand erhoben, das Begehren der Klägerin sei treuwidrig, weil sie sich selbst wettbewerbswidrig verhalte, da sie durch ihr Angebot im Internet gegen die Vorschriften des GlüStV verstoße (so genannter „unclean-hands-Einwand“). Auch damit hat die Beklagte keinen 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 Glücksspiels 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).

2.4. Die von der Klägerin unter Ziffer 1 b) beanstandete Werbung der Beklagten 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, 3 Nr. 1 i.V.m. § 3 Abs. 1 UWG gegen die Beklagte zusteht.

Die Beklagte ist in Bezug auf die beanstandete Werbung passiv legitimiert, da sie sich über § 8 Abs. 2 UWG das von der Klägerin angegriffene Verhalten ihrer Annahmestelle zurechnen lassen muss.

Gemäß § 4 Nr. 11 UWG handelt unlauter, wer einer gesetzlichen Vorschrift zuwider handelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln. Marktteilnehmer sind neben Mitbewerbern und Verbrauchern alle Personen, die als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen tätig sind (§ 2 Nr. 2 UWG). Die Vorschriften in § 5 des am 23. Dezember 2007 in Berlin in Kraft getretenen Glücksspielstaatsvertrages (vgl. Gesetz- und Verordnungsblatt für Berlin, 63. Jhg. Nr. 33, 22. Dezember 2007; im Folgenden: GlüStV) sind derartige Marktverhaltensregelungen. Sie dienen dem Schutz der Spieler und Spielinteressenten vor Glücksspielsucht; zu diesem Zweck setzen sie dem Werbeauftreten von Anbietern öffentlichen Glücksspiels auf dem Markt Grenzen (vgl. OLG München, GRUR-RR 2008, 310, 311; OLG Oldenburg, GRUR-RR 2009, 67 f.).

Die von der Klägerin unter Ziffer 1b) beanstandete Aufmachung der Aufsteller und Blinktafeln der Beklagten überschreitet durch die blickfangmäßige Herausstellung des Höchstgewinnbetrages gegenüber den nur sehr klein gehaltenen Warn- und Aufklärungshinweisen den nach § 5 Abs. 1 GlüStV

zulässigen Inhalt der Werbung für Glücksspiel, die sich auf eine schlichte Information und die Aufklärung über die Möglichkeit zum Glücksspiel zu beschränken hat. 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 jeder Art von Werbung ein 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 Rnr. 22).

Aus Nr. 2 des Anhangs zum Glücksspielstaatsvertrag folgt, dass eine Information über Höchstgewinne, deren Werbecharakter die Beklagte vorliegend nicht bestreitet, grundsätzlich zulässig ist. Dies ist folgerichtig, denn hierbei handelt es sich um eine Information, die im legitimen Interesse von (potentiellen) Lotterieteilnehmern liegt. Trotz der mit der Jackpot-Angabe einhergehenden Anreizwirkung ist es aus Verbrauchersicht wichtig, die wesentlichen Rahmendaten eines Glücksspiels, zu denen neben Einsatz und Spielregeln auch der mögliche Gewinn gehört, zu erfahren. Die Nennung der Höhe des Jackpots als solches ist deshalb nicht zu beanstanden (vgl. dazu auch OLG München, ZfWG 2008, 248, 251).

Unzulässig ist aber die Aufmachung dieser Angabe im vorliegenden Fall. Nach § 5 Abs. 2 Satz 3 GlüStV muss die Werbung deutliche Hinweise auf das Verbot der Teilnahme Minderjähriger, die von dem jeweiligen Glücksspiel ausgehende Suchtgefahr und Hilfsmöglichkeiten enthalten. Nach Nr. 2 des Anhangs zum Glücksspielstaatsvertrag ist eine Information über Höchstgewinne zudem mit der Aufklärung über die Wahrscheinlichkeit von Gewinn und Verlust zu verbinden. Beiden Vorschriften werden die genannten Werbeträger der Beklagten

nicht gerecht.

Die in großen schwarzen Lettern und mit einem Ausrufungszeichen versehene Aufschrift JACKPOT! mit dem in überdimensional großer roter Schrift darunter angegebenen Millionenbetrag auf dem Aufsteller fällt bereits aus großer Entfernung ins Auge. Unterstrichen wird diese Wirkung durch den auf dem Aufsteller abgebildeten Lottotrainer, der mit einem auffordernden Lächeln auf den Höchstgewinn zeigt. Entsprechendes gilt für die blickfangmäßig in dunkelroten Lettern aufblinkende Angabe „Jackpot Lotto 5 Mio“ auf der im Fenster einer Annahmestelle der Beklagten angebrachten LED-Tafel. Die dem gegenüber auf den Werbeträgern in Kleinstschrift angebrachten Verbots-, Gefahren- und Aufklärungshinweise fallen dem gegenüber kaum ins Gewicht und müssen zwangsläufig übersehen werden. Zwischen der plakativen Hervorhebung des Höchstgewinnbetrages und der im Schriftbild demgegenüber kaum in Erscheinung tretenden Erwähnung der Suchtgefahr und der geringen Gewinnwahrscheinlichkeit besteht ein auffälliges Missverhältnis. Die Unausgewogenheit der Aufmachung der Aufsteller und der LED-Tafel, die sich aus der einseitigen Hervorhebung der Möglichkeit eines besonders hohen Gewinns ergibt, bewirkt einen gesteigerten Anreiz der durch die Werbung angesprochenen Personen zur Teilnahme an der Lotterie. Der gemäß § 5 Abs. 1 GlüStV erlaubte informative Gehalt der Werbung tritt deutlich gegenüber deren Aufmachung als Reklame mit Anreiz zur Teilnahme zurück (vgl. dazu OLG München, GRUR-RR 2008, 310 Rnr. 41), zumal die Hinweise nach § 5 Abs. 2 GlüStV und Nr. 2 des Anhangs zum GlüStV ihre Wirkung kaum entfalten können und damit ihr Ziel verfehlen. Das verstößt gegen § 5 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 GlüStV.

Der Verstoß gegen § 4 Nr. 11 UWG in Verbindung mit § 5 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 GlüStV ist angesichts der marktbeherrschenden Stellung der Beklagten bei der Veranstaltung von Lotterien und der Reichweite ihrer Werbemaßnahmen auch geeignet, die Interessen der Verbraucher, deren Schutz § 5 GlüStV dient,

nicht unerheblich im Sinne des § 3 UWG a.F. und spürbar im Sinne des § 3 Abs. 1 UWG zu beeinträchtigen.

2.5. Die von der Klägerin unter Ziffer 3) ihres Antrags beanstandete Internet-Werbung der Beklagten verstößt gegen § 5 Abs. 3 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, 3 Nr. 1 i.V.m. § 3 Abs. 1 UWG gegen die Beklagte zusteht.

Entgegen der Rechtsansicht der Beklagten, enthalten die in dem Antrag zu Ziffer 3) in Bezug genommenen Internetseiten der Beklagten Werbung im Sinne des § 5 Abs. 3 GlüStV. Der Begriff der Werbung wird weder in § 5 GlüStV, noch im UWG selbst definiert. Im Wettbewerbsrecht allgemein anerkannt ist die Herleitung des lauterkeitsrechtlichen Begriffs der Werbung aus Art 2 lit a) der Irreführungsrichtlinie 2006/114/EG (vgl. Köhler in Hefermehl/Köhler/Bronkmann, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb UWG, 27. Aufl. 2009, § 6 UWG, Rnr. 27). Danach fällt unter den Begriff der Werbung „jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen zu fördern.“ Auf diese vom Bundesgerichtshof regelmäßig in entsprechenden Zusammenhängen herangezogene Definition wird auch in den Erläuterungen zum Entwurf des Glücksspielstaatsvertrages unter Hinweis auf BGH, Urteil vom 09. Juni 2005 – I ZR 279/02 Bezug genommen (vgl. dortige Erläuterungen zu § 5).

Vor dem Hintergrund dieses dem Glücksspielstaatsvertrag zugrunde liegenden weiten Werbebegriffs kann der Rechtsansicht der Beklagten, es handele sich bei ihrem Internetauftritt nicht um Werbung im Sinne des § 5 Abs. 3 GlüStV nicht gefolgt werden. Sinn und Zweck der anzeigenähnlichen Darstellungen über eine gesamte Webpage ist, wie eine Auswertung der von der Klägerin zur Konkretisierung ihres Verbotsantrags in Bezug genommenen Fotos zeigt, neben sachlicher Information des

Verbrauchers jedenfalls auch die Steigerung des Absatzes der von der Beklagten angebotenen Glücksspiele und Sportwetten. Die Inhalte beider Seiten stellen für den Betrachter einen Anreiz zur Teilnahme am Lottospiel dar. Durch den auf der Internetseite großflächig abgebildeten Lottoschein soll der Betrachter an das Lottospiel herangeführt und zum Ausfüllen eines Lottoscheins animiert werden, was er spielerisch schon mal im Internet ausprobieren kann. Der Schritt zum Ausfüllen eines echten Lottoscheins wird sehr viel kleiner, wenn man es im Internet schon mal ausprobiert hat. Entsprechendes gilt für die farblich aufwendig gestaltete Seite mit dem Foto einer Annahmestelle und den dem Betrachter freundlich entgegen lächelnden Verkäuferinnen. Insbesondere durch die farbliche Abbildung der unterschiedlichen Logos der von der Beklagten angebotenen Glücksspielarten und dem auf beiden Seiten auftauchenden Lottotrainer, den der Verbraucher angesichts seiner Präsenz im öffentlichen Straßenbild unweigerlich mit dem Glücksspielangebot der Beklagten verbindet und der ausweislich der Anlage 7 des Anlagenkonvoluts 1 zur Antragsschrift zu Registernummer 30761012.8 des Deutschen Patent- und Markenamtes (Leitzordner) für die Beklagte auch als Wort- und Bildmarke für die Klasse 35 für Werbung geschützt ist, setzt die Beklagte hier auf den Wiedererkennungseffekt. Der Betrachter soll aufgefordert werden, es doch selber einmal mit dem Ausfüllen eines Lottoscheins bzw. dem Aufsuchen einer Lottoannahmestelle zu probieren.

Dass die Werbung sachlich und informativ gehalten ist, sich im Rahmen dessen hält, was der Bayrische Verwaltungsgerichtshof als Werbung mit einer „sachlichen Botschaft mit werbetypischer Umrahmung ohne gezielten Anreiz zum Mitspielen“ bezeichnet (BayVGh, Urt.v.18.12.2008, Az.: 10 BV 07.558, dokumentiert bei juris, Rnr. 34) und mit ausreichenden ‚links‘ zu Informationen über Jugend- und Spielerschutz versehen ist, spielt für die Frage der Zulässigkeit der Werbung im Rahmen des § 5 Abs. 3 GlüStV keine Rolle. Das Verbot der Werbung für öffentliches

Glückspiel im Internet ist eindeutig. Eine Einschränkung des Verbots ist nicht dadurch möglich, dass man die Absätze 1 und 2 des § 5 GlüStV in Absatz 3 hineinliest. Das ergibt sich nicht nur aus dem eindeutigen Wortlaut, sondern auch aus der Systematik des Gesetzes. Einer besonderen Formulierung für das Internet hätte es nicht bedurft, wenn die darüber verbreitete Werbung an sich zulässig und nur wie die über andere Medien verbreitete Werbung auch den inhaltlichen Schranken des § 5 Abs. 1 und 2 GlüStV unterliegen würde. Die Rechtsansicht des Landgerichts, der Werbebegriff in § 5 Abs. 3 GlüStV sei einschränkend dahin auszulegen, dass ein Internetauftritt mit überwiegend informativem Charakter davon nicht erfasst sei, findet deshalb weder im Wortlaut, noch in der Systematik des Gesetzes eine Stütze (so auch OLG Oldenburg, GRUR-RR 2009, 67, 68).

Entsprechendes ergibt sich auch nicht aus den Erläuterungen zum Entwurf des Staatsvertrages. Hintergrund des umfassenden Werbeverbotes im Glücksspielstaatsvertrag waren ausweislich der Erläuterungen zu seinem Entwurf die besondere Zielgruppenorientierung mit einer Konzentration auf überwiegend junge Teilnehmer und die vom Internet ausgehende Breitenwirkung. Die Möglichkeit des sofortigen Übergangs zur Teilnahme am Spiel wird dort nur als zusätzliches Gefahrenelement genannt. Es hat bereits in § 4 Abs. 4 GlüStV seinen Niederschlag gefunden, insoweit als das Veranstellen und Vermitteln öffentlicher Glücksspiele im Internet verboten ist. Das Argument des Landgerichts, von einer nach § 5 Abs. 3 GlüStV unzulässigen Werbung sei bei dem Internetauftritt der Beklagten insbesondere deshalb nicht auszugehen, weil eine unmittelbare Teilnahme am Lottospiel über das Internet nicht möglich sei, überzeugt aus diesem Grunde nicht (so aber andeutungsweise Hecker/Ruttig, in Dietlein/Hecker/Ruttig, Glücksspielrecht, München 2008, § 5 GlüStV, Rnr. 63, die eine Reduktion des Tatbestandes von Abs. 3 erwägen für den Fall, dass „online“ eine Werbung für allein „offline“ angebotene Produkte erfolgt).

Auch für die Rechtsansicht der Beklagten, dass zwischen unerlaubter Bannerwerbung auf Drittseiten und erlaubter Darstellung werbend informativer Texte auf der eigenen Homepage zu unterscheiden sei, gibt es keinen Anhalt im Gesetz. Übergeordnete verfassungs- und europarechtliche Gesichtspunkte verlangen einen strengen Maßstab bei der Auslegung der Vorschriften des Glücksspielstaatvertrages einschließlich seines die Werbung betreffenden Art. 5.

Glücksspiel ist eine sowohl für Veranstalter, als auch Vermittler von Glücksspielen einträgliche Einnahmequelle. Die freie Betätigung auf dem Glücksspielmarkt ist eine sowohl in den Schutzbereich der Berufsfreiheit des Art. 12 GG, als auch den Schutzbereich der europarechtlich garantierten Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit (Art. 43 und 49 EG) fallende wirtschaftliche Tätigkeit, deren Beschränkung durch ein staatliches Glücksspielmonopol – wie in § 5 des Berliner AG GlüStV vorgesehen – sowohl europa- als auch verfassungsrechtlich nur gerechtfertigt werden kann, wenn es konsequent am Ziel der Bekämpfung von Suchtgefahren ausgerichtet ist (vgl. zu der parallel gelagerten Problematik beim staatlichen Sportwettenmonopol BVerfG, a.a.O., Rnr. 142 – 157 sowie 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). Bei der Frage, wie gefährlich Glücksspiel ist und welche Maßnahmen erforderlich sind, um die davon ausgehenden Gefahren abzuwenden, hat der Gesetzgeber eine Einschätzungsprärogative. In der Bundesrepublik Deutschland haben sich die gesetzgebenden Länder über den Glücksspielstaatsvertrag und die dazu ergangenen Ausführungsgesetze gegen eine kontrollierte Zulassung auch privater Glücksspielanbieter über ein Konzessionssystem und statt dessen für das strengere staatliche Glücksspielmonopol entschieden. Gerechtfertigt werden kann das nur über die Belange des Gesundheits- und Verbraucherschutzes sowie der Verbrechensbekämpfung, keineswegs über fiskalische

Gesichtspunkte, selbst wenn das eingespielte Geld überwiegend für Zwecke des Gemeinwohls eingesetzt wird. (vgl. Leitsatz 3b zu BVerfG vom 28.03.2006, a.a.O.). Die Möglichkeiten der Bewerbung sind deshalb im Glücksspielstaatsvertrag bewusst auf ein Mindestmaß beschränkt worden. Nur so konnte die dem Europarecht und dem deutschen Grundgesetz nach Maßgabe der zitierten Entscheidungen des EuGH und des Bundesverfassungsgerichts geschuldete Konformität hergestellt und die Verhältnismäßigkeit des Glücksspielmonopols als Eingriff in die europa- und verfassungrechtlich geschützten Positionen anderer Marktteilnehmer gerechtfertigt werden. Staatliche Glücksspielangebote haben sich deshalb grundsätzlich absatzfördernden Maßnahmen zu enthalten. Letztere sind entsprechend den Zielvorgaben des § 1 GlüStV nur insoweit zuzulassen, als sie dem Umstand geschuldet sind, dass das staatliche Glücksspielangebot attraktiv genug gestaltet sein muss, damit Glücksspielinteressierte nicht ins illegale Glücksspiel abwandern. Ein eigener – wenn auch überwiegend sachlich – werbender Internetauftritt der Beklagten ist dafür nicht erforderlich. Printmedien, Post- und Wurfsendungen sowie Aufsteller und Plakate sind ausreichend, um auf das Angebot der Beklagten aufmerksam zu machen.

Der unzulässige Internetauftritt der Beklagten ist angesichts ihrer marktbeherrschenden Stellung auch geeignet, die Interessen der Verbraucher, die durch § 5 Abs. 2 GlüStV geschützt werden sollen, spürbar zu beeinträchtigen.

2.6. Dem gegenüber hat das Landgericht den Antrag der Klägerin zu Ziffer 1a) zu Recht als in der Sache nicht begründet angesehen. Der Klägerin steht ein entsprechender Unterlassungsanspruch aus § 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 i.V.m. § 3 Abs. 1, § 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 5 Abs. 1 und 2 GlüStV nicht zu.

Der Antrag richtet sich zwar nicht gegen Aufstellerwerbung insgesamt, aber gegen die Mitteilung des möglichen Höchstgewinns durch sog. Aufstellerwerbung vor einer

Annahmestelle im öffentlichen Verkehrsraum insgesamt. Zwar hat die Klägerin durch die von ihr eingereichten Fotos auf die konkrete Aufstellerwerbung der Beklagten Bezug genommen, als charakteristisches Element hervorgehoben hat sie aber nicht die besondere Aufmachung dieser Aufsteller, sondern die Mitteilung des Höchstgewinnbetrages in der laufenden Ziehung, wie auch die Fassung des Antrags zu Ziffer 1b) abgrenzend verdeutlicht. In dieser allgemein gehaltenen Form kann dies nicht als Verstoß gegen § 5 Abs. 1 und 2 GlüStV angesehen werden. Wie unter 3. ausgeführt, ist nicht jede Art der werbenden Mitteilung des Höchstgewinnbetrages durch § 5 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 GlüStV untersagt und deshalb unlauter. Es kann durchaus dem in § 5 Abs. 1 GlüStV angesprochenen Ziel, legale Glücksspielmöglichkeiten anzubieten, entsprechen, in die Information und Aufklärung über die Möglichkeit zum Glückspiel einen Hinweis auf die Gewinnhöhe aufzunehmen, weil dies für die Entscheidung des Spielinteressierten, ob er an dem Glückspiel teilnehmen will, von (mit-)entscheidender Bedeutung ist. Die Zulässigkeit der Nennung der Gewinnhöhe ergibt sich insbesondere auch aus der bereits erwähnten Nr. 2 des Anhangs zum GlüStV, in dem ausdrücklich die „Information über Höchstgewinne“ mit dem Gebot der Aufklärung über die Wahrscheinlichkeit von Gewinn und Verlust verknüpft wird.

Die Information kann grundsätzlich auch ohne Verstoß gegen § 5 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 GlüStV auf vor der Annahmestelle im öffentlichen Verkehrsraum aufgebauten Aufstellern erfolgen, insbesondere dann, wenn auch die Läden in der unmittelbaren Nachbarschaft durch entsprechende Aufsteller auf ihr Warenangebot aufmerksam machen und sich die Aufsteller der Beklagten als einige von vielen in das allgemeine Straßenbild einfügen. Eine unzulässige Anreizwirkung kann diesen Aufstellern dann nicht von vornherein zugeschrieben werden. Entscheidend ist die konkrete Aufmachung der einzelnen Aufsteller und die Art und Weise der Präsentation, insbesondere ob aufklärende Informationen über Suchtgefahren und Gewinnchancen in einem ausgewogenen Verhältnis zu der zum

Glückspiel anreizenden Angabe der Höhe des Höchstgewinnbetrages stehen. Da der Antrag der Klägerin zu Ziffer 1a) eine entsprechende Charakterisierung der inkriminierten Werbung vermissen lässt, konnte die beantragte Verbotsverfügung insoweit nicht ausgesprochen werden.

2.7. Die mit dem Antrag zu 2) der Klägerin verfolgte Verbotsverfügung hat das Landgericht im Ergebnis ebenfalls zu Recht abgelehnt.

2.7.1. 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.

2.7.2. Soweit die Klägerin mit ihrem Antrag zu 3 c) die allgemeinen Vertriebsmethoden der Beklagten angreift, ihre Angebote zur Teilnahme an Glücksspielen, 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.

2.7.3. 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 tragfähigen 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.

2.7.4. 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.

C. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1 ZPO.