
Datum: 23.12.2010
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 208/06
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2010:1223.6U208.06.00

Vorinstanz: Landgericht Bonn, 14 O 80/06
Normen: LottStV § 4 Abs. 3; UWG § 4 Nr. 11

Tenor:

1.) Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil der 3. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Bonn vom 29.10.2006 unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung wie folgt abgeändert:

Die Beklagte wird verurteilt, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes von bis zu 250.000 €, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, Ordnungshaft zu vollziehen an ihrem Direktor, zu unterlassen,

durch

a) telefonische Direktansprache von Verbrauchern für die Teilnahme an ihren Lotterien über die sachliche Informationen zur Art und Weise der Teilnahmemöglichkeit an der Lotterie bzw. dem Glücksspiel hinaus zu werben und/oder werben zu lassen, nämlich durch Ermunterungen und Anreizungen von Verbrauchern mit folgenden Aussagen

(1) "Spielen Sie mindestens 3- 4 Monate, weil sich dann erfahrungsgemäß die ersten Gewinne einstellen"

und/oder

(2) "Nehmen Sie mit Hochquotenlosen mit Gewinnchance von 53 % teil"

und/oder

b) postalische (einschließlich elektronischer Post) Direktansprache von Verbrauchern für die Teilnahme an ihren Lotterien über die sachliche Informationen zur Art und Weise der Teilnahmemöglichkeit an der Lotterie bzw. dem Glücksspiel hinaus zu werben und/oder werben zu lassen, nämlich durch Ermunterungen und Anreizungen von Verbrauchern mit folgenden Aussagen

(1) "Reservieren Sie gleich heute mit beigefügtem Bestellschein oder unter www.L..de. Und: je mehr Lose, desto höher Ihre Gewinnchance"

wenn dies geschieht wie nachstehend wiedergegeben:

(Bild/Grafik nur in Originalentscheidung vorhanden)

und/oder

(2) "Nutzen Sie Ihre Gewinnchance von 100 %. Werden Sie Millionär"

und/oder

(3) "Stecken Sie Ihren Gewinn-Options-Schein in das portofreie Antwort-Kuvert und senden Sie es am besten heute noch an uns ab"

wenn dies jeweils geschieht wie nachstehend wiedergegeben:

(Bild/Grafik nur in Originalentscheidung vorhanden)

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

2.) Die Kosten des Rechtsstreits verteilen sich wie folgt:

Die Kosten des Verfahrens erster Instanz tragen die Klägerin zu 7/8 und die Beklagte zu 1/8.

Die Kosten des Berufungsverfahrens und des Revisionsverfahrens, einschließlich der Kosten des

Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens, tragen die Klägerin zu 2/9 und die Beklagte zu 7/9.

3.) Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann jedoch die Vollstreckung des Unterlassungsausspruchs durch Sicherheitsleistung in Höhe von 50.000 € abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Vollstreckung des Kostenausspruchs können die Parteien jeweils durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die jeweils andere Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

4.) Die Revision wird nicht zugelassen.

<u>GRÜNDE:</u>	1
I.	2
Die Beklagte, eine Anstalt des öffentlichen Rechts, veranstaltet die Süddeutsche Klassenlotterie. Im April/Mai 2006 führte die Beklagte Werbemaßnahmen u.a. wie im Tenor wiedergegeben durch.	3
Die Klägerin behauptet, an eine in den Niederlanden ansässige Gesellschaft Lotterieteilnehmer zu vermitteln.	4
Die Klägerin hält die genannten Werbemaßnahmen für unzulässig und verlangt – soweit noch von Interesse – deren Unterlassung wie erkannt, jedoch zusätzlich auch zu b) in telefonischer zu a) in postalischer Direktansprache. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und der Senat die hiergegen gerichtete Berufung zurückgewiesen. Der Bundesgerichtshof hat das Urteil des Senats aufgehoben, soweit der Senat die Berufung gegen die Klageabweisung in dem oben genannten Umfang zurückgewiesen hat. Die Klägerin, die ergänzend zu ihrer Aktivlegitimation vorgetragen hat, verfolgt ihre Anträge unter Bezugnahme auf die konkrete Verletzungsform weiter. Hilfsweise beantragt sie, den Antrag zu a) (2) mit der Einschränkung zu versehen, "wenn der Anrufer nicht gleichzeitig unmissverständlich erklärt, dass die Gewinnchance von 53 % nicht bedeutet, dass man zumindest kostendeckend an dem Spiel teilnehmen kann". Die Beklagte verteidigt weiterhin die Klageabweisung.	5
Im Übrigen wird wegen des Sachverhalts wird gem. § 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen.	6
II.	7
Die Berufung hat teilweise Erfolg und führt zur teilweisen Abänderung der angefochtenen Entscheidung.	8
	9

1. Die Klägerin ist aktivlegitimiert. Ihrem Vortrag nach Abschluss des Revisionsverfahrens, sie vermittele Kunden an die LottoTeam Fonds B.V., und sei von der Beklagten als Wettbewerber vor dem Oberlandesgericht in Düsseldorf in Anspruch genommen worden, es sei daher zwischen den Parteien unstreitig, dass die Klägerin aktivlegitimiert sei, ist die Beklagte nicht (mehr) entgegengetreten. Die Aktivlegitimation der Klägerin ist daher nicht mehr zweifelhaft.
2. Die Klage ist unbegründet, soweit die Klägerin eine Verurteilung zur Unterlassung der Ansprache auf telefonische Weise in einer Form begehrt, die bisher nur Gegenstand schriftlicher Ansprache war, sowie soweit die Klägerin die Unterlassung einer schriftlichen Werbung in einer Form verlangt, die bisher nur Gegenstand telefonischer Ansprache war. Denn insoweit fehlt es an einer Begehungsgefahr. 10
- a) Die Begehung eines Wettbewerbsverstoßes in einer bestimmten Verletzungsform begründet die Vermutung einer Wiederholungsgefahr nur hinsichtlich zumindest im Kern gleichartiger Verstöße (Köhler/Bornkamm, UWG, 28. Aufl., § 8 Rdn. 1.36 mwN.). Hierzu muss sich das Charakteristische der Verletzungshandlung in dem fraglichen Verhalten wiederfinden (Köhler/Bornkamm, aaO., Rdn. 1.37 mwN.). Daran fehlt es. 11
- Die telefonische Ansprache von Verbrauchern durch Vertriebspartner der Beklagten entfaltet eine andere Wirkung als eine schriftliche Werbung. Es kann daher nicht davon ausgegangen werden, dass mündliche Äußerungen aus diesen Telefongesprächen von der Beklagten in den von ihr selbst verantworteten Werbeschreiben wiederholt werden. Das gleiche gilt für den umgekehrten Fall, zumal die angegriffenen schriftlichen Äußerungen in einem (zum Gegenstand des Antrags gemachten) Kontext stehen, der in seiner Gesamtheit in einem mündlichen Gespräch kaum herzustellen ist. 12
2. Im Übrigen ist die Klage begründet. 13
- a) Das in die Zukunft gerichtete Unterlassungsbegehren der Klägerin setzt voraus, dass das beanstandete Verhalten sowohl zum Zeitpunkt der Begehung als auch nach geltender Rechtslage wettbewerbswidrig ist (vgl. BGH GRUR 2010, 850 Tz. 12 – Brillenversorgung II mwN.). Die Rechtslage hat sich insofern geändert, als zum Zeitpunkt der beanstandeten Maßnahmen der in Teilen verfassungswidrige (vgl. BVerfG NJW 2006, 1261) Lotteriestaatsvertrag galt; zum 1.1.2008 ist der Glücksspielstaatsvertrag in Kraft getreten. Eine wesentliche Änderung hat sich dadurch allerdings nicht ergeben. Vielmehr erlaubt der Glücksspielstaatsvertrag Werbung nur unter noch engeren Voraussetzungen. Soweit die Werbung nach § 4 Abs. 3 LottStV nicht zulässig war, bedeutet dies zugleich, dass sie mit § 5 GlüStV nicht zu vereinbaren ist. Zudem sind die die Werbung betreffenden Vorschriften beider Staatsverträge (§ 4 Abs. 3 LottStV und § 5 GlüStV) Marktverhaltensregelungen im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG. Auch die zwischenzeitlich in Kraft getretenen Änderungen des UWG haben die Rechtslage nicht zugunsten der Beklagten geändert. Es genügt daher die Feststellung, dass die beanstandeten Maßnahmen zum Zeitpunkt ihrer Begehung wettbewerbswidrig waren. 14
- b) Gemäß § 4 Abs. 3 LottStV müssen Art und Umfang der Werbemaßnahmen für Glücksspiele angemessen sein und dürfen nicht in Widerspruch zu den in § 1 LottStV genannten Zielen stehen, zu denen es nach § 1 Nr. 2 LottStV insbesondere gehört, übermäßige Spielanreize zu verhindern. Zudem darf die Werbung nicht irreführend sein, insbesondere nicht darauf abzielen, unzutreffende Vorstellungen über die Gewinnchancen hervorzurufen. 15

Im Hinblick auf das staatliche Monopol von Sportwetten hat das BVerfG eine verfassungsgemäße Anwendung dieser Bestimmungen dahin verlangt, dass das bestehende Wettmonopol konsequent an einer Bekämpfung der Wertsucht und einer Begrenzung der Wettleidenschaft auszurichten sei. Daher sei u.a. eine Werbung, die über sachliche Informationen zur Art und Weise der Wettmöglichkeit hinausgehend gezielt zum Wetten auffordere, untersagt. Ferner habe die Staatliche Lotterieverwaltung umgehend aktiv über die Gefahren des Wettens aufzuklären (BVerfG NJW 2006, 1261 Tz. 160).

Es ist fraglich, ob diese Maßstäbe auf die Werbung für Lotterien in gleicher Strenge anzuwenden sind. Denn die Anforderungen an die Werbung für Sportwetten hat das Bundesverfassungsgericht damit begründet, dass ein Monopol für Sportwetten nur aufgrund besonderer Suchtgefahren verfassungsrechtlich zu rechtfertigen sei. Lotterien weisen aber vergleichbare Suchtgefahren nicht auf; insoweit ließe sich ein Monopol dagegen auf den verfassungsrechtlich legitimen Zweck stützen, vor betrügerischen Machenschaften der Spielanbieter zu schützen (vgl. BVerfG, aaO. Tz. 103). Zur Verfolgung dieses Zwecks wären derartig strenge Werbebeschränkungen nicht erforderlich.

17

Dies kann aber dahinstehen, denn die angegriffene Werbung hält bereits einer Überprüfung an den Maßstäben des § 4 Abs. 3 LottStV nicht stand.

18

c) (1) Durch die Aussage "Spielen Sie mindestens 3-4 Monate, weil sich dann erfahrungsgemäß die ersten Gewinne einstellen" wird ein übermäßiger Spielanreiz geschaffen. Denn hierdurch wird einem Spieler, dem erlittene Verluste möglicherweise zur Warnung vor den Gefahren des Glücksspiels gereicht hätten, suggeriert, er werde mit hoher Sicherheit (nämlich erfahrungsgemäß) diese Verluste durch spätere Gewinne ausgleichen. Die Werbung nutzt damit die besondere, suchtbegründende Gefahr von Glücksspielen, dass Spieler ihren Verlusten hinterherjagen, und ist daher unangemessen.

19

Zudem ist die Werbung hinsichtlich der Gewinnchancen irreführend. Der Senat geht – wie unter (2) darzulegen sein wird – entgegen der Auffassung der Beklagten davon aus, dass ein erheblicher Anteil der Verbraucher die Werbung mit einem zu erzielenden "Gewinn" dahin versteht, dass ein den Einsatz überschießender Betrag ausgezahlt wird. Dies gilt erst recht in dem hier in Rede stehenden Zusammenhang. Die Aussage, es solle über einen längeren Zeitraum gespielt werden, wird der angesprochene Verkehr als Hinweis auf die in den ersten Monaten erlittenen (bzw. zu erleidenden) Verluste verstehen. Er wird daher davon ausgehen, dass die nach 3-4 Monaten (angeblich) zu erwartenden Gewinne sogar ausreichen werden, um die anfänglichen Verluste auszugleichen. Dass dies im Regelfall tatsächlich zu erwarten wäre, hat die insoweit darlegungsbelastete (vgl. Köhler/Bornkamm, UWG, 28. Aufl., § 5 Rdn. 3.23) Beklagte nicht vorgetragen.

20

Der Klageantrag ist auch ohne Bezugnahme auf den weiteren Kontext der Aussage in vollem Umfang begründet; trotz der allgemeinen Fassung des Verbots erfasst dieses nicht auch erlaubte Verhaltensweisen (vgl. hierzu BGH GRUR 2010, 749 Tz. 26 – Erinnerungswerbung im Internet; GRUR 2004, 605 – Dauertiefpreise). Denn es ist nicht ersichtlich und von der Beklagten auch nicht geltend gemacht, dass der unangemessen auffordernde Aussagegehalt der verbotenen Äußerung durch den weiteren Gesprächsverlauf vermieden werden könnte. Dies könnte allenfalls durch eine gerade gegenteilige Äußerung in unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang geschehen. Diese Möglichkeit ist jedoch lebensfremd und kann daher vernachlässigt werden. Zudem ist nicht ersichtlich, wie ein solcher Ausnahmetatbestand in einer den vollstreckungsrechtlichen Bestimmtheitsanforderungen genügenden Weise formuliert werden könnte. Es muss daher zur Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes genügen (vgl. BGH GRUR 2009, 977 Tz. 22 – Brillenversorgung), dass der Antrag bzw. das

21

Verbot dahin ausgelegt werden kann, dass solche in sich widersprüchlichen Äußerungen hiervon nicht erfasst sind.

(2) Die Aussage "Nehmen Sie mit Hochquotenlosen mit Gewinnchance von 53 % teil" ist irreführend; sie ist geeignet, unzutreffende Vorstellungen über die Gewinnchancen hervorzurufen. 22

Entgegen der Auffassung der Beklagten geht der Verkehr bei werblichen Herausstellung von Gewinnmöglichkeiten davon aus, dass diese Gewinne so gestaltet sind, dass sie den Einsatz übersteigen. Dies entspricht zunächst dem natürlichen Sprachgebrauch. Einnahmen sind nur insoweit Gewinn, wie sie die Ausgaben übersteigen. Dass für Lotterien ein davon abweichender allgemeiner Sprachgebrauch bestünde, kann auch auf der Grundlage des Vortrags der Beklagten in dem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 30.11.2010 nicht angenommen werden. Es dürfte zwar bekannt sein, dass bei den staatlich genehmigten Lotterien auch solche Beträge ausgeschüttet werden, die gegebenenfalls den (vom Spieler bestimmten) Einsatz nicht übersteigen. Es mag auch zutreffen, dass auch solche Ausschüttungen als "Gewinn" bezeichnet werden. Es ist jedoch nicht ersichtlich, dass diese Ausschüttungen als Chance auf einen "Lottogewinn" beworben würden. Von einem Gewinn in der Lotterie erwartet der Verbraucher daher vielmehr, dass er dadurch eine spürbare Verbesserung seiner Vermögensverhältnisse erfährt. Dies gilt jedenfalls dann, wenn dieser Gewinn der Erwähnung in der Werbung wert ist. Dieser Eindruck wird durch den Begriff "Hochquotenlose", dessen tatsächliche Bedeutung vielen Verbrauchern nicht geläufig sein wird, verstärkt. Da beim bekannten Zahlenlotto die Gewinnbeträge als "Quoten" bezeichnet werden, suggeriert der Begriff "Hochquotenlos" ein besonderes Gewinnpotenzial des einzelnen Loses. 23

Die Beklagte hat nicht dargelegt, dass die Wirklichkeit diesen Vorstellungen gerecht wird. Vielmehr besteht die überwiegende Zahl der von der Beklagten ausgespielten "Gewinne" in der Erstattung des Spieleinsatzes. Soweit die Beklagte darauf verweist, der Verbraucher erwerbe zusätzlich eine Gewinnchance, genügt dies nicht. Denn zum einen erwartet der angesprochene Verkehr, einen Geldgewinn erzielen zu können. Zum anderen ist der durch diese zusätzliche Gewinnchance erzielbare Gewinn in dem Prozentsatz von 53 % eingerechnet. 24

Zugleich wird durch die Aussage ein unangemessener Spielanreiz geschaffen. Die Aussage enthält eine direkte Aufforderung zur Spielteilnahme. Dabei soll die beabsichtigte Wirkung dadurch erzielt, dass dem Verbraucher einseitig Gewinnmöglichkeiten vor Augen geführt werden und diese als überwiegend wahrscheinlich (53 %) angepriesen werden. Dadurch wird das Lotterieangebot der Beklagten unrealistisch verlockend dargestellt und damit ein unangemessener Spielanreiz geschaffen. 25

Einer Beschränkung des Antrags (vgl. hierzu oben unter (1)) bedurfte es auch hier nicht. Es ist nicht ersichtlich und ließe sich – wie die Formulierung des Hilfsantrags zeigt – nicht mit hinreichender Bestimmtheit beschreiben, wie die direkte Aufforderung zur Spielteilnahme in einen Kontext gestellt werden könnte, durch den der übermäßige Spielanreiz verhindert werden könnte. 26

(3) Die Aussage "Reservieren Sie gleich heute mit beigefügtem Bestellschein oder unter www.kleiber.de. Und: je mehr Lose, desto höher Ihre Gewinnchance" in dem Anschreiben Bl. 28 d.A. ist unangemessen und nicht vereinbar mit dem Ziel des Lotteriestaatsvertrages, übertriebene Spielanreize zu verhindern. 27

Die Aussage "je mehr Lose, desto höher Ihre Gewinnchance" verschleiert den Umstand, dass derjenige, der eine größere Anzahl an Losen erwirbt, damit zugleich auch ein höheres Verlustrisiko eingeht. Der angesprochene Verkehr soll veranlasst werden, dem natürlichen Instinkt, den Einsatz (und damit das Verlustrisiko) zu begrenzen, nicht zu folgen und daher mehr einzusetzen, als an sich für angemessen erachtet würde.

Die Aussage ist zugleich irreführend, denn auch in diesem Zusammenhang wird der angesprochene Verkehr den Begriff "Gewinnchance" dahin verstehen, dass ein substantieller Überschuss des auszuzahlenden Betrags über den Einsatz erzielt wird. Zwar wächst auch die Chance, einen solchen Gewinn zu erzielen, naturgemäß bei einem höheren Einsatz. Als Hinweis auf diese nicht erwähnenswerte Selbstverständlichkeit wird der Verkehr die Aussage jedoch zu einem relevanten Anteil nicht verstehen, sondern vielmehr davon ausgehen, dass die werblich herausgestellten höheren Gewinnchancen zugleich bedeuten, dass das Verlustrisiko geringer ist. Dies gilt insbesondere im Zusammenhang mit den Hinweisen in dem Anschreiben, dass die Gewinnchancen bei der Teilnahme mit einem Los bei 53 %, mit zwei Losen bei 78 % und mit drei Losen bei über 90 % liegen. Die Beklagte verschweigt nämlich insofern, dass sie unter einem Gewinn jede Ausschüttung versteht, auch wenn diese den eingesetzten Betrag nicht übersteigt. Der Verkehr wird dagegen – wie dargelegt – die Werbung dahin verstehen, dass mit einer höheren Zahl an Losen die Wahrscheinlichkeit steigt, einen den Einsatz übersteigenden Betrag zu erzielen.

(4) Die Aussage "Nutzen Sie Ihre Gewinnchance von 100 %. Werden Sie Millionär" ist hinsichtlich der Gewinnchancen irreführend und schafft zudem einen übertriebenen Spielanreiz.

Wie dargelegt, versteht der Verkehr den Begriff "Gewinn-Chance" dahin, dass er einen Überschuss über seinen Einsatz erzielt. Auch in Kombination mit der Behauptung, diese Chance liege bei "100 %" wird ein relevanter Teil des Verkehrs jedenfalls davon ausgehen, dass eine Teilnahme zumindest risikolos (das heißt ohne die Gefahr eines Verlusts) möglich ist. Dass das Angebot einer solchen Lotterie systemwidrig wäre, wird dem angesprochenen Verkehr dadurch verschleiert, dass bereits die Möglichkeit der Teilnahme an der Lotterie als für den Spieler glückliches Ergebnis eines Auswahlverfahrens ("Sie wurden ... ausgewählt und nominiert"; Mitspielmöglichkeit nur mit "Berechtigungs-Nachweis") mit besonderen Sicherheitsvorkehrungen ("versiegelter Umschlag") dargestellt wird. Dieser Eindruck wird weiter dadurch verstärkt, dass der Spieler aufgefordert wird, bereits seine Bankverbindung anzugeben sowie mitzuteilen, wie die Gewinne ausbezahlt werden sollen.

Diese von der Werbung hervorgerufenen Vorstellungen sind unzutreffend. Die Beklagte versteht unter einer Gewinn-Chance, dass überhaupt eine Ausschüttung erfolgt – auch wenn diese den Einsatz nicht abdeckt. Daher ist die Werbung irreführend.

Sie ist zugleich nicht angemessen im Sinne des § 4 Abs. 3 LottStV. Indem sie suggeriert, es könne risikolos an der Lotterie der Beklagten teilgenommen werden, zielt sie darauf ab, dass der angesprochene Verbraucher seine natürliche Vorsicht überwindet und daher in einem Maß an dem Glücksspiel teilnimmt, das sein eigentliches Bedürfnis übersteigt.

(5) Die Aussage "Stecken Sie Ihren Gewinn-Options-Schein in das portofreie Antwort-Kuvert und senden Sie es am besten heute noch an uns ab" ist unangemessen und nicht vereinbar mit dem Ziel des Lotteriestaatsvertrages, übertriebene Spielanreize zu verhindern. Diese Werbung beinhaltet die unmittelbare Aufforderung, sich an dem Glücksspiel zu beteiligen. Zugleich wird ein zeitlicher Druck ("heute noch") auf den angesprochenen Verkehr ausgeübt, der nur darauf abzielen kann, eventuelle Bedenken beiseite zu schieben. Darüber hinaus wird

durch die Formulierung "Gewinn-Options-Schein" die sich aus dem übrigen Text der Anzeige ergebende Verschleierung der Verlustrisiken aufgegriffen. In dem Kontext der konkreten Verletzungsform ergibt sich hieraus für den angesprochenen Verkehr die Zusage, Gewinne (im Sinne eines Einnahmenüberschusses) seien nur von der Ausübung der Option, an der Lotterie teilzunehmen, abhängig. Die Aussage zielt daher darauf ab, rationale Bedenken und die natürliche Vorsicht zu überwinden, und schafft dadurch einen übermäßigen Spielanreiz.

3. Die durch die Wettbewerbsverstöße begründete tatsächliche Vermutung für das Bestehen einer Wiederholungsgefahr ist durch die Änderung der Rechtslage, namentlich das Inkrafttreten der die Werbung regelnden Bestimmung des § 5 GlüStV, nicht entkräftet worden. 35

Zunächst setzt der Wegfall der Wiederholungsgefahr aufgrund einer Gesetzesänderung voraus, dass die Wettbewerbswidrigkeit des fraglichen Verhaltens in der Vergangenheit umstritten war (vgl. BGH GRUR 2002, 717, 718 f. - Vertretung der Anwalts-GmbH mwN.). Daran fehlt es hier. Soweit eine Irreführung in Rede steht, ist die Rechtslage unverändert geblieben. Aber auch hinsichtlich der Frage der Angemessenheit der Werbung waren die einschlägigen Vorschriften (wie dies häufig der Fall ist) zwar auslegungsbedürftig; konkrete Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte hätte annehmen dürfen, zu der beanstandeten Werbung berechtigt zu sein, sind aber nicht ersichtlich. 36

Darüber hinaus zeigt die aktuelle Werbung der Beklagten nicht, dass die Änderung der Gesetzeslage sie zu einem Umdenken veranlasst hätte. Die Printwerbung (Bl. 488 ff.) enthält weiterhin direkte Aufforderungen zur Spielteilnahme (Bl. 488) und stellt Höchstgewinne plakativ heraus (Bl. 488/489), während gleichzeitig mit Gewinnchancen von 50 % geworben wird (Bl. 492). Dies steht angesichts der insofern zu stellenden hohen Anforderungen (vgl. BGH GRUR 2002, 180 - Weit-Vor-Winter-Schluß-Verkauf) auch der Annahme entgegen, die Wiederholungsgefahr wäre hinsichtlich der Telefonwerbung entfallen. Zwar lässt die Neuregelung insoweit keine Ausnahmen mehr zu. Da die Beklagte (weiterhin) die strengen Vorgaben für schriftliche Werbung nicht beachtet, kann jedoch nicht mit hinreichender Sicherheit angenommen werden, sie werde im Bereich telefonischer Werbung die gesetzlichen Vorgaben strikt beachten. Zudem hätte die Beklagte, nachdem die Klägerin substantiiert (unter Vorlage auch deutscher Blog-Einträge) eine Fortsetzung telefonischer Werbung für die Lotterie der Beklagten behauptet hat, aufgrund der ihr obliegenden sekundären Darlegungslast unter Angabe möglicher Beweismittel vortragen müssen, dass eine solche Werbung nicht mehr erfolgt. Dem genügt ihr Vortrag nicht. Die Beklagte hat lediglich behauptet, sie habe keine Kenntnis von Werbeanrufen durch ihre Lottereeeinnehmer. Dies schließt es nicht aus, dass tatsächlich Werbeanrufe weiterhin erfolgen. Ist hiervon aber auszugehen, kann sich die Beklagte auch nicht darauf berufen, die Wiederholungsgefahr müsse bezüglich der konkreten Verletzungshandlungen wieder neu begründet werden. Da sich der Wegfall der Wiederholungsgefahr nur aus dem Verbot jeglicher telefonsicher Werbung ergeben kann, genügt es, dass eine Beachtung dieses Verbots durch die Beklagte nicht festgestellt werden kann. 37

III. 38

1. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO; die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 39

2. Gründe, die Revision zuzulassen, liegen nicht vor. Die Entscheidung beruht im Wesentlichen auf der Bewertung von Werbeaussagen im Einzelfall. 40

41

3. Streitwert für das Berufungsverfahren seit dem 22.10.2009: 50.000 €

