
Datum: 09.07.2013
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 U 187/12
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2013:0709.4U187.12.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 22 O 37/11

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 21. September 2012 verkündete Urteil der 2. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Münster wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten der Berufung.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe:

A.

Die Klägerin ist die Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e. V. Die Beklagte ist ein staatliches Glücksspielunternehmen, das im Gebiet des Landes Nordrhein-Westfalen exklusiv Glücksspiele veranstaltet, u. a. auch durch den Verkauf sogenannter Rubellose und die Teilnahmemöglichkeit an „Lotto 6 aus 49“.

Im Zeitraum vom 26.07.2010 bis zum 11.08.2010 führten die Zeugen N3, B sowie die zu diesem Zeitpunkt minderjährigen Zeuginnen N (geboren 24.11.1992) und N2 (geboren 06.05.1996) insgesamt 28 Testkäufe in Lotto-Annahmestellen im Rhein-Ruhr-Gebiet durch, deren Abläufe zwischen den Parteien streitig sind. Die Klägerin hat die Beklagte mit Schreiben vom 02.02.2011 abgemahnt und geltend gemacht, die Beklagte habe gegen § 4 Abs. 3 des Glücksspielstaatsvertrags (GlüStV) verstoßen, weil sie nicht sichergestellt habe, dass Minderjährige von der Teilnahme an öffentlichen Glücksspielen ausgeschlossen seien. Die Beklagte hat die geforderte strafbewehrte Unterlassungserklärung nicht abgegeben.

Die Klägerin hat behauptet, die Beklagte missachte Jugendschutzbestimmungen und verkaufe vielfach Glücksspielprodukte an Minderjährige. Dies sei durch die streitgegenständlichen Testkäufe dokumentiert worden. Diese seien alle demselben Muster gefolgt. Wegen der diesbezüglichen Einzelheiten wird auf Seite 6 der Klageschrift sowie auf das Anlagenkonvolut K 2 Bezug genommen.

Die Klägerin hat beantragt, 6

1. 7

die Beklagte zu verurteilen, es bei Meidung eines Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft, zu unterlassen, bei geschäftlichen Handlungen im Glücksspielwesen Minderjährigen die Teilnahme am Glücksspiel durch den Verkauf von Rubbellosen und/oder Lotto 6 aus 49 zu ermöglichen, 8

2. 9

die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 208,65 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 03.02.2011 zu zahlen. 10

Die Beklagte hat beantragt, 11

die Klage abzuweisen. 12

Sie hat die Durchführung, die Abläufe und Ergebnisse der Testkäufe und den Umstand, dass die Testkäuferinnen minderjährig gewesen seien und keine Altersverifikation durchgeführt worden sei, mit Nichtwissen bestritten. Bei den von ihr vorgenommenen Recherchen in den betroffenen Annahmestellen seien die von der Klägerin behaupteten Vorgänge – insoweit unstreitig – nicht bestätigt worden, weil sich das Personal der Annahmestellen nicht daran habe erinnern können bzw. diese in Abrede gestellt habe. Die Testkäufer hätten sich – insoweit unstreitig – nie als solche ausgegeben. Die Beklagte hat die Ansicht vertreten, es stelle eine faktische Beweisvereitelung dar, dass sich die Testpersonen nach einem durchgeführten Test anonym entfernten und sich nicht offenbarten, so dass der Beklagten eine Nachprüfung unmöglich gemacht werde. Falls es tatsächlich zu einem Erwerb durch eine Testkäuferin gekommen sei, sei davon auszugehen, dass sich diese durch den Ausweis eines Dritten fälschlich als volljährig ausgegeben habe. Außerdem hat die Beklagte gemeint, dass die Testkäufe in den Annahmestellen nicht ihrer Sphäre zugerechnet werden könnten, da es sich um selbständige Handelsvertreter handele. Sie hat ferner mit näheren Ausführungen die Zulässigkeit der angeblichen Testkäufe durch eine Minderjährige im Auftrag von Mitbewerbern in Zweifel gezogen und zudem die Ansicht vertreten, ein Verstoß gegen § 4 Abs. 3 GlüStV scheide bereits deshalb aus, weil der Spielvertrag wegen Verstoßes gegen § 134 BGB nichtig sei und somit schon keine Teilnahme am Glücksspiel vorliege. Ferner sei § 4 Abs. 3 GlüStV keine Marktverhaltensregelung im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG. 13

Die Beklagte hat zudem die Einrede der Verjährung erhoben. Diesbezüglich hat sie gemeint, die Klägerin müsse sich die Kenntnis der Testkäufer bezüglich der den Wettbewerbsverstoß begründenden Tatsachen zurechnen lassen. 14

Nach Vernehmung der Zeugen N3, B, N und N2 hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Wegen der Begründung wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils Bezug genommen. 15

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Klägerin, mit der sie die Tatsachenfeststellung und Rechtsanwendung des Landgerichts wie folgt beanstandet: Die Urteilsbegründung überzeuge schon deshalb nicht, weil die Beklagte zunächst überhaupt keine Nachfragen bei den Annahmestellenbetreibern vorgenommen habe. Dies sei erst im Verlauf des Prozesses erfolgt, nachdem das Landgericht berechtigte Zweifel daran geäußert habe, ob es der Beklagten gestattet sei, mit Nichtwissen zu bestreiten. Sie habe erst aufgrund des gerichtlichen Hinweises und mehr als ein Jahr nach Klageerhebung Anfragen an die Annahmestellen gerichtet. Unter Berücksichtigung der vom Senat mit Urteil vom 31.07.2012 (4 U 21/10 OLG Hamm) aufgestellten Grundsätze sei ein Bestreiten mit Nichtwissen nach § 138 Abs. 4 ZPO hier nicht zulässig. Nach § 4 Abs. 3 GlüStV hätten Veranstalter und Vermittler sicherzustellen, dass Minderjährige von der Teilnahme ausgeschlossen seien. Mit diesem Schutzzweck sei es nicht zu vereinbaren, ein Massengeschäft zu unterhalten, bei dem sich die Beklagte hinsichtlich eines einzelnen Verkaufsvorgangs stets nach kurzer Zeit darauf zurückziehen könne, sich nicht erinnern zu können. Sie sei gehalten, die von ihr veranstalteten Glücksspiele nach Zeit, Ort und Durchführung einer Altersverifikation nachvollziehbar zu gestalten. Wenn sich die Beklagte in Kenntnis ihres Sicherstellungsauftrags einer Vertriebsstruktur bediene, in deren Rahmen sie den Ausschluss Minderjähriger nicht sicherstellen und dokumentieren könne, sei ihr nicht noch ein zulässiges Bestreiten mit Nichtwissen zuzugestehen, zumal unstreitig sei, dass die Glücksspielprodukte zu den angegebenen Zeiten verkauft worden seien. Insbesondere die Rubellose ließen sich eindeutig einer bestimmten Annahmestelle zuordnen, da sie von dieser vor dem Verkauf registriert würden. Die Beklagte müsse wegen ihres Sicherstellungsauftrags substantiiert darlegen, dass und weshalb kein Verkauf an eine Minderjährige erfolgt sei. Dies könne sie nicht, weil sie den Schutz Minderjähriger nicht sicherstelle. Weil die Erinnerung der Testkäufer an die Vorgänge naturgemäß mit der Zeit verblasse und die Beklagte andererseits gesetzlich verpflichtet sei, den Ausschluss der Teilnahme Minderjähriger sicherzustellen, führe dies zur Unzulässigkeit des Bestreitens mit Nichtwissen. Nach den Grundsätzen der Verletzung einer Befundsicherungspflicht sei zudem eine Umkehr der Beweislast anzunehmen. Ferner habe das Landgericht zu Unrecht angenommen, dass die Testkaufdokumentationen nicht geeignet seien, den jeweiligen Verstoß hinreichend zu belegen. Dass die Berichte nahezu denselben Wortlaut hätten, sei darauf zurückzuführen, dass der Test stets nach demselben Schema ablaufe. Eine weitergehende Individualisierung des stets gleichen Ablaufs als durch die Angabe der Identifikationsnummer der Testkäufe und der jeweiligen örtlichen und zeitlichen Gegebenheiten sei nicht möglich. Der Testablauf werde durch den jeweiligen Bericht und durch Fotos im Einzelnen beschrieben. Die Darlegungslast erhöhe sich für die Beklagte durch die Testberichte noch weiter. Es stehe fest, dass bei den Verkäufen der Glücksspielprodukte eine Minderjährige zugegen gewesen sei, ohne dass die Beklagte auch nur ansatzweise darlegen könne oder wolle, welche Maßnahmen sie unternommen habe, um diese Minderjährige am Erwerb von Glücksspielprodukten zu hindern. Das Landgericht habe außerdem das Beweismaß des § 286 ZPO verkannt. Hier sei ein geringeres Beweismaß zugrunde zu legen, weil andernfalls der materielle Sicherstellungsanspruch nach § 4 Abs. 3 GlüStV leer liefe. Da die Testpersonen mehrere hundert, zum Teil über tausend Testkäufe durchgeführt hätten, sei es geradezu zwangsläufig, dass sie sich nicht an jeden Testkauf erinnern könnten. Dies sei auch der Grund für die Dokumentation der Testkäufe. Alle Zeugen hätten überzeugend und widerspruchsfrei bekundet, dass die Testkäufe wie in den Testberichten niedergelegt abgelaufen seien. Danach könne ausgeschlossen werden, dass es sich um gestellte Fotoaufnahmen handele. Es sei davon auszugehen, dass in allen Fällen, in denen die minderjährigen Testpersonen mit Rubellosen vor einer Annahmestelle abgebildet seien, sie diese Rubellose zuvor ohne Alterskontrolle in der Annahmestelle erworben hätten. Es sei unstreitig, dass sowohl die in den Testberichten abgebildeten Lottoquittungen als auch die Rubellose authentisch seien.

Schließlich hätten weder das Oberlandesgericht Koblenz, bestätigt durch den Bundesgerichtshof, noch andere Gerichte Zweifel daran gehabt, dass sich die Testkäufe wie von den Zeugen N und B geschildert ereignet hätten.

Die Klägerin beantragt, 17

das angefochtene Urteil abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, 18

1. 19

es bei Meidung eines Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft, zu unterlassen, bei geschäftlichen Handlungen im Glücksspielwesen Minderjährigen die Teilnahme am Glücksspiel durch den Verkauf von Rubbellosen und/oder Lotto 6 aus 49 zu ermöglichen, 20

2. 21

an die Klägerin 208,65 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 03.02.2011 zu zahlen. 22

Die Beklagte beantragt, 23

die Berufung zurückzuweisen. 24

Sie verteidigt das angefochtene Urteil auch unter Berücksichtigung der neuen Rechtslage nach dem GlüStV2012. Nach der Gesetzesbegründung sei klargestellt, dass die Sicherstellungspflicht nicht als so genannte „Null-Fehler-Politik“ zu verstehen sei. Maßgeblich stelle die Gesetzesbegründung im Falle mittelbarer Verstöße auf das Organisationsverschulden ab. Ein solches Organisationsverschulden treffe die Beklagte nicht. Nach § 4 Abs. 3 S. 4 GlüStV2012 seien Testkäufe durch private Testkaufunternehmen keine rechtlich gesicherte Grundlage für den Nachweis eines Verstoßes. Die Beklagte meint, deshalb seien die von der Klägerin vorgelegten Unterlagen nicht als relevant anzusehen. Wollte man den Testkäufen der c T GmbH gleichwohl nicht jede Beweiskraft absprechen, seien an die Beweiskraft der vorgetragenen Sachverhalte zumindest erheblich strengere Anforderungen zu stellen als an den landläufigen Urkunds- und Zeugenbeweis. 25

Die Beklagte meint mit näheren Ausführungen weiterhin, in zulässiger Weise den Vortrag der Klägerin mit Nichtwissen bestritten zu haben. Maßgeblich sei auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem sich die Parteien im Prozess erklären müssten. Schon in der Klageerwiderung habe sie nachvollziehbar dargelegt, dass nach einem halben Jahr beim Annahmestellenpersonal keine Erinnerung mehr bestanden habe, zumal der Vortrag der Klägerin auch keine Besonderheiten der behaupteten Geschäftskontakte erkennen lasse. Damit habe die Klägerin es ihr bewusst unmöglich gemacht, die tatsächlichen Geschehnisse aufzuklären. Angesichts dessen wäre es unverhältnismäßig, ihr eine Informationsbeschaffungspflicht aufzuerlegen. Vielmehr seien die Grundsätze der Beweisvereitelung heranzuziehen; denn die Klägerin habe durch ihr Verhalten verhindert, dass sie, die Beklagte, sich Beweismittel habe verschaffen können. Selbst wenn man der Beklagten aber eine Informationsbeschaffungspflicht auferlegen wollte, sei sie dieser nachgekommen. Sie habe nämlich umgehend bei den betroffenen Annahmestellen recherchiert, ob sich die von der Klägerin behaupteten Testkäufe zugetragen hätten. In keinem Fall habe sich das Personal an die jeweilige Testkäuferin oder gar die Abgabe von Glücksspielen an diese erinnern können. Nach einem Hinweis des Landgerichts Münster habe sie die Stellungnahmen der Annahmestellen nochmals schriftlich 26

eingefordert. Die Ergebnisse seien gleich geblieben.

Schließlich meint die Beklagte, sie treffe keine Befundsicherungs- bzw. Dokumentationspflicht und die Klägerin habe den ihr obliegenden Beweis des Verkaufs von Glücksspielprodukten an Minderjährige nicht erbracht. 27

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachvortrags der Parteien wird auf den Inhalt der zu den Akten gereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. 28

B. 29

Die zulässige Berufung der Klägerin ist nicht begründet. 30

I. 31

Die Klage ist zwar zulässig. 32

1. 33

Der Unterlassungsantrag ist hinreichend bestimmt im Sinne von § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. 34

2. 35

Die Klägerin ist nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG klagebefugt. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist sie in umfassendem Umfang als prozessführungsbefugt anzusehen. Auf Grund ihrer Mitgliederstruktur hat sie die umfassende Verbandsklagebefugnis für das gesamte Bundesgebiet (*Köhler/Bornkamm*, UWG, 31. Aufl., Einleitung Rn. 2.29; OLG Naumburg WRP 2010, 1567, 1572). 36

II. 37

Die Klage ist jedoch nicht begründet. Der Klägerin steht der geltend gemachte Unterlassungsanspruch gegen die Beklagte aus der allein in Betracht kommenden Anspruchsgrundlage der §§ 8 Abs. 1 und Abs. 3 Nr. 2, 3 Abs. 1, 4 Nr. 11 UWG in Verbindung mit § 4 Abs. 3 S. 3 GlüStV (Glücksspielstaatsvertrag in der Fassung vom 01.01.2008 und in der Fassung vom 15.12.2011) und § 11 Abs. 1 S. 3 AG GlüStV NRW (Nordrhein-Westfälisches Gesetz zur Ausführung des Staatsvertrages zum Glücksspielwesen in Deutschland in der Fassung vom 30.10.2007 und vom 13.11.2012) nicht zu. 38

1. 39

Zwar ist die Klägerin aktivlegitimiert. Auf die vorstehenden Ausführungen zu I. 2. wird Bezug genommen. 40

2. 41

Die Ermöglichung der Teilnahme an öffentlichen Gewinnspielen gegen Entgelt stellt auch eine geschäftliche Handlung nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG dar. 42

3. 43

a) 44

45

§ 4 Abs. 3 GlüStV und die darauf basierende nordrhein-westfälische Ausführungsvorschrift sind Marktverhaltensregelungen im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG (*Senat*, Urteil vom 31.07.2012 – 4 U 21/10 = ZfWG 2012, 365; *Köhler/Bornkamm*, 31. Aufl., § 4 UWG Rn. 11.137c). Der Anwendung des § 4 Nr. 11 UWG steht hier nicht entgegen, dass die Richtlinie 2005/29/EG (UGP-Richtlinie), die die vollständige Harmonisierung der verbraucherschützenden Vorschriften der Mitgliedstaaten über unlautere Geschäftspraktiken bezweckt, keinen vergleichbaren Unlauterkeitstatbestand kennt. Denn sie lässt – vorbehaltlich ihrer Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht – nationale Vorschriften unberührt, die sich auf Glücksspiele beziehen (Erwägungsgrund 9 Satz 2 der Richtlinie 2005/29/EG) (BGH, GRUR 2011, 169 Rn. 19 - *Lotterien und Kasinospiele*; *Köhler/Bornkamm*, a. a. O.).

b) 46

Das von der Klägerin beanstandete Verhalten war schon zum Zeitpunkt der behaupteten Testkäufe verboten. Dieses Verbot besteht auch zum Zeitpunkt der Verkündung dieses Urteils weiterhin (vgl. zu diesem zeitlichen Aspekt bei der Prüfung eines Unterlassungsanspruchs: *Köhler/Bornkamm*, 31. Aufl., § 8 UWG Rn. 1.8a). Nach § 4 Abs. 3 S. 2 und 3 GlüStV und § 11 Abs. 1 S. 2 und 3 des Ausführungsgesetzes NRW in der seinerzeit und auch in der derzeit geltenden Fassung war und ist die Teilnahme von Minderjährigen an öffentlichen Glücksspielen verboten und haben Glücksspielveranstalter und Vermittler sicherzustellen, dass Minderjährige von der Teilnahme ausgeschlossen sind. 47

4. 48

Ein Verstoß gegen die genannten Marktverhaltensregelungen scheidet entgegen der Auffassung der Beklagten nicht wegen einer Nichtigkeit der jeweiligen Spielverträge (§ 134 BGB) aus (so auch OLG München, Beschluss vom 27.04.2011 – 29 U 697/11, Anlage K 11). Eine etwaige Nichtigkeit des zivilrechtlichen Vertrags ändert nichts an der von der Klägerin behaupteten Teilnahme von Minderjährigen an Glücksspielen im Sinne der vorgenannten Regelungen. 49

5. 50

Die Klage ist auch nicht deshalb von vorneherein abzuweisen, weil die Begründung zu § 4 Abs. 3 GlüStV in der Fassung vom 15.12.2011 (GlüStV2012) zwischen der unmittelbaren und der mittelbaren Verantwortung unterscheidet. Zwar treffen die Beklagte Organisations- und Direktionspflichten. Gleichwohl bleibt es dabei, dass nach § 8 Abs. 2 UWG eine Zurechnung des Verhaltens der unmittelbar Verantwortlichen erfolgen kann (auch OLG Koblenz, Urteil vom 01.12.2010 – 9 U 258/10). 51

6. 52

Soweit die Klägerin unter Vorlage von sog. Testkaufdokumentationen behauptet hat, es sei in 28 Fällen zu Losverkäufen an minderjährige Testkäuferinnen im Zeitraum vom 26.07.2010 bis zum 11.08.2010 in Nordrhein-Westfalen (Rheinland und Ruhrgebiet) gekommen, hat die Beklagte die Durchführung, die vorgetragenen Abläufe und Ergebnisse der Testkäufe sowie die Minderjährigkeit der Testkäuferinnen in zulässiger Weise mit Nichtwissen bestritten. Nach § 138 Abs. 4 ZPO ist eine Erklärung mit Nichtwissen nur über Tatsachen zulässig, die weder eigene Handlungen der Partei noch Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung sind. Diesen entsprechen bei juristischen Personen Handlungen und Wahrnehmungen ihrer gesetzlichen Vertreter. Für die Beurteilung, ob ein Bestreiten mit Nichtwissen zulässig ist, kommt es grundsätzlich auf den Zeitpunkt an, in dem sich die Partei im Prozess zu erklären hat. 53

Vermag sie sich etwa an einen lange zurückliegenden (Alltags-)Vorgang - nach der Lebenserfahrung glaubhaft - nicht mehr zu erinnern, ist es zulässig, dass sie diesen gem. § 138 Abs. 4 ZPO mit Nichtwissen bestreitet. Allerdings trifft die Partei in diesem Zusammenhang eine Informationspflicht. Sie ist verpflichtet, die ihr zugänglichen Informationen in ihrem Unternehmen und von denjenigen Personen einzuholen, die unter ihrer Anleitung, Aufsicht oder Verantwortung tätig geworden sind (BGH, NJW-RR 2002, 612, 613 - *DIE PROFIS* –m. w. N.). Nach diesen Grundsätzen musste sich die Beklagte somit diejenigen Informationen beschaffen, die für die Ausräumung der ihr vorgeworfenen Verstöße sprechen (so auch *Senat*, Urteil vom 31.07.2012 – 4 U 21/10 = ZfWG 2012, 365). Im Senatstermin hat die Prozessbevollmächtigte der Beklagten dargetan, die Beklagte habe bereits unmittelbar nach Erhalt der Abmahnung und nach Klageerhebung telefonische Recherchen bei den betroffenen Annahmestellen angestellt; einige dieser Annahmestellen seien schon nicht mehr existent gewesen; von den übrigen Stellen habe man die Antwort erhalten, dass keine Erinnerung an die behaupteten Vorfälle bestehe. Ob das Vorbringen der Beklagten, bereits zu diesem frühen Zeitpunkt Nachfragen bei den Annahmestellen vorgenommen zu haben, das der Prozessbevollmächtigte der Klägerin im Senatstermin bestritten hat, nach § 531 Abs. 2 ZPO in der Berufungsinstanz zuzulassen ist, kann dahinstehen. Ebenso kann es offen bleiben, ob die Beklagte schon zum Zeitpunkt der Klageerwidmung entsprechende Recherchen anstellen musste. Nachdem ihr das Landgericht im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 25.08.2011 unter Fristsetzung Gelegenheit gegeben hat, ergänzend zum Inhalt und zu den Ergebnissen ihrer Erkundigungen in den streitgegenständlichen Einzelfällen substantiiert Stellung zu nehmen, hat sie mit Schreiben vom 05.09.2011 die betreffenden Annahmestellen gebeten, zu dem jeweiligen Vorwurf „noch einmal“ Stellung zu nehmen. Nach dem Inhalt der vorgelegten Antwortschreiben hat die überwiegende Anzahl der Inhaber der Annahmestellen daraufhin (sinngemäß) mitgeteilt, eine Stellungnahme zu den Testkäufen infolge des Zeitablaufs nicht mehr abgeben zu können. Zwei Annahmestelleninhaber haben die Vorfälle bestritten. Soweit die Beklagte nicht von sämtlichen Annahmestellenbetreibern Antworten erhalten hat, hat sie unwidersprochen dargelegt, dass diese Annahmestellen inzwischen aufgegeben worden seien und die vormaligen Inhaber nicht mehr erreichbar seien.

Dass die Beklagte weitergehende Informationen von den Betreibern der Annahmestellen erhalten hätte, wenn sie diese bereits frühzeitig nach Klageerhebung im März 2011 um Auskunft ersucht hätte, ist weder konkret vorgetragen noch sonst ersichtlich. Der Prozessbevollmächtigte der Klägerin hat im Senatstermin eingeräumt, dass es für das Verkaufspersonal angesichts der Tatsache, dass es sich bei dem Verkauf von Glücksspielprodukten um ein Massengeschäft handelt, schon innerhalb kurzer Zeit nach einem Verkaufsgeschäft (etwa nach zwei Tagen) nicht mehr nachvollziehbar sein wird, an wen im konkreten Einzelfall ein Glücksspielprodukt verkauft worden ist. Zum Zeitpunkt der Klageerhebung lagen die streitgegenständlichen Testkäufe bereits ca. sieben Monate zurück.

54

7.

55

Die Klägerin trägt nach allgemeinen Grundsätzen die Beweislast für die von ihr behaupteten Verstöße. Eine Beweislastumkehr unter dem Gesichtspunkt der Verletzung einer Dokumentations- bzw. Befundsicherungspflicht durch die Beklagte kommt hier nicht in Betracht. Für eine Dokumentations- oder Befundsicherungspflicht fehlt es an einer Rechtsgrundlage. Insbesondere ergibt sich eine Verpflichtung der Beklagten oder der Betreiber der Annahmestellen, Durchführung und Ergebnis einer Altersverifikation zu dokumentieren, nicht aus dem Glücksspielstaatsvertrag und dem landesrechtlichen Ausführungsgesetz. Sie lässt sich diesen Regelungen auch nicht durch Auslegung

56

entnehmen. Dass Glücksspielveranstalter und Vermittler sicherzustellen haben, dass Minderjährige von der Teilnahme am öffentlichen Glücksspiel ausgeschlossen sind, bedeutet nicht, dass auch eine diesbezügliche Dokumentation erfolgen muss. Eine solche Verpflichtung ist gerade nicht geregelt worden.

Eine Beweiserleichterung oder gar eine Umkehr der Beweislast rechtfertigt sich hier ferner nicht nach den Grundsätzen einer Beweisvereitelung. Wie vorstehend ausgeführt, kann angesichts des Zeitablaufs nicht davon ausgegangen werden, dass die Beklagte unmittelbar nach Klageerhebung weitergehende Informationen zu den Testkäufen von den Betreibern der Annahmestellen hätte erlangen können. Es ist auch nicht ersichtlich, dass dies nach Erhalt des Abmahnschreibens vom 02.02.2011 der Fall gewesen wäre. Insoweit ist zudem zu berücksichtigen, dass sich die Testkäufer unmittelbar nach Abschluss eines Testkaufs weder gegenüber dem jeweiligen Betreiber der Annahmestelle noch gegenüber der Beklagten offenbart haben. 57

8. 58

Nach den Feststellungen des Landgerichts hat die Klägerin den Beweis einer der Beklagten zuzurechnenden unlauteren geschäftlichen Handlung nicht geführt. Gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO hat das Berufungsgericht seiner Verhandlung und Entscheidung die vom Gericht des ersten Rechtszuges festgestellten Tatsachen zugrunde zu legen, soweit nicht konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten. Solche Zweifel bestehen hier nicht. 59

Entgegen der Ansicht der Klägerin hat das Landgericht den Beweismaßstab des § 286 ZPO nicht verkannt. Es kommt nicht in Betracht, im Hinblick auf die Regelung des § 4 Abs. 3 GlüStV ein geringeres Beweismaß zugrunde zu legen. Eine solche Beweismaßreduzierung kann es angesichts des klaren Wortlauts des § 286 Abs. 1 ZPO („für wahr zu erachten“) jedenfalls im Einzelfall nicht geben (Zöller/Greger, 29. Aufl., Vor § 284 ZPO Rn. 28). Das Argument der Klägerin, dass andernfalls der materielle Sicherstellungsanspruch nach § 4 Abs. 3 GlüStV leer liefe, greift schon deshalb nicht, weil es sich bei dieser Regelung nicht um eine Anspruchsnorm handelt, die der Klägerin oder einem Mitbewerber der Beklagten ein materielles Recht gewährt. 60

Nach § 286 Abs. 1 ZPO hat das Gericht unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlung und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächlich Behauptung für wahr oder nicht für wahr zu erachten ist. Die hierfür notwendige Überzeugung des Tatrichters erfordert eine persönliche Gewissheit, welche den Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen (BGH, NJW 2008, 2846 ff. m. w. N.). 61

Nach dem Ergebnis der erstinstanzlichen Beweisaufnahme besteht eine solche Gewissheit hier nicht. Die Zeugen N2, N und B hatten keine konkreten Erinnerungen an die einzelnen Testkäufe. Trotz Vorhalts der den sog. Testkaufdokumentationen beigelegten Lichtbilder vermochten sich die Zeuginnen N2 und N nicht an die streitgegenständlichen Vorgänge zu erinnern. Entgegen der Ansicht der Klägerin haben nicht alle Zeugen bekundet, dass die Testkäufe wie in den Testberichten niedergelegt abgelaufen sind. Lediglich der Zeuge N3 hat auf seine Dokumentation Bezug genommen. Aber auch ihm waren keine konkreten Angaben zum Ablauf einzelner Testkäufe möglich. 62

Die vorgelegten Testkaufdokumentationen reichen bei dieser Sachlage zur Beweisführung ebenfalls nicht aus. Es handelt sich dabei um Privaturkunden. Bezüglich ihres materiellen Inhalts unterliegen sie der freien Beweiswürdigung (vgl. Zöller/Geimer, 29. Aufl., § 416 ZPO Rn. 9 und 13). Zutreffend hat das Landgericht ausgeführt, dass der in den Dokumentationen mit „Szenario“ bezeichnete Abschnitt, der den größten Teil des Berichts in Textform ausmacht, die für die Durchführung der Testkäufe festgelegte generelle Vorgehensweise wiedergibt. Zwar enthalten die Berichte auch eine Individualisierung hinsichtlich der Testpersonen (Identifikationsnummern) sowie des Zeitpunktes und des Ortes des jeweiligen Testkaufs. Ferner sind in den Berichten „Besondere Feststellungen zu Art, Lage, Beschaffenheit, Ausstattung und Einteilung der Annahmestelle“ enthalten. Unter dieser Überschrift findet sich dann auch in Kurzform das Ergebnis des Tests (Erwerb von Losen durch die Minderjährige, Losnummern). Die beigefügten Lichtbilder zeigen den Außenbereich vor der Annahmestelle, deren Innenbereich und die Testperson mit Losen, wobei der eigentliche Erwerbsvorgang allerdings nicht zu erkennen ist.

Die Beweiskraft der vorgelegten Testkaufdokumentationen wird indes entscheidend dadurch gemindert, dass sie nicht ihren Verfasser erkennen lassen und auch nicht unterzeichnet sind. Am Ende der Berichte heißt es nur: „Dieses Protokoll wurde von den Testkäufern erstellt und als PDF gespeichert am:“. Wie sich aus den Aussagen der Zeugen N3 und B ergibt, haben diese die zu den Akten gereichten Endfassungen der Testkaufdokumentationen erstellt, nachdem an Ort und Stelle zunächst handschriftliche Protokolle gefertigt worden waren. Zum Zeitpunkt der Übertragung der Protokolle in die EDV hat der Zeuge B bekundet, die Übertragung sei relativ zeitnah erfolgt. Auf Nachfrage hat er angegeben, es habe wohl eine Nacht dazwischen gelegen; er habe teilweise auf den Eingang der einzupflegenden Bilder warten müssen. Das steht allerdings nicht in Einklang mit dem am Ende der jeweiligen Dokumentation (nach dem letzten Lichtbild) jeweils aufgeführten Datum, wann die betreffende Computerdatei (im PDF-Format) gespeichert wurde. So ist keine der vorgelegten Dokumentationen (Anlage K2) bereits am Tag nach dem Testkauf als Computerdatei gespeichert worden. Im Einzelnen: Die Berichte zu den Testkäufen vom 26.07.2010 wurden am 17. bzw. 19.08.2010 als PDF-Datei gespeichert, die Berichte zu den Testkäufen vom 30.07.2010 am 19.08.2010, die Berichte zu den Testkäufen vom 05.08.2010 am 24.08.2010 und die Berichte zu den Testkäufen vom 11.08.2010 am 23., 24. bzw. 25.08.2010. Die Computerdateien sind demnach gerade nicht zeitnah erstellt worden. Angesichts dessen, dass die Zeugen B und N3 nach ihren Aussagen vor den streitgegenständlichen Testkäufen bereits ca. 1.000 bzw. 1.200 Testkäufe durchgeführt haben und somit durchaus die Gefahr von Verwechselungen besteht, ist der Beweiswert der erst mit gewisser zeitlicher Verzögerung erstellten „Endversionen“ der Testkaufdokumentationen, die noch nicht einmal einen konkreten Verfasser erkennen lassen, ganz erheblich herabgesetzt. Eine Beweisführung auf dieser Grundlage und in Verbindung mit den Aussagen der vom Landgericht vernommenen Zeugen kommt nach alledem nicht in Betracht.

Die Entscheidungen zur Kostentragung und zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruhen auf den §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.

Gründe für die Zulassung der Revision gemäß § 543 Abs. 2 ZPO bestehen nicht.