
Datum: 13.12.2005
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 20. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: I-20 U 81/05
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2005:1213.I20U81.05.00

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil der 1. Kammer für Handels-sachen des Landgerichts Duisburg vom 24. Februar 2005 wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass im Tenor hinter den Worten „an den Aus-spielungen des deutschen Lotto- und Totoblocks“ das Wort „kostenlos“ eingefügt wird.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Beklagte.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 20.000,00 Euro abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstre-ckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Beklagte, die in Deutschland ca. 2.700 Filialen betreibt, bewarb für die Zeit vom 16. September bis zum 13. November 2004 eine "Aktion" u.a. mit einem farbigen Werbeprospekt, wie er im landgerichtlichen Urteil (in schwarz-weiß) abgebildet ist. Danach konnten ihre Kunden in diesem Zeitraum "Bonuspunkte" sammeln, wobei sie je 5,00 Euro Einkaufswert pro Einkauf 1 Bonuspunkt erzielten. Ab 20 Bonuspunkten konnten sie am 06.11./27.11.2004 kostenlos an der Lottoziehung des deutschen Lottoblocks teilnehmen; zu diesem Zwecke hatten sie auf einer Teilnahmekarte, wie sie gleichfalls im angefochtenen Urteil (in schwarz-weiß) abgebildet ist, auf einer Seite die Bonuspunkte aufzukleben, auf der anderen Seite sollten sie u.a. "6 Gewinnzahlen" nach ihrer Wahl ankreuzen. Die Karten wurden bei den Filialen der Antragsgegnerin eingesammelt und an die P. B. GmbH weitergesandt, die die Daten erfasste und die für die Teilnahme an den Ziehungen notwendigen Handlungen vornahm. Eine gleichzeitig angekündigte "Sonderverlosung" von Kraftfahrzeugen ist nicht Gegenstand des Klageantrages.

Dies beanstandet der klagende Verein als Verstoß gegen § 4 Nr. 6 UWG und verlangt Unterlassung sowie Ersatz der Abmahnkosten. Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt,	2
es bei Meidung näher bezeichneter Ordnungsmittel zu unterlassen,	3
im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs in an den Letztverbraucher gerichteter Werbung oder sonst werblich den Verkauf von Waren zu bewerben mit der Ankündigung eines Gewinnspiels in der Weise, dass der Kunde beim Erwerb von Waren Bonuspunkte erhält, bei deren Sammlung er die Möglichkeit hat, an den Ausspielungen des deutschen Lotto- und Totoblocks teilzunehmen,	4
insbesondere wenn dies geschieht, wie in der Anlage K 1 und K 2 wiedergegeben (<i>es folgt die Wiedergabe der Anlagen</i>),	5
sowie 189,00 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 29. Oktober 2004 an den Kläger zu zahlen.	6
Zur Begründung hat es ausgeführt, es finde eine unzulässige Kopplung zwischen der Teilnahme an einem Gewinnspiel und dem Erwerb von Waren statt. An der beworbenen Lottoziehung könnten nur Kunden der Beklagten teilnehmen, die zuvor bei ihr Waren im Werte von mindestens 100,00 Euro erworben hätten. Zwar sei eine Teilnahme an den Ausspielungen des deutschen Lotto- und Totoblocks auch andernorts möglich, diese Möglichkeit sei aber nicht gleichwertig, weil sie nicht kostenlos sei, wie dies aber von der Beklagten angeboten werde. Dass die Ausspielung selbst nicht von der Beklagten, sondern von einem Dritten durchgeführt werde, sei unerheblich.	7
Gegen diese Würdigung richtet sich die Berufung der Beklagten. Sie macht geltend, Lose vergleichbarer Art kosteten weniger als 1 Euro. Von einem unzulässigen Anlocken könne daher keine Rede sein. Sie sei auch nicht Veranstalterin einer Lotterie, lediglich der Spieleinsatz für eine zulässige Lotterie werde von ihr als Treueprämie übernommen. Es handele sich mithin um eine "Treueaktion", bei der kein Anspruch auf Nichtdiskriminierung bestehe. Eine Kopplung zwischen Warenkauf und Teilnahme an einem Gewinnspiel finde nicht statt, weil jedermann an der Lotterie teilnehmen könne und auch nicht der Eindruck erweckt werde, Kunden der Beklagten hätten eine höhere Gewinnchance. Sie beantragt daher,	8
unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen.	9
Der klagende Verein beantragt,	10
die Berufung mit der aus der Formel ersichtlichen Maßgabe zurück- zuweisen.	11
Er verteidigt unter Ergänzung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens das angefochtene Urteil.	12
Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Feststellungen des angefochtenen Urteils und die Schriftsätze der Parteien im Berufungsverfahren Bezug genommen.	13
Die Berufung der Beklagten hat keinen Erfolg.	14
1.	15
	16

Partei dieses Rechtsstreits ist entgegen der Angabe in der Klageschrift und im angefochtenen Urteil nicht die "P. W. GmbH & Co. OHG", sondern die "P. W. GmbH". In der mündlichen Verhandlung des Berufungsverfahrens waren sich die Parteien einig, dass es sich bei der ursprünglichen Bezeichnung um eine Falschbezeichnung handelte. So war die Beklagte bereits in dem angegriffenen Werbeprospekt (Anlage K 2) auch als "P. W. GmbH" bezeichnet. Dementsprechend durfte die Beklagte auch unter ihrer zutreffenden Bezeichnung Berufung einlegen, obwohl in dem sie beschwerenden Urteil eine andere Firmierung angegeben war.

2. 17

Die Aktivlegitimation des klagenden Vereins, zu dessen Mitgliedern u.a. Industrie- und Handelskammern gehören, steht zu Recht außer Streit. 18

3. 19

Die beanstandete Werbung ist - wie das Landgericht zutreffend ausführt - wegen unzulässiger Kopplung der Teilnahme an der Lotterie an einen vorherigen Warenkauf wettbewerbswidrig. Der Tenor des Landgerichts war lediglich entsprechend dem Antrag des Klägers im Termin vom 29. November 2005 um das Wort "kostenlos" zu ergänzen, da die vom Landgericht beanstandete unzulässige Diskriminierung durch die Beklagte zwischen Käufern und Nichtkäufern gerade in der Gewährung der Möglichkeit einer kostenlosen Teilnahme an der - ansonsten frei zugänglichen - staatlichen Lotterie besteht. 20

Der Senat hat in seinem Urteil vom 19. April 2005 (I-20 U 212/04), welches eine - vom Zeitraum abgesehen - identische Werbung der Beklagten betraf, Folgendes ausgeführt: 21

a) Betrachtet man allein den Wert der Zugabe, ist er allerdings zu gering, als dass man von einer unlauteren Beeinflussung des Kunden (§ 4 Nr. 1 UWG) ausgehen könnte. Das für das Ausfüllen eines Lottoscheins aufzuwendende Entgelt beträgt nach den Angaben der Antragsgegnerin allenfalls 1,00 Euro, während der Kunde mindestens Waren im Werte von 100,00 Euro einkaufen muss (vgl. auch BGH WRP 2004, 481 - Treuepunkte). 22

b) Zu Recht hat das Landgericht die "Aktion" jedoch als unzulässige Kopplung zwischen Warenabsatz und Teilnahme an der Lotterie (§ 4 Nr. 6 UWG) angesehen. 23

Durch diese Vorschrift hat der Gesetzgeber jegliche Kopplung des Absatzes von Waren bzw. Dienstleistungen mit der Teilnahme an Gewinnspielen unter dem Gesichtspunkt einer unsachlicher Beeinflussung des Verkehrs durch Ausnutzung der Spiellust und der Hoffnung auf einen leichten Gewinn als unlauter angesehen (vgl. Köhler, in Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 23. Aufl., § 4 UWG Rdnr. 6.2). Eine derartige unzulässige Kopplung hat das Landgericht hier zu Recht angenommen. 24

Die Lotterie ist in diesem Fall als "Gewinnspiel" anzusehen. Der Gewinner wird allein durch ein Zufallselement ermittelt (vgl. Köhler, a.a.O., § 4 UWG Rdnr. 1.120). Die Unterscheidung zwischen "Gewinnspiel" und "Glücksspiel" danach, ob ein Einsatz erforderlich ist (vgl. Köhler, a.a.O., § 4 Rdnrn. 1.121, 11.176), spielt hier keine Rolle. Die Frage, ob die Kunden der "Aktion" einen Einsatz in Form der "Bonuspunkte" leisten, ist unerheblich. Selbst wenn man sie an sich als Einsatz ansieht, empfinden die Kunden sie auf Grund der angegriffenen Werbung nicht als Einsatz; die Teilnahmemöglichkeit wird mehrfach als "gratis" bezeichnet. Auf die Frage, ob auf Grund von Sinn und Zweck des § 4 Nr. 6 UWG im Rahmen dieser Vorschrift (legale) Glücksspiele nicht allgemein als "Gewinnspiele" anzusehen sind, bedarf 25

danach keiner Entscheidung.

Den angesprochenen Verkehrskreisen ist eine Teilnahme an der Lotterie zu gleichen Bedingungen nicht anderweit möglich. Zwar kann der Verbraucher - wie die Antragsgegnerin insoweit zutreffend hervorhebt - ohne Weiteres einen Lottoschein problemlos anderweit erwerben. Es kann auch nicht die Rede davon sein, dass durch die Teilnahme über die Antragsgegnerin erhöhte Gewinnchancen bestehen oder der Verkehr dies auch nur annehmen könnte. Dies sind aber nicht die einzigen - ersichtlich im Hinblick auf die Fallgestaltungen, die der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zugrunde gelegen haben - maßgeblichen Gesichtspunkte, um von einer unzulässigen Kopplung auszugehen. Zu Recht hat das Landgericht die Vorschrift so verstanden, dass es an einer Abhängigkeit nur dann fehlt, wenn dem angesprochenen Verkehr eine "diskriminierungsfreie" Alternative der Teilnahme an dem Gewinnspiel zusteht. Die Veranstaltung eines Gewinnspiels oder die Werbung für Gewinnspiele im Zusammenhang mit dem eigenen Gewerbebetrieb ist zwar als solche nicht unlauter. Dabei dürfen aber dem Abnehmer von Erzeugnissen sonst keine Vergünstigungen in Aussicht gestellt werden. Die Alternative muss allgemein gleichwertig sein (vgl. Hecker, in Fezer, UWG, § 4-6 Rdnrn. 70/71). Zu den Vergünstigungen gehört auch die Kostenlosigkeit der ansonsten kostenpflichtigen Teilnahme, die die Antragsgegnerin in den zum Gegenstand des Antrages gemachten Werbeaussagen hervorgehoben hat. 26

Der Gesetzeszweck greift auch hier ein. Zumindest werden die potentiellen Kunden angesprochen, die sonst nicht oder nur in stark begrenztem Umfang an der Lotterie teilnehmen, weil ihnen dafür "ihr Geld zu schade ist", aber die Möglichkeit einer "kostenlosen" Teilnahme "mitnehmen" wollen. Insoweit wird die Spiellust und die Hoffnung auf einen leichten Gewinn unmittelbar für den Warenabsatz ausgenutzt. Soweit die Antragsgegnerin auf das Urteil des OLG Köln vom 01. Oktober 2004 (6 U 85/04) verweist, liegt ihm eine andere Fallgestaltung zugrunde; das Oberlandesgericht hat in seiner Entscheidung ausdrücklich festgestellt, dass dort eine Kopplung der Teilnahme an einem Gewinnspiel mit dem Warenabsatz gerade nicht stattfand. 27

Der von der Werbung angesprochene Verkehr ist in der Verwendung der "Bonuspunkte" nicht frei, sondern kann sie nur für eine kostenlose Teilnahme an der Lotterie verwenden. Ob es noch eine unzulässige Kopplung darstellen würde, wenn die kostenlose Teilnahme an einem Gewinnspiel nur eine von vielen Möglichkeiten darstellen würde, seine "Treuepunkte" umzusetzen (dies möglicherweise verneinend mit unklarer Begründung Hecker, a.a.O., § 4-6 Rdnr. 66), bedarf keiner Entscheidung. 28

c) Zu Recht hat das Landgericht es auch für unerheblich erachtet, dass die Antragsgegnerin die Lotterie nicht selbst veranstaltet. Sie hat die Möglichkeit der - kostenlosen - Teilnahme beworben und organisiert. Das reicht aus (vgl. auch BGH GRUR 1990, 611 - Werbung im Programm unter IV. 3. für eine andere Fallgestaltung). 29

d) Der Wettbewerbsverstoß ist auch nicht unerheblich im Sinne des § 3 UWG. 30

Dabei kommt es auf die Frage, ob dabei auch die Gefahr einer Nachahmung durch Dritte berücksichtigt werden kann (kritisch insoweit Köhler, GRUR 2005, 1, 5), nicht an. Einer Unerheblichkeit der "Aktion" steht bereits die Marktmacht der Antragsgegnerin und die Vielzahl der angesprochenen Kunden entgegen. 31

Dass die Vergünstigung nur einen geringen Wert hat, ist gleichfalls unerheblich. Ob überhaupt eine Bagatellgrenze existiert, sei es bezogen auf den Wert der ersparten Aufwendungen zum Erwerb eines vergleichbaren Loses, sei es bezogen auf die Gewinne 32

(verneinend Hecker, a.a.O., Rdnr. 80), kann offen bleiben. Jedenfalls bei der vorliegenden Fallgestaltung kommt eine derartige Beurteilung nicht in Betracht. Die ansonsten ersparten Aufwendungen werden - was aus offensichtlichen Gründen nicht weiter verwundert - in der angegriffenen Werbung nicht genannt, darüber "spielen" die anpreisenden Schlagzeilen hinweg. Zudem werden - wie bereits erwähnt - jedenfalls die Personen angesprochen, die ansonsten kein Lotto spielen, aber eine kostenlose Teilnahmemöglichkeit "mitnehmen" wollen und deshalb ihre Einkäufe diesmal bei der Antragsgegnerin vornehmen. Was die Höhe der möglichen Gewinne betrifft, können sie gleichfalls nicht als gering angesehen werden.

Soweit die Antragsgegnerin darauf verweist, der Verkehr wisse um die äußerst geringen Gewinnchancen, er werde sich daher von ihrem Angebot nicht beeinflussen lassen, mag dies auf den ersten Blick zutreffen. Der Gesetzgeber hat in § 4 Nr. 6 UWG gerade aber das irrationale Handeln des Kunden in Bezug auf Gewinnspiele im Blick. Gerade die geringe Wahrscheinlichkeit eines Gewinns macht den Reiz der Gewinn- und Glücksspiele aus. Handelten die Kunden so rational, wie es die Antragsgegnerin in ihrer Verteidigung betont, nähmen sie an einer Lotterie von vornherein nicht teil. Dementsprechend spekuliert die angegriffene Werbung der Antragsgegnerin im Widerspruch zu ihrer Argumentationsweise in diesem Verfahren mit der irrationale Handlungsweise der (potentiellen) Kunden, wenn sie - teilweise blickfangmäßig - mit "IHRE MILLIONENCHANCE" und "SO LEICHT KÖNNEN SIE LOTTO-MILLIONÄR WERDEN" wirbt. 33

An diesen Ausführungen hält der Senat fest. Es mag sein, dass die Würdigung mit dem Leitbild eines "Durchschnittsverbrauchers, der angemessen gut unterrichtet und angemessen aufmerksam und kritisch ist" (Erwägungsgrund (18) zur Richtlinie 2005/29/EG) oder eines "durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers" (vgl. Köhler, in Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 23. Aufl., § 1 UWG Rdnrn. 19 ff.) nicht in Einklang zu bringen ist. Die Diskrepanz ist aber auf die Vorschrift des § 4 Nr. 6 UWG zurückzuführen, die den Schutz des Verbrauchers in diesem Punkt nicht auf täuschende oder belästigende Werbemethoden beschränkt, sondern weitergeht. Ob im Hinblick auf die Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern (die in Anlage I Nrn. 16 und 31 nur noch bestimmte Handlungsweisen im Zusammenhang mit Glücksspielen als unlauter ansieht, aber kein allgemeines Kopplungsverbot vorsieht) ein gesetzgeberischer Anpassungsbedarf besteht (vgl. Seichter, WRP 2005, 1087, 1095) oder sich nicht aus anderen Vorschriften der Richtlinie die Unlauterkeit des beanstandeten Verhaltens bzw. ein Vorbehalt zugunsten nationalen Rechts ergibt, bedarf zum gegenwärtigen Zeitpunkt keiner Entscheidung. Die Umsetzungsfrist der Richtlinie ist noch nicht abgelaufen (Art. 19). 34

4. 35

Dementsprechend kann der Kläger gemäß § 12 Abs. 1 S. 2 UWG auch Ersatz der Aufwendungen für seine Abmahnung verlangen. Gegen die Höhe ergeben sich keine Bedenken. 36

5. 37

Die Nebenentscheidungen beruhen auf § 97 Abs. 1, § 708 Nr. 10, § 711 ZPO. 38

Gründe für die Zulassung der Revision (§ 543 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 ZPO) sind nicht ersichtlich. 39

Berufungsstreitwert: 20.000 Euro 40

