
Datum: 01.10.2004
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 85/04
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2004:1001.6U85.04.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 33 O 397/03

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 08.04.2004 verkündete Urteil der 33. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 33 O 397/03 - abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits einschließlich des Berufungsverfahrens trägt der Kläger.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Kläger darf die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120% des zu vollstreckenden Kostenerstattungsbetrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Revision wird zugelassen.

B e g r ü n d u n g

I.

1

2

3

Der Kläger - ein Verein, der sich satzungsgemäß der Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs widmet - , nimmt die Beklagte auf Unterlassung der Veranstaltung eines Gewinnspiels sowie auf Erstattung von Abmahnkosten in Anspruch.

Die Beklagte ist Herausgeberin der "S.-Haushaltskarte", welche u.a. zur Teilnahme an einer von ihr veranstalteten Lotterie berechtigt. Im Zuge dieses Gewinnspiels finden Wochen- und Monatsziehungen statt, bei denen Gewinne von wöchentlich bis zu 10.000 EUR in bar bzw. von monatlich bis zu 100.000 EUR in bar ausgelobt sind. Die Teilnahme an den Wochenziehungen setzt voraus, dass die "S.-Haushaltskarte" mindestens einmal in der Woche in einem der angeschlossenen Märkte der S.-Gruppe oder in bestimmten Partnerunternehmen an eigens hierfür und jeweils außerhalb des Verkaufs- und Kassenbereichs aufgestellten Anlagen von dem Karteninhaber gescannt wird. Um an den Monatsziehungen teilnehmen zu können, muss die Karte vor der Ziehung vier Wochen lang mindestens einmal pro Woche gescannt werden. Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten der Spiel- und Teilnahmebedingungen wird auf das die "Allgemeinen Geschäftsbedingungen" enthaltende Antragsformular für die "S.-Haushaltskarte" sowie den Werbeflyer gemäß den Anlagen 1 und 2 zur Klageschrift (GA Hülle Bl. 14) verwiesen.

Das Landgericht hat die Beklagte mit Urteil vom 06.04.2004, auf dessen tatsächliche Feststellungen ergänzend Bezug genommen wird, wegen Verstoßes gegen § 1 UWG a.F. unter dem Gesichtspunkt des übertriebenen Anlockens antragsgemäß verurteilt,

1. es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zur Höhe von 250.000,00 EUR, ersatzweise von Ordnungshaft, oder von Ordnungshaft bis zur Dauer von 6 Monaten, zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs, wie nachstehend wiedergegeben, ein Gewinnspiel mit einer Wochenziehung in Höhe von 10.000,00 EUR in bar und einer Monatsziehung in Höhe von 100.000,00 EUR in bar anzukündigen, wenn der Teilnehmer, um an dem Gewinnspiel teilnehmen zu können, eine S.-Haushaltskarte in einem teilnehmenden Geschäft einmal pro Woche scannen muss:

pp.

2. an den Kläger 140,92 EUR nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 12.11.2003 zu zahlen.

Hiergegen wendet die Beklagte sich mit der Berufung unter Aufrechterhaltung ihrer Rechtsauffassung, dass das Gewinnspiel wettbewerbsrechtlich zulässig sei. Der Kläger verteidigt das Urteil.

Die Akten des vorangegangenen einstweiligen Verfügungsverfahrens der Parteien 33 O 268/03 LG Köln (6 U 115/03 OLG Köln) waren zu Informationszwecken beigezogen und Gegenstand der mündlichen Verhandlung.

II.

Die zulässige Berufung hat in der Sache Erfolg. Nach Auffassung des Senats verstößt die Beklagte mit der Veranstaltung des angegriffenen Gewinnspiels unter keinem in Betracht kommenden Unlauterkeitsaspekt gegen §§ 3, 4 Nr. 1, 6 UWG n.F.

1.

Unter Geltung des bisherigen § 1 UWG a.F. war anerkannt, dass Gewinnspiele, wenn sie auch stets die Spiellust des Kunden ausnutzen und deshalb in gewissem Umfang von der Prüfung des Warenangebots nach Preiswürdigkeit und Güte ablenken, nicht grundsätzlich wettbewerbswidrig sind, sondern erst dann, wenn bestimmte Unlauterkeitsumstände hinzutreten, welche die Veranstaltung als wettbewerbsrechtlich anstößig erscheinen lassen (vgl. BGH GRUR 2002, 1003, 1004 - "Gewinnspiel im Radio"; GRUR 2000, 820, 821 - "Space Fidelity Peep-Show"; GRUR 1998, 735, 736 - "Rubbelaktion"; Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 22. Aufl., § 1 Rn. 147, 151 ff, 167; Köhler/Piper, UWG, 3. Aufl., § 1 Rn. 331). Derartige die Sittenwidrigkeit begründende Umstände wurden insbesondere dann angenommen, wenn auf den Teilnehmer psychischer Kaufzwang ausgeübt oder er übertrieben angelockt wird (BGH a.a.O.), wenn kleinere Wettbewerber behindert werden (BGH a.a.O.), wenn das Publikum irregeführt oder die Teilnahme mit dem Warenabsatz gekoppelt wird (BGH a.a.O. "Gewinnspiel im Radio"; Baumbach/Hefermehl a.a.O. Rn. 152 ff; Köhler/Piper, UWG, 3. Aufl., § 1 Rn. 331).	14
An dieser Beurteilung hat sich durch die seit dem 08.07.2004 geltende und deshalb der Entscheidung im Berufungsverfahren zugrunde zu legende Neufassung des Gesetzes nichts geändert. Wettbewerbslich unlauter ist nämlich nicht nur die in § 4 Nr. 6 UWG n.F. nunmehr ausdrücklich geregelte Kopplung der Spielteilnahme mit dem Warenabsatz, sondern über §§ 3, 4 Nr. 1 UWG n.F. auch die Veranstaltung von Gewinnspielen, welche die vorstehend genannten weiteren Tatbestände erfüllen.	15
2.	16
Die Fallgruppen einer unzulässigen Kopplung mit dem Warenabsatz i.S. des § 4 Nr. 6 UWG oder einer Irreführung des Publikums kommen im Streitfall unzweifelhaft nicht in Betracht. Nach der Beurteilung des Senats liegen aber auch Umstände, die die Annahme einer besonderen Unlauterkeit des fraglichen Gewinnspiels nach Maßgabe sonstiger Kriterien rechtfertigen würden, nicht vor.	17
Die Teilnehmer des Gewinnspiels werden keinem psychischen Kaufzwang ausgesetzt.	18
Ein unlauterer psychischer Kaufzwang wird dann auf den Umworbenen ausgeübt, wenn mit außerhalb der Sache liegenden Mitteln in einem solchen Ausmaß auf seine Willensentschließung eingewirkt wird, dass er zumindest anstandshalber nicht umhinkann, auf das Angebot einzugehen (vgl. BGH a.a.O. "Space Fidelity Peep-Show" und "Rubbelaktion"). Dies kann der Fall sein, wenn er zur Spielteilnahme das Geschäftslokal des Werbenden betreten muss, vornehmlich, wenn es sich um ein kleines Geschäft mit individueller Bedienung handelt (BGH a.a.O.).	19
Die Teilnahme an den streitgegenständlichen Monats- und Wochenziehungen setzt zwar auch voraus, dass der Kunde einen der diversen S.-Märkte zum Scannen seiner "Haushaltskarte" aufsucht. Aufgrund der unstreitigen räumlichen Gegebenheiten, unter denen das Scannen abgewickelt werden kann, wird allerdings ein psychischer Zwang zum Kauf angebotener Waren nicht ausgeübt. Da die Scanner sich außerhalb des Verkauf- und Kassenbereichs an sog. Infopoints befinden, wird der Kunde nämlich in die Lage versetzt, die Ladenlokale unauffällig und ausschließlich zur Gewinnspielteilnahme aufzusuchen, ohne sich deshalb einer peinlichen oder unangenehmen Begegnung mit dem Verkaufspersonal gegenüber zu sehen, die ihn zu einem sonst unterbliebenen Kauf veranlasst.	20
Das Gewinnspiel erscheint entgegen der von der Kammer vertretenen Auffassung auch nicht unter dem Gesichtspunkt des übertriebenen Anlockens wettbewerbswidrig.	21

Die mit einer Gratisverlosung notwendig verbundene Anlockwirkung führt für sich gesehen noch nicht aus dem Bereich des wettbewerbsrechtlich Erlaubten, nämlich einer unbedenklichen Aufmerksamkeitswerbung, hinaus (BGH a.a.O. - "Gewinnspiel im Radio", "Space Fidelity Peep-Show" und "Rubbelaktion"). Erst dann, wenn der Anlockeffekt so stark ist, dass das Publikum von einer sachgerechten Prüfung des Warenangebots abgelenkt und seine Entscheidung nicht mehr von sachlichen Überlegungen, sondern maßgeblich von der Erwägung bestimmt wird, den in Aussicht gestellten Gewinn zu erlangen, kann die Werbung mit einem Gewinnspiel unter dem Gesichtspunkt des übertriebenen Anlockens unlauter sein (BGH a.a.O.). Allein die Attraktivität der ausgelobten Preise - im Streitfall wöchentlich bis zu 10.000 EUR und monatlich immerhin bis zu 100.000 EUR - reicht für sich gesehen allerdings nicht aus, die Wettbewerbswidrigkeit zu begründen (vgl. BGH a.a.O. - "Space Fidelity Peep-Show" und "Rubbelaktion"). Auch der Umstand, dass der im Zuge der Teilnahme an dem Gewinnspiel ein Ladenlokal aufsuchende Kunde sodann zu Gelegenheitskäufen neigen wird, die er ohne die Anlockwirkung des Spiels bei der Konkurrenz getätigt hätte, führt für sich nicht zu dem Vorwurf der Unlauterkeit (vgl. BGH a.a.O.).

Die Besonderheiten der zu beurteilenden Spielbedingungen rechtfertigen keine Ausnahme von diesen Grundsätzen, und zwar auch dann nicht, wenn der Inhaber einer "Haushaltskarte" sich wegen der Voraussetzungen zur Teilnahme insbesondere an den Monatsziehungen zu einem wöchentlichen Aufsuchen der fraglichen Märkte entschließen sollte. Es scheint dem Senat schon fraglich zu sein, ob die besonderen Teilnahmebedingungen etwa der Monatsziehung tatsächlich den von dem Kläger beschworenen "stetigen Besuchszwang" auszulösen vermögen, nachdem vorausgesetzt werden muss, dass dem durchschnittlich verständigen Verbraucher die äußerst geringen Gewinnwahrscheinlichkeiten gewärtig sein dürften. Dies kann aber ebenso dahingestellt bleiben wie die Frage, in welchem Maße der deutsche Verbraucher angesichts der durch die Konkurrenz von Discountern geförderten Preisfixierung insbesondere bei Lebensmitteln - d.h. der Branche, der eine Vielzahl der teilnehmenden Märkte angehören - überhaupt geneigt ist, einer Anlockwirkung des Spiels zu erliegen und deshalb Käufe in Geschäften zu tätigen, die er sonst nicht aufsuchen würde. Der Senat geht nämlich davon aus, dass der durchschnittliche Verbraucher im Zuge der nach Aufhebung von Rabattgesetz und Zugabeverordnung im Jahr 2001 branchenübergreifend einsetzenden Gewöhnung an Preisnachlässe, Sonderaktionen, Gutscheine, vorteilsgewährende Kundenkarten u.ä. nunmehr darin geübt ist, unabhängig von den offerierten Vorteilen auf die Preiswürdigkeit des Angebots zu achten. Infolge dieser Entwicklung fehlt es an Anhaltspunkten für die Annahme, der Verbraucher werde in besonderem Maße unkritisch zu Gelegenheitskäufen neigen, wenn er die fraglichen Märkte zum Scannen seiner "Haushaltskarte" aufsucht. Sodann ist unerheblich, ob er dies fortgesetzt wöchentlich tut, um insbesondere an der Monatsziehung teilnehmen zu können.

Eine Wettbewerbswidrigkeit des Gewinnspiels folgt schließlich auch nicht aus dem Gesichtspunkt der Behinderung kleiner Mitbewerber.

Entgegen der von der Beklagten vertretenen Ansicht vermag der Senat allerdings nicht festzustellen, dass bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung von Gewinnspielen der Aspekt der Behinderung kleinerer Mitbewerber in der höchstrichterlichen Rechtsprechung der jüngeren Zeit aufgegeben worden wäre. Im Gegenteil beziehen die vorstehend zitierten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs "Gewinnspiel im Radio", "Space Fidelity Peep-Show" und "Rubbelaktion" aus den Jahren 1998, 2000 und 2002 (a.a.O.) diese Fallgruppe ausdrücklich mit ein, wenn auf den fraglichen Unlauterkeitsaspekt, soweit ersichtlich, auch nur im Rahmen eines Urteils aus dem Jahr 1973 (WRP 1974, 21 = NJW 1974, 45 - "Geld-Gewinnspiele") als entscheidungserheblich abgehoben worden ist.

Dem Kläger ist zuzugeben, dass kleinere Mitbewerber aufgrund des beengteren Zuschnitts ihrer Ladenlokale regelmäßig nicht die im Streitfall ermöglichte Anonymität beim Scannen der Teilnehmerkarte wahren können, bei Veranstaltung eines entsprechenden Gewinnspiels mithin dem Vorwurf ausgesetzt wären, psychologischen Kaufzwang auszuüben. Zudem dürften sie zu einem vergleichbaren Kapitaleinsatz bei der Preisauslobung nicht in der Lage sein. Diese Umstände allein vermögen hingegen nicht den Vorwurf der wettbewerbsrechtlichen Unzulässigkeit des zu beurteilenden Gewinnspiels zu begründen. Die Wettbewerberstruktur hat in den vergangenen Jahrzehnten und insbesondere seit den 70er-Jahren des 20. Jahrhunderts einschneidende Veränderungen erfahren. In den Branchen, denen auch die teilnehmenden Märkte der S.-Gruppe angehören, seien es Lebensmittel-, Bau-, Drogerie- oder Elektro-Fachmärkte, hat als Folge eines umfassenden Verdrängungswettbewerbs eine Entwicklung weg von kleinen Ladengeschäften mit individueller Bedienung und hin zu großen Selbstbedienungssupermärkten stattgefunden. Ob die verbliebenen Einzelhandelsgeschäfte kleineren Zuschnitts überhaupt eine i.S. von § 3 UWG erhebliche Behinderung dadurch erfahren, dass sie zur Veranstaltung von Gewinnspielen des fraglichen Zuschnitts räumlich und finanziell nicht in der Lage sind, oder ob sie hiervon deshalb weitgehend unberührt bleiben, weil ihre Kunden die Individualität von Bedienung und Angebot einem Einkauf in einem anonymen Supermarkt trotz einer Lotterie mit attraktivem Hauptgewinn weiterhin vorziehen, ist zweifelhaft, kann letztlich aber offen bleiben. Weder die Unterschiede in der Kapitalausstattung noch diejenigen im räumlichen Zuschnitt der Ladenlokale sind nämlich geeignete Abgrenzungskriterien einer im dargestellten Sinne unzulässigen Behinderung. Die Verschiedenheit der Konkurrenten in ihren finanziellen und räumlichen Kapazitäten und aus dieser resultierende Vorzüge, aber eben auch Nachteile, ist dem Wettbewerb vielmehr immanent, die Bekämpfung wettbewerbsrechtlich unlauteren Verhaltens folglich auch nicht auf die Herstellung vollkommener Gleichheit der Möglichkeiten gerichtet. Ohne Hinzutreten weiterer Unlauterkeitsmerkmale ist das von der Beklagten veranstaltete Gewinnspiel, wenn auch von kleineren Mitbewerbern so nicht durchführbar, deshalb nicht als unzulässig zu untersagen.	26
3.	27
Mangels Wettbewerbsverstoßes fehlt es an einer auf die Erstattung vorgerichtlicher Abmahnkosten gerichteten Rechtsgrundlage.	28
4.	29
Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 11, 711 ZPO.	30
<u>Streitwert</u> im Berufungsverfahren: 19.858,86 EUR	31