
Datum: 18.09.1998
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 47/98
ECLI: ECLI:DE:OLGK:1998:0918.6U47.98.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 31 O 747/97
Schlagworte: Lottozahlen
Normen: UWG § 1

Leitsätze:

Die Verwertung der Gewinnzahlen des Samstagslottos im Deutschen Lottoblock für ein eigenes, der Werbung dienendes Gewinnspiel eines Anbieters von Beteiligungen an einem von ihm im Deutschen Lottoblock durchgeführten Systemspiel ist sowohl unter dem Aspekt der Übernahme fremder Leistung als auch unter dem Gesichtspunkt der Ausbeutung fremden Rufes unlauter im Sinne von § 1 UWG.

Rechtskraft: nicht rechtskräftig

Tenor:

1.) Die Berufung der Beklagten gegen das am 3.2.1998 verkündete Urteil des Landgerichts Köln - 31 O 747/97 - wird zurückgewiesen. 2.) Die Kosten des Berufungsverfahrens hat die Beklagte zu tragen. 3.) Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann jedoch die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in nachbenannter Höhe abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit jeweils in derselben Höhe leistet. Es ist Sicherheit in folgender Höhe zu leisten bzw. sind folgende Beträge zu hinterlegen: Bei Vollstreckung des Anspruches auf a) Unterlassung: 100.000,00 DM; b) Kostenerstattung: 14.500,00 DM. Der Klägerin wird auf ihren Antrag nachgelassen, die Sicherheiten auch durch Stellung einer selbstschuldnerischen Bürgschaft einer deutschen Großbank oder öffentlich-rechtlichen Sparkasse zu erbringen. 4.) Die Beschwer

Tatbestand

Die Klägerin ist eine der Gesellschafterinnen des Deutschen Lotto- und Totoblocks. Sie betreibt in Nordrhein-Westfalen die Organisation und Durchführung u.a. des Samstagslottos.

Die Beklagte betreibt ein Vertriebssystem für die Beteiligung an dem Lottospiel der Klägerin und verbindet dieses wie folgt mit einem eigenen Gewinnspiel: Die Mitspieler nehmen zum einen über sie an dem von dem deutschen Lottoblock veranstalteten Samstagslotto teil. Das geschieht in der Weise, daß sie sich an einem von der Beklagten durchgeführten Systemspiel beteiligen, bei dem die Auswahl der zu tippenden Zahlen der Beklagten überlassen bleibt. Daneben können die Teilnehmer sich an dem erwähnten Gewinnspiel der Beklagten beteiligen. Dabei geben sie gegenüber der Beklagten - die diese Tips nicht an die Klägerin weiterleitet - einen Tip darauf ab, welche Zahlen bei der nächsten Ziehung des Samstagslottos durch den deutschen Lottoblock gezogen werden. Nach der Ziehung erhalten diejenigen Teilnehmer, die die Zahlen des Samstagslottos richtig getippt haben, von der Beklagten die von ihr auslobten, aus Bl.5 ersichtlichen Gewinne. Es besteht auch die Möglichkeit, ausschließlich an diesem Gewinnspiel der Beklagten teilzunehmen. Die vorstehenden Zusammenhänge sind teilweise schriftsätzlich nicht vorgetragen worden. Insoweit ergeben sie sich aus dem unwidersprochen gebliebenen ergänzenden Vortrag der Beklagten in der mündlichen Berufungsverhandlung.

Die Klägerin hat die aus Bl.3 ff ersichtliche Werbung der Beklagten für das vorstehend beschriebene Gewinnspiel mit der Begründung als Verstoß gegen § 1 UWG angegriffen, die Beklagte hänge sich in unlauterer Weise für ein eigenes Spiel an das von ihr durchgeführte Samstagslotto an und beute damit ihre Leistung und ihren guten Ruf sowie den ihres Gewinnspieles zu eigenem Nutzen aus.

Ein Großteil der angesprochenen Verbraucher werde - so hat sie behauptet - annehmen, es handele sich um eine von ihr, der Klägerin, durchgeführte Veranstaltung und ihm werde die Gelegenheit geboten, an einer Sonderauslosung des Deutschen Lottoblocks teilzunehmen. Soweit diese Vorstellung bei dem Verbraucher nicht ausgelöst werde, werde jedenfalls eine mittelbare Verwechslungsgefahr begründet, weil der Verkehr zumindest annehmen werde, es handele sich um eine gemeinsam von den Parteien durchgeführte Aktion.

Nach der Rücknahme weitergehender Anträge, wegen deren Wortlautes auf Bl.2 ff Bezug genommen wird, hat die Klägerin noch

b e a n t r a g t,

Die Beklagte zu verurteilen, es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 500.000 DM, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, zu vollstrecken an ihrem gesetzlichen Vertreter, zu unterlassen,

ein Gewinnspiel zu veranstalten und/oder zu bewerben wie nachstehend wiedergegeben:

(es folgten die aus Bl.3-6 ersichtlichen Ablichtungen)

Die Beklagte hat b e a n t r a g t,

die Klage abzuweisen.

Sie ist dem Unterlassungsanspruch nicht entgegengetreten, soweit die Klägerin die aus Bl.5 f 13 ersichtliche Werbeanzeige angreift.

Im übrigen hat sie die Auffassung vertreten, der weitergehende Anspruch sei deswegen 14 unbegründet, weil die Klägerin trotz des ihr durch das Lotteriegesetz eingeräumten Monopols, Lotterien zu veranstalten, kein Monopol auf die bloße, von ihr durchgeführte Vermittlung des Produktes "Lotto" habe. Überdies sei sie nicht befugt, über die Bezeichnung "Lotto" zu verfügen. Es fehle ihr auch die Aktivlegitimation, weil nicht sie, sondern der Deutsche Lottoblock die Lotterie durchführe. Zudem könne von einer Rufausbeutung nicht die Rede sein, weil die Ziehung der Lottozahlen öffentlich sei. Außerdem wiesen gewerblich organisierte Lotto-Spielergemeinschaften ohne weiteres auf das Lottospiel hin.

Im übrigen sei der Anspruch auch deswegen unbegründet, weil für jeden eindeutig sei, daß 15 es sich um ein von ihr allein und nicht von der Klägerin allein oder mit ihr zusammen durchgeführtes Glücksspiel handele.

Das L a n d g e r i c h t hat durch Teil-Versäumnis- und Schlußurteil der Klage antragsgemäß 16 stattgeben.

Durch die angegriffene Werbung biete die Beklagte ein eigenes Gewinnspiel an, das nicht nur 17 in der Ausgestaltung dem Samstagslotto des deutschen Lottoblocks nachempfunden sei, sondern bei dem sie überdies zur Ermittlung der Gewinner in ihrem eigenen Gewinnspiel die Ausspielung der Klägerin und der übrigen Gesellschafter des Lottoblocks ausnutze. Damit sei sie in der Lage, bundesweit ein Gewinnspiel anzubieten, ohne ein solches selbst organisieren und durchführen zu müssen. Eine derart schmarotzende Teilhabe an dem durch eigene Leistung geschaffenen Erfolg brauche indes kein Wettbewerber und auch nicht die Klägerin hinzunehmen. Dies gelte um so eher angesichts des Umstandes, daß die Beklagte an keiner Stelle der angegriffenen Werbung deutlich mache, daß es sich bei ihr um eine von der Klägerin unabhängige Anbieterin handele. Im Gegenteil lehne sich die Beklagte durch die quaderförmige Anordnung der 49 Zahlen, aus denen zu tippen sei, und durch die Bezeichnung "LottoTeam" noch an das Samstagslotto an, wodurch der Eindruck zumindest wirtschaftlicher Verbindungen sogar verstärkt werde.

Die Werbung sei deswegen ungeachtet der Frage zu untersagen, inwieweit die gewerblichen 18 Aktivitäten von gewerblich organisierten Spielergemeinschaften und eine Bezugnahme auf das Lottospiel der Klägerin zulässig seien.

Bezüglich der aus Bl.5 f d.A. ersichtlichen Werbung ist das Urteil als Versäumnisurteil 19 ergangen.

Zur Begründung ihrer B e r u f u n g gegen den kontradiktorischen Teil dieses Urteils trägt die 20 Beklagte vor:

Entgegen der Auffassung des Landgerichts nehme sie nicht Anteil an dem durch die Leistung 21 der Klägerin geschaffenen Produkt. Die streitgegenständlichen Gewinnspiele seien nämlich - auch angesichts der Nutzung derselben Ausspielung - hierfür zu unterschiedlich. So fehlten bei ihrem Spiel die Zusatz- und die Superzahl. Außerdem stelle bei ihr der Gewinn eine feste Größe dar: Unabhängig von der Zahl der Teilnehmer und Gewinner würden nämlich die ausgelobten festen Geldbeträge und der Mercedes-PkW als Gewinn ausgekehrt. Vor diesem Hintergrund müsse sie einen eigenen werbemäßigen Aufwand betreiben und entgegen der

Auffassung des Landgerichts die Teilnahme, die Gewinnermittlung und die Gewinnauskehr organisieren. Weiter seien auch die von ihr verwendeten Tippfelder anders als die aus der Anlage B 1 (Bl.150) ersichtlichen Lottoscheine der Klägerin ausgestaltet. Angesichts des Umstandes, daß bereits das Kartellamt durch Beschluß vom 22.11.1995 (WuW - EKartA 2849) die gewerbliche Nutzung der Lotteriewahlspielung für zulässig erachtet habe, müsse auch die durch sie vorgenommene Nutzung zulässig sein. Schließlich trete sie werbemäßig auch anders als die Klägerin auf.	
Zudem zeige die Art der ausgelobten und von denjenigen der Klägerin abweichenden Preise, daß eine Zusammenarbeit der Parteien nicht bestehe.	22
Die Beklagte b e a n t r a g t,	23
unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen, soweit nicht durch Versäumnisurteil erkannt worden ist.	24
Die Klägerin b e a n t r a g t,	25
die Berufung zurückzuweisen.	26
Sie stützt unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags das angefochtene Urteil.	27
Die Beklagte biete kein selbständiges Produkt an, sondern nutze den gesamten Rahmen ihrer Organisation und ihre erhebliche Bekanntheit aus. Besonders verwerflich sei der Umstand, daß die Beklagte ohne jede Distanzierung von ihrem Gewinnspiel "Lotto"	28
unmittelbar auf die Lottoergebnisse Bezug nehme und hieran für ihre eigene Gewinnausschüttung anknüpfe. Auf diese Weise stelle sich das Gewinnspiel als Annex zu dem von dem Lottoblock durchgeführten Gewinnspiel dar. An der Anlehnung ändere auch der Umstand nichts, daß die Beklagte nicht mit Zusatz- und Superzahl spiele.	29
Im übrigen seien - wie sich aus dem Anlagenkonvolut K 9 (Bl. 162 ff) ergebe - in anderen Bundesländern die Zahlen auf den Lottoscheinen ebenfalls quadermäßig angeordnet.	30
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhaltes wird auf die gewechselten Schriftsätze Bezug genommen, die sämtlich Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren.	31
E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e	32
Die Berufung ist zulässig, hat aber in der Sache keinen Erfolg.	33
Die Klage ist aus den Gründen, die das Landgericht auf den Seiten 10 f des angefochtenen Urteils dargelegt hat, unter dem Gesichtspunkt sowohl der sittenwidrigen Übernahme fremder Leistung, als auch der Ausbeutung fremden Rufes aus § 1 UWG begründet. Auf diese Begründung wird daher zur Vermeidung von Wiederholungen gem. § 543 Abs.2 ZPO zunächst Bezug genommen.	34
Auch unter Berücksichtigung des Berufungsvorbringens der Beklagten stellt sich deren Gewinnspiel und seine noch im Streit befindliche Bewerbung als im Sinne des § 1 UWG sittenwidrig dar.	35
	36

Das gilt unter den schon von der Kammer dargelegten 2 Aspekten. So ist zunächst das Ausnutzen der Ausspielung der Gewinnzahlen des Deutschen Lottoblocks zur Ermittlung der Gewinnzahlen in dem von der Beklagten durchgeführten Gewinnspiel eine unzulässige Übernahme fremder Leistungen für das von der Beklagten vermarktete und durchgeführte Gewinnspiel. Das gilt unabhängig von der Frage, ob und inwieweit der Verkehr in Wahrheit nicht vorhandene wirtschaftliche Verbindungen zwischen den Parteien vermutet oder gar annimmt, tatsächlich handele es sich um ein von der Klägerin durchgeführtes Gewinnspiel, etwa eine Sonderausspielung.

Außerdem werden dies indes die Verbraucher in nicht unerheblicher Zahl aus den ebenfalls von der Kammer bereits dargelegten Gründen annehmen, weswegen sich die Ausgestaltung des Gewinnspiels als unzulässige Anlehnung an das von der Klägerin (mit-) veranstaltete Gewinnspiel und an seinen guten Ruf darstellt. 37

Entgegen der Behauptung der Beklagten macht diese sich - sogar in erheblichem Maße - durch die Übernahme der Gewinnzahlen des 38

Samstagslottos die auch von der Klägerin erbrachten Leistungen zu Nutze. Sie erspart sich auf diese Weise die eigene Ermittlung der Gewinnzahlen und nutzt das durch die vielfachen Kontrollen berechnete hohe Vertrauen der angesprochenen Verkehrskreise in die Korrektheit der wöchentlichen Ziehung der Zahlen des Samstagslottos aus. Es kommt hinzu, daß auch eine Benachrichtigung der Teilnehmer über das Spielergebnis nicht erforderlich ist, weil die Ziehung der Lottozahlen im Fernsehen verfolgt werden kann und die Lottozahlen überdies auch in den Medien bekanntgemacht werden. 39

Schon diese Elemente begründen das Schmarotzerische an dem Vorgehen der Beklagten und rechtfertigen das Verbot, weil die Klägerin - wie das Landgericht bereits zutreffend formuliert hat - es nicht hinzunehmen braucht, daß - sogar wesentliche - Teile ihrer Leistung übernommen und für eigene Zwecke von der Beklagten ausgenutzt werden. Aus diesem Grunde kann die Frage dahinstehen, ob es nicht bereits als sittenwidrig anzusehen ist, daß die Beklagte einerseits als Betreiberin eines Vertriebssystems für die Klägerin auftritt und andererseits die damit vorhandenen Strukturen für die Durchführung eines eigenen Gewinnspiels nutzt, für die wegen der vorhandenen Vertriebsstrukturen nur ein vergleichsweise geringer Organisationsaufwand erforderlich ist. Es ändert an der Sittenwidrigkeit des Verhaltens der Beklagten entgegen derem Vortrag nichts, daß sie auch andere Wege zur Ermittlung der Gewinner hätte auswählen können. Ungeachtet der Frage, ob hierfür wirklich - wie die Beklagte vorträgt - auch die Verspätungszeiten der Deutschen Bahn AG geeignet wären, belegt ihr Vortrag insoweit nur die selbstverständliche Tatsache, daß sie nicht etwa darauf angewiesen ist, sich zur Gewinnermittlung gerade der Ziehung der Lottozahlen durch den deutschen Lottoblock zu bedienen. Im übrigen zeigt das Beispiel, daß es einigen Aufwand machen würde, selbst ausgespielte Zahlen - sogar bundesweit - bekanntzumachen, und belegt so das Schmarotzerische ihres Vorgehens. 40

Sind das Gewinnspiel und seine Bewerbung bereits aus den vorstehenden Gründen zu recht untersagt worden, so kommt hinzu, daß der Verkehr aus den von dem Landgericht weiter dargelegten Gründen zumindest die beschriebenen wirtschaftlichen Verbindungen vermuten wird, die indes tatsächlich nicht vorhanden sind. 41

Wenn die Beklagte schon den Vertrieb des Spiels der Klägerin mit der Durchführung eines eigenen Gewinnspiels verquickt, so hat sie - ungeachtet des Umstandes, daß das Gewinnspiel in der durchgeführten Form ohnehin aus den vorstehenden Gründen unlauter und deswegen zu verbieten ist, - jedenfalls durch geeignete Maßnahmen dafür Sorge zu 42

tragen, daß der zwangsläufig entstehende Eindruck berichtigt wird, als arbeite sie zumindest mit der Klägerin zusammen. Der Beklagten würde es mithin zumindest obliegen, in geeigneter Form und ausdrücklich deutlich zu machen, daß sie ein eigenes Gewinnspiel durchführe, das von demjenigen der Klägerin völlig unabhängig sei.

Demgegenüber fördert die Beklagte durch die von dem Landgericht auf den Seiten 10 f des angefochtenen Urteils zutreffend dargelegten Elemente noch die Fehlvorstellung des Verkehrs und hängt sich so an den guten Ruf der Klägerin bzw. des deutschen Lottoblocks an und macht sich deren Ruf in zusätzlich unlauterer Weise zunutze. 43

Es spielt aus den vorstehenden Gründen für die Entscheidung auch keine Rolle, daß die Beklagte das staatliche Lottospiel grundsätzlich gewerblich nutzen darf. Ebenso vermag der von ihr in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat herausgestellte Umstand, daß die Klägerin und die anderen Mitglieder des deutschen Lottoblocks das Monopol auf Lotteriespiele haben, weder die Durchführung des Gewinnspiels, noch dessen Bewerbung zu rechtfertigen. Die Beklagte darf nämlich gleichwohl weder die öffentliche Ausspielung einfach für ein eigenes Spiel nutzen, noch den Eindruck erwecken, ihr Produkt stamme von der Klägerin bzw. sie arbeite mit der Klägerin zusammen, weil dies unabhängig von der Monopolstellung der Klägerin und der übrigen Gesellschafter des Deutschen Lottoblocks eine unlautere Ausnutzung von deren Leistung und Ruf darstellt. Die Monopolstellung gibt schon deswegen keinen Anlaß, der Beklagten zu gestatten, Teile der Organisationsstruktur des deutschen Lottoblocks für ihre eigenen wirtschaftlichen Zwecke zu nutzen, weil sie - soweit es mit dem Lotteriesgesetz im Einklang steht - berechtigt ist, eigene Gewinnspiele durchzuführen, und dazu nicht auf eine Ausnutzung der Vorleistung u.a. der Klägerin angewiesen ist. Erst recht kann - was keiner Begründung bedarf - die aus gutem Grunde bestehende Monopolstellung der Gesellschafterinnen des deutschen Lottoblocks keine Rechtfertigung dafür darstellen, die beschriebenen Fehlvorstellungen bei den angesprochenen Verkehrskreisen hervorzurufen. 44

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs.1 ZPO. 45

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr.10, 711 ZPO. 46

Die gemäß § 546 Abs.2 ZPO festgesetzte Beschwer der Beklagten entspricht dem Wert ihres Unterliegens im Rechtsstreit. 47

Streitwert für das Berufungsverfahren: 100.000,00 DM. 48