
Datum: 09.03.2007
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 W 23/07
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2007:0309.6W23.07.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 31 O 58/07
Normen: UWG §§ 3, 4 Nr. 6; BGB § 145

Tenor:

Die Antragsgegnerin wird verurteilt,

es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der
Zu widerhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis
250.000,00 EUR zu unterlassen,

im geschäftlichen Verkehr zu werben:

„Das Große Rabatt-Würfeln bei u. Baumarkt ...

An jeder Kasse können Sie würfeln und bekommen dann sofort
den gewürfelten Rabatt auf Ihren gesamten Einkauf
gutgeschrieben. Nieten gibt es nicht: 5 % Rabatt sind garantiert!
...“,

wenn dies wie folgt geschieht:

pp.

Die Kosten des Verfahrens werden zu 4/5 der Antragsgegnerin
und zu 1/5 dem Antragsteller auferlegt.

Gründe

I.

Der Antragsteller – ein Verband im Sinne von § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG – beanstandet die in der Urteilsformel wiedergegebene Werbung der Antragsgegnerin als wettbewerblich unlauter, weil danach der Warenabsatz mit einem Gewinnspiel gekoppelt sei. Gegen die Zurückweisung seines Verfügungsantrags durch Beschluss vom 29.01.2007 wendet er sich mit seiner sofortigen Beschwerde, der das Landgericht nicht abgeholfen hat.

II.

Die zulässige sofortige Beschwerde (§§ 567 ff. ZPO) hat auch in der Sache Erfolg und führt auf Grund der mündlichen Verhandlung vor dem Senat zum Erlass der nunmehr an der konkreten Verletzungsform orientierten einstweiligen Verfügung durch zweitinstanzliches Endurteil (§§ 936, 922 Abs. 1 S. 1 ZPO; Zöller/Vollkommer, ZPO, 26. Aufl., § 922, Rn. 14 m.w.N.).

Dem Antragsteller steht gegen die Antragsgegnerin nach deren eigenem Vorbringen ein Anspruch auf Unterlassung unlauterer Wettbewerbshandlungen aus §§ 3, 4 Nr. 6, 8 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 Nr. 2 UWG zu.

1. Nach § 4 Nr. 6 UWG handelt unlauter, wer die Teilnahme von Verbrauchern an einem Gewinnspiel von dem Erwerb einer Ware abhängig macht. Ein solcher Fall ist hier gegeben.

a) Die gesetzliche Regelung lässt bei tatbestandsmäßigen Handlungen keine abweichende Bewertung der Unlauterkeit zu (Senat, GRUR-RR 2007, 49 – Smart-Cabrio-Gewinnspiel); eine zu wartherzige Interpretation der einzelnen Tatbestandsbegriffe wird sich daher nicht empfehlen (anders für die Fälle der Kopplung bei der Gewinnzuteilung aber Fezer / Hecker, UWG, § 4-6, Rn. 48 ff. [57 ff.]). Dennoch liegt es – dem Wortsinn folgend – auf der Hand, dass das von der Antragsgegnerin beworbene "Rabatt-Würfeln" aleatorischen Reiz hat und ein Spiel darstellt, bei dem über den Gewinn durch Zufall entschieden wird (vgl. Fezer / Hecker, a.a.O., § 4-5, Rn. 55, 62, 70).

b) Nach der Werbung der Antragsgegnerin und nach ihrem eigenen Vorbringen zur tatsächlichen Durchführung der Aktion hängt die Teilnahme an dem Spiel auch vom Warenerwerb ab. Eine solche Kopplung liegt nicht nur vor, wenn eine rechtliche Verknüpfung des Warenabsatzes mit der Teilnahme an dem Gewinnspiel erfolgt, sondern auch, wenn eine tatsächliche Abhängigkeit zwischen dem Warenabsatz und der Gewinnspielteilnahme oder den Gewinnchancen anzunehmen ist (BGH, GRUR 2005, 599 [600] – Traumcabrio m.w.N.). Ob eine derartige Abhängigkeit besteht, beurteilt sich aus der Sicht eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Verbrauchers.

Hier besteht bereits eine rechtliche Abhängigkeit. Denn am "Rabatt-Würfeln" teilnehmen kann gemäß der Ankündigung nur, wer zuvor in einem Baumarkt der Antragsgegnerin eingekauft hat ("... sparen Sie bei jedem Einkauf ..."; "... bekommen ... den gewürfelten Rabatt auf Ihren

gesamten Einkauf gutgeschrieben ..."). Dass das Würfeln an der Kasse nach dem Vorbringen der Antragsgegnerin vor dem Kassiovorgang stattfindet, steht dem nicht entgegen. Sieht man bereits in der Ausstellung der Waren in einem Selbstbedienungsladen ein bindendes Angebot zum Abschluss eines Kaufvertrages, das vom Kunden durch Vorlegung der Ware an der Kasse angenommen wird (so z.B. Palandt / *Heinrichs*, BGB, 66. Aufl., § 145, Rn. 8; MünchKomm / *Kramer*, BGB, 5. Aufl., § 145, Rn. 12; Bamberger / *Roth / Eckert*, BeckOK BGB, § 145, Rn. 43; jeweils m.w.N.), kommt es auf die Reihenfolge von Würfel- und Kassiovorgang ohnehin nicht an, weil nach dieser Ansicht das Erwerbsgeschäft schon vorher abgeschlossen war. Doch auch wenn man annimmt, dass erst das Vorlegen der Ware durch den Kunden ein Kaufangebot und in der Regel erst das Verbuchen des Preises in der Registrierkasse dessen Annahme darstellt (so Dietrich, DB 1972, 957 ff.; Erman / *Palm*, BGB, 11. Aufl., § 145, Rn. 10; offen gelassen BGHZ 66, 51 [55 f.]), hängt im Streitfall die Teilnahme am Würfelspiel vom Warenerwerb ab.

Bei Würdigung der Interessenlage ergibt sich nämlich, dass der Kunde die zuvor ausgewählte Ware hier in jedem Fall abnehmen und bezahlen soll – gleich ob sein "erwürfelter" Rabatt 25 %, 15 % oder nur 5 % beträgt. Durch Verlegung des Würfelvorgangs an die Kasse – nach Auswahl der Ware – will die Antragsgegnerin ersichtlich vermeiden, dass Kunden (wie in dem vom Antragsteller in der Beschwerdebegründung gebildeten Alternativfall) zunächst – nach Betreten des Ladens – nur um die Höhe "ihres" Rabatts würfeln, bevor sie sich konkret zu einem Einkauf entschließen. Ebenso wenig wird die Verkäuferseite es hinnehmen wollen, dass Kunden, die sich einen Rabatt von nur 5 % "erwürfelt" haben, mit den bereits ausgewählten Waren wieder den Kassenbereich verlassen, um nach kurzer Zeit an derselben oder einer anderen Kasse ihr Würfelglück erneut zu versuchen und dann möglicherweise für dieselben Waren einen höheren Rabatt zu beanspruchen. Eine rechtliche Bindung des Käufers an den Vertragsantrag (§ 145 BGB), die ausgewählte Ware zu dem Preis kaufen zu wollen, der sich nach Verrechnung mit dem spielerisch ermittelten Rabatt ergeben werde, muss aus Verkäufersicht also spätestens in dem Augenblick eintreten, in dem der Kunde an der Kasse den Würfel in die Hand nimmt. Ob damit die Zulassung des Kunden zur Teilnahme am Würfelspiel dem Eintritt seiner vertraglichen Bindung zeitlich nachfolgt oder mit dem Warenerwerb in einem Akt zusammenfällt, ist für die Anwendbarkeit von § 4 Nr. 6 UWG nicht entscheidend, wie der Senat für eine andere Fallgestaltung bereits entschieden hat (MD 2006, 1388 = OLGR Köln 2007, 59 im Anschluss an Hefermehl / *Köhler* / Bornkamm, a.a.O., § 4 UWG, Rn. 6.6; Fezer / *Hecker*, a.a.O., § 4-6, Rn. 65).

In dem vom Oberlandesgericht Frankfurt am Main (GRUR-RR 2005, 388) entschiedenen Fall einer "Verkaufsverlosung", bei der von einem Versandhaus eine begrenzte Zahl sehr günstig angebotener Waren unter den Kaufinteressenten verlost wurde, lag es im entscheidenden Punkt anders, weil dort die Teilnahme an der Verlosung von einer bindenden Entscheidung für den Erwerb des Produkts unabhängig war und lediglich der Verlosungsgewinn allein durch den Erwerb der betreffenden Ware zu dem besonders niedrigen Preis eingelöst werden konnte (für die Anwendung von § 4 Nr. 6 UWG auch auf eine Kopplung von Warenerwerb und Gewinnrealisierung Fezer / *Hecker*, a.a.O., § 4-6, Rn. 48 ff. [57 ff.])

c) Bei dem nach alledem an den Warenerwerb gekoppelten Würfelspiel handelt es sich auch um ein Gewinnspiel im Sinne der gesetzlichen Vorschrift. Für einen am Schutzzweck der Norm orientierte restriktive Auslegung sieht der Senat im Streitfall keinen Anlass. Der in § 4 Nr. 6 UWG objektivierte Schutzgedanke umfasst auch Fälle, in denen der ausgelobte Gewinn lediglich in einem Preisnachlass auf die erworbene Ware besteht, der für sich genommen – als Rabatt ohne Verbindung mit aleatorischen Anreizen – wettbewerblich unbedenklich wäre (darauf bezieht sich die von der Antragsgegnerin angeführte Stelle bei *Piper* / Ohly, UWG, 4.

Eine Trübung des Urteils der Verbraucher durch Ausnutzung der Spiellust, wie sie mit dem Verbot der Kopplung an ein Gewinnspiel verhindert werden soll (Begründung des Regierungsentwurfs zu § 4 Nr. 6 UWG, Bundestags-Drucksache 15/1487 S. 18), findet nämlich auch statt, wenn der spielerisch ermittelte Vorteil darin liegt, dass dem Verbraucher ein je nach Würfelglück wechselnder prozentualer Nachlass auf den Warenwert seines Einkaufs gewährt wird. Durch das gesetzliche Koppelungsverbot soll der Verbraucher – worauf das Landgericht zutreffend hingewiesen hat – insbesondere vor einer Ablenkung von Güte und Preiswürdigkeit der angebotenen Ware durch die Hoffnung auf leichten Gewinn bewahrt werden. Eine Beeinträchtigung der geschützten, auf rational-abwägende Qualitäts- und Preisvergleiche angelegten Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers tritt aber auch ein, wenn dem Kunden in Aussicht gestellt wird, über einen garantierten Rabatt (von 5 %) hinaus einen weiteren Preisnachlass (von zusätzlichen 10 % oder gar 20 %) "gewinnen" zu können. Denn er wird auf diese Weise verleitet, schon bei der Prüfung des Warenangebots des Gewinnspielveranstalters seinen möglichen Gewinn beim "Rabatt-Würfeln" einzukalkulieren und deshalb nicht den "Normal-Preis" (den um 5 % reduzierten Grundpreis), sondern die bloße Möglichkeit eines bei entsprechendem Würfelglück noch geringeren Preises (also den bis zu 25 % reduzierten Grundpreis) mit den – gegenüber dem "Normal-Preis" vielleicht sogar günstigeren – Angeboten der Mitbewerber zu vergleichen.

14

Für die Annahme einer unlauteren Beeinflussung der Verbraucher kann es im Übrigen nach Ansicht des Senats nicht entscheidend darauf ankommen, ob der Käufer zunächst an der Kasse den nicht reduzierten Normalpreis entrichtet, erst nach Verlassen des Kassenganges würfelt und alsdann den erwürfelten Rabatt in bar erstattet erhält, oder ob wie im Streitfall die Höhe des Nachlasses sogleich bei der Preisberechnung einfließt. Die erstgenannte Alternative, die, wie die Beschwerdeerwiderung dargelegt hat, aus Gründen mangelnder Praktikabilität nicht in Betracht kam, wäre aber vom Wortlaut des § 4 Nr. 6 UWG unabdingbar erfasst.

15

d) Mit seiner Auffassung weicht der Senat nicht von der Rechtsprechung des Oberlandesgericht Hamm ab, das mit Urteil vom 17.06.2003 – 4 U 46/03 (bestätigt durch Beschluss vom 20.11.2003 – 4 W 163/03; beide Entscheidungen veröffentlicht in juris) die Wettbewerbswidrigkeit der Werbeaussage "Würfel um deinen Rabatt" im Zusammenhang mit dem Erwerb eines Kleidungsstücks bei ausgelobten Preisnachlässen zwischen 2 % und 12 % verneint hat. Die von § 1 UWG a.F. – als der seinerzeit noch maßgeblichen Beurteilungsgrundlage – eröffnete Wertungsmöglichkeit besteht unter der Geltung von § 4 Nr. 6 UWG nicht mehr, so dass es auch nicht darauf ankommt, ob nach den besonderen Umständen des Falles eine besondere Anlockwirkung des ausgelobten maximalen Rabattes, ein psychischer Kaufzwang oder ein Element der Sittenwidrigkeit besteht – was das Oberlandesgericht Hamm in dem von ihm zu beurteilenden Fall (trotz Bejahung einer Kopplung von Gewinnspiel und Warenabsatz) nicht festzustellen vermochte.

16

Im Schrifttum hält Köhler (Hefermehl / Köhler / Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 25. Aufl., § 4 UWG, Rn. 6.6) eine unzulässige Kopplung im Sinne von § 4 Nr. 6 UWG – übereinstimmend mit der hier vertretenen Auffassung – auch dann für gegeben, wenn der Preis oder Gewinn in einem Preisnachlass auf die zuvor erworbene Ware bestehe (die dort angeführte Entscheidung des OLG Hamburg, MD 2005, 24 betraf "Glücks-Bon-Tage", in deren Verlauf jeder tausendste Kassenbon "storniert" wurde, was als unzulässige Kopplung von Gewinnspiel und Warenabsatz angesehen wurde).

17

Soweit *Steinbeck* zu § 4 Nr. 1 UWG (Fezer / *Steinbeck*, UWG, § 4-1, Rn. 230-232, 254) im Anschluss an die vorgenannte Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamm und die ebenfalls noch zu § 1 UWG a.F. ergangene Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu sogenannten umgekehrten Versteigerungen (BGH, GRUR 2003, 626 – Umgekehrte Versteigerung II) die Meinung vertritt, Rabattwürfel-Aktionen unterfielen zwar dem Wortlaut des § 4 Nr. 6 UWG, könnten aber als zulässig angesehen werden, weil sie ein an § 4 Nr. 1 UWG zu messendes Verfahren der Preisgestaltung darstellten, vermag sich der Senat dem für die vorliegende Fallgestaltung nicht anzuschließen. Der vom Bundesgerichtshof (in einem Fall, wo das Zufallselement im ungewissen Zeitpunkt der Kaufentscheidung der angesprochenen Interessenten bestand) herausgestellte Gesichtspunkt, dass der Verbraucher bei Nachfrageentscheidungen bedeutenden Umfangs genau abzuwägen pflege und während des Entscheidungszeitraums stets die Möglichkeit von Preisveränderungen bestehe, ist insoweit ohne Bedeutung, weil der Einfluss des Käufers auf die Höhe des endgültigen Preises hier nicht in Umständen seiner Entscheidungsfindung, sondern allein in seinem Würfelglück liegt.

2. Durch die beanstandete Werbeaktion wird das Marktverhalten der Verbraucher nicht nur unerheblich zu ihrem Nachteil und zum Nachteil der Mitbewerber beeinträchtigt, § 3 UWG. Denn indem sie – aus den oben zu Nr. 1 lit. c) erörterten Gründen – verhindert, dass der Verbraucher unbeeinflusst und rational-abwägend zwischen den Angeboten der Antragsgegnerin und ihrer Konkurrenten vergleicht, ist die Aktion geeignet, den Verbraucher zum Erwerb eines objektiv ungünstigeren Produkts zu verleiten und zugleich den Mitbewerbern zu schaden. 19

III. 20

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 1 S. 1, 269 Abs. 3 S. 2 ZPO. Die vom Antragssteller in der mündlichen Verhandlung vorgenommene Orientierung seines Antrags an der konkreten Verletzungsform stellt sich gegenüber dem ursprünglichen – weitergehenden – Begehren als Teilrücknahme dar, deren Gewicht mit einem Kostenanteil von 1/5 angemessen bewertet erscheint. 21

Das Urteil ist gemäß § 542 Abs. 2 ZPO mit seiner Verkündung rechtskräftig. 22