
Datum: 05.08.2011
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 80/11
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2011:0805.6U80.11.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 81 O 18/11
Normen: UWG §§ 3, 4 Nr. 11, 8 Abs. 1 und 4; GlüStV § 8 Abs. 2 und 4;;
GlüStV AG NRW § 12 Abs. 3

Tenor:

Auf die Berufung der Antragsgegnerin wird das am 05.05.2011 verkündete Urteil der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln – 81 O 18/11 – teilweise abgeändert:

Die einstweilige Verfügung vom 28.02.2011 in der Fassung des vorgenannten Urteils wird zu Nr. I (3) und (4) aufgehoben und der auf ihren Erlass gerichtete Antrag insoweit zurückgewiesen.

Die Kosten des Verfahrens werden gegeneinander aufgehoben.

Gründe

1

I.

2

Die Antragsgegnerin ist die Lotteriegesellschaft des Landes Nordrhein-Westfalen. Die Antragstellerin bietet insbesondere über das Internet Glücksspiele auch in Deutschland an. Anfang 2011 erwarben in ihrem Auftrag Testpersonen Lose und Wettscheine in Annahmestellen der Antragsgegnerin in L., I. und X.. Ihrer Ansicht nach wurde dabei gegen Marktverhaltensregeln des Glücksspielstaatsvertrages verstoßen. Antragsgemäß hat das Landgericht mit Beschluss vom 28.02.2011 eine einstweilige Verfügung erlassen und diese nach Widerspruch der Antragsgegnerin mit dem angefochtenen Urteil bestätigt. Ihre dagegen eingelegte Berufung hat die Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung insoweit

3

zurückgenommen, als ihr (zu Ziffer 1 und 2) untersagt worden ist, spielgesperrten Personen bei Vorlage der Lotto-Basis-Karte eines Dritten ohne weitere Identitätskontrolle sowie Minderjährigen eine Glücksspielteilnahme zu ermöglichen. Aufhebung der einstweiligen Verfügung und Zurückweisung des Antrags begehrt sie weiterhin, soweit es (zu Ziffer 3 und 4) um Verhaltensweisen gegenüber Personen geht, die sich den Mitarbeitern ihrer Annahmestellen als überschuldet oder als jemand darstellen, bei dem der Spieleinsatz in keinem Verhältnis zum Einkommen steht. Die Berufung rügt insoweit unzureichende Tatsachenfeststellungen und Rechtsanwendungsfehler des Landgerichts.

II. 4

Die insgesamt zulässige Berufung hat in dem nach teilweiser Rücknahme durch die Antragsgegnerin weiter verfolgten Umfang in der Sache Erfolg. 5

1. Zu Recht hat das Landgericht die Antragstellerin allerdings als aktiv legitimiert (§§ 8 Abs. 3 Nr. 1, 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG) und ihr Begehren weder als missbräuchlich (§ 8 Abs. 4 UWG) noch mangels Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig angesehen. 6

Die Parteien stehen als Glücksspielanbieter im Wettbewerb; ob die Tätigkeit der Antragstellerin im Inland gesetzwidrig ist, berührt ihre Befugnis zur – auch im Allgemeininteresse liegenden – Verfolgung von Verstößen der Antragsgegnerin nicht (vgl. BGHZ 162, 246 = GRUR 2005, 519 = WRP 2005, 735 [Rn. 16 f., 22 f.] – Vitamin-Zell-Komplex). Von einer schlechthin verbotenen Tätigkeit, mit der eine Inanspruchnahme staatlicher Gerichte unvereinbar wäre (vgl. BGH, a.a.O. [Rn.]; Köhler / Bornkamm, UWG, 29. Aufl., § 8 Rn. 3.27 a.E.), kann bei dem seiner Art nach erlaubnisfähigen Angebot der Parteien keine Rede sein. Zudem hängt die umstrittene Rechtsbeständigkeit des deutschen Glücksspielsystems auch vom Marktverhalten der staatlich zugelassenen Anbieter ab, deren wettbewerbsgerichtliche Kontrolle der auf den Markt drängenden Antragstellerin deshalb billigerweise nicht versagt werden kann (Senat, Urteil vom 08.10.2010 – 6 W 142/10 = MD 2011, 350). 7

Ein missbräuchlicher Einsatz von Testpersonen ist der Antragstellerin nicht vorzuwerfen. Dies käme in Betracht, wenn sie ohne Anhaltspunkte für einen bereits begangenen oder bevorstehenden Wettbewerbsverstoß nur die Absicht verfolgte, den Mitbewerber „hereinzulegen“, um ihn mit einem Wettbewerbsprozess überziehen zu können (BGH, Beschl. v. 19.05.2011 – I ZR 215/08); dazu müsste der *agent provocateur* die Bereitschaft der Wettbewerberin zu Rechtsverstößen aber nicht nur aufgedeckt, sondern überhaupt erst verursacht haben (Köhler / Bornkamm, a.a.O., § 4 Rn. 10.162; § 11 Rn. 2.41). Das ist nach dem Akteninhalt nicht anzunehmen. 8

2. Entgegen der Berufungsrüge sind die auf Unterlassung gerichteten Anträge zu Ziffer 3 und 4, denen das Landgericht unter redaktioneller Neufassung im angefochtenen Urteil entsprochen hat, auch bestimmt genug (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO). 9

Obwohl die vorangestellte verbale Umschreibung Bestimmungen des landesgesetzlich in Kraft gesetzten Glücksspielstaatsvertrages (§§ 8 Abs. 2 und 4, 21 Abs. 3 GlüStV) weitgehend wörtlich wiederholt, handelt es sich nicht um unzulässige gesetzesholende Anträge (vgl. BGH, GRUR 2010, 749 = WRP 2010, 1030 [Rn. 21] – Erinnerungswerbung im Internet), weil der folgende Konditionalsatz („wenn dies wie nachfolgend wiedergegeben geschieht“) klarstellt, dass sich das Unterlassungsbegehren an der konkreten Verletzungsform orientiert (vgl. BGH, a.a.O.; GRUR 2011, 742 = WRP 2011, 873 [Rn. 17] – Leistungspakete im Preisvergleich). Soweit die eingeblendeten eidesstattlichen Versicherungen der Testpersonen 10

die Begleitumstände des von ihnen inszenierten Wortwechsels („Szenario-Dialogs“) in den konkret bezeichneten Verletzungsfällen nur allgemein umschreiben, hindert dies (unabhängig von der Frage, ob damit ein Wiederholungsgefahr begründender Verstoß glaubhaft gemacht ist) nicht die im Vollstreckungsverfahren ohnehin erforderliche Feststellung von Handlungen, in denen das Charakteristische des beschriebenen beanstandeten Verhaltens wiederkehrt.

3. Die von der Antragstellerin erwirkten und in der Berufungsinstanz verteidigten Verbote zu Ziffer 3 und 4 gehen jedoch inhaltlich zu weit, so dass die darauf gerichteten Anträge unbegründet sind. Eine Aufrechterhaltung der Untersagungsverfügung mit sachlich eingeschränktem, abweichendem Inhalt kommt nicht in Betracht, nachdem die Antragstellerin in der Verhandlung vor dem Senat durch ihren Verfahrensbevollmächtigte ausdrücklich erklärt hat, zu einer entsprechenden Änderung ihrer Anträge nicht bereit zu sein (§§ 525 S. 1, 308 Abs. 1 S. 1 ZPO). 11

a) Beide Anträge gehen dahin, die Antragsgegnerin zur Unterlassung zweier – in kombinierter wie auch isolierter Form („und/oder“) angegriffener – Verhaltensweisen zu verpflichten, nämlich ihr zu untersagen, 12

Personen, ... 13

(a) die Teilnahme an öffentlichen Glücksspielen durch Verkauf von Sportwetten zu ermöglichen 14

und/oder 15

(b) nicht in die gemeinsame Sperrdatei einzutragen. 16

Die Einbeziehung der „oder“-Variante verstößt nicht gegen Denkgesetze, denn eine Wiederholung nur des einen oder anderen Verhaltens (Glücksspielzulassung trotz Eintragung in die Sperrdatei oder kein Eintrag trotz Teilnahmeverweigerung) wäre möglich. Es droht auch keine unzulässige Vorwegnahme der Hauptsache durch das negativ formulierte Begehren zu lit. b, mit dem der Sache nach ein aktives Tun der Antragsgegnerin (Eintragung von Personen in die Sperrdatei) und keine bloße Unterlassung erstrebt wird. Denn es ist nicht ungewöhnlich und kann zur Vermeidung wesentlicher Nachteile nötig sein (§ 940 ZPO), im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes ein Tätigwerden des Schuldners zur Änderung eines bestehenden Zustandes durchzusetzen, solange keine mit dem Charakter des Eilverfahrens unvereinbaren irreversiblen Fakten geschaffen werden (Senat, Beschluss vom 23.02.2011 – 6 W 199/10, bei juris). So liegt es hier: Als vorläufig gekennzeichnete Eintragungen wären der Antragsgegnerin ebenso möglich wie deren Löschung nach einer abweichenden Entscheidung in der Hauptsache. 17

b) Indem der Antrag zu Ziffer 3 tatbestandlich allein darauf abstellt, dass der Antragsgegnerin die Überschuldung bestimmter Personen 18

aufgrund der Wahrnehmung von Mitarbeitern von WestLotto-Aannahmestellen in NRW oder aufgrund von Meldungen Dritter oder aufgrund sonstiger tatsächlicher Anhaltspunkte bekannt geworden ist, 19

und daran die Rechtsfolge knüpft, dass die Antragsgegnerin solche Personen die Teilnahme an ihrem Sportwettenangebot ohne weitere Vorbedingungen und Einschränkungen zu versagen und sie in die gemeinsame Sperrdatei einzutragen habe, fordert er indessen ein so nicht gebotenes Verhalten und eine so nicht zu verlangende sofortige Unterlassung mit der 20

Folge, dass ein entsprechender Verfügungsanspruch zu verneinen und der Antrag mit diesem Inhalt als unbegründet zurückzuweisen ist.

Der Verfügungsanspruch kann sich – wie das Landgericht zu Recht angenommen hat – nach Lage der Dinge nur aus §§ 3, 4 Nr. 11, 8 Abs. 1 UWG in Verbindung mit den das Marktverhalten der Glücksspielveranstalter regelnden Bestimmungen der §§ 8 Abs. 2, 21 Abs. 3 S. 1 GlüStV ergeben. Hiernach (und § 12 Abs. 1 GlüStV AG NRW) dürfen gesperrte Spieler an Wetten nicht teilnehmen; die Veranstalter haben den Grund der Sperre und weitere Daten in die Sperrdatei einzutragen (§§ 8 Abs. 4, 23 Abs., 1 GlüStV). 21

Die dem Ausschluss von der Spielteilnahme und dem Eintrag in die Kartei somit vorgelagerte Sperre hängt ihrerseits von materiellen Voraussetzungen und der Einhaltung von Verfahrensregeln ab. § 8 Abs. 2 GlüStV unterscheidet zwischen der Selbstsperre auf eigenen Antrag und der Fremdsperre von Personen, von denen die Veranstalter 22

aufgrund der Wahrnehmung ihres Personals oder aufgrund von Meldungen Dritter wissen oder aufgrund sonstiger tatsächlicher Anhaltspunkte annehmen müssen, dass sie ... überschuldet sind. 23

Während der Verfügungsantrag das Bekanntwerden der Überschuldung ausreichen lassen will, das nach der Antragsbegründung mit der Wahrnehmung des „Szenario-Dialogs“ durch die Mitarbeiter der Annahmestellen und damit in Wirklichkeit mit dem bloßen Auftreten von (möglicherweise naheliegenden) Verdachtsmomenten gleichzusetzen sein soll, fordert diese Vorschrift einen hinreichenden Grad der Gewissheit der Veranstalter, die wissen oder annehmen müssen, dass die betreffenden Personen überschuldet sind. Vor Eintragung der ihre Sperre nicht selbst beantragenden Betroffenen in die Sperrdatei und Wirksamwerden des Teilnahmeverbots ist nach § 12 Abs. 3 GlüStV AG NRW außerdem ein bestimmtes Verfahren einzuhalten: 24

Im Fall der Fremdsperre ist der betroffene Spieler vor Aufnahme in die gemeinsame Sperrdatei unverzüglich anzuhören. Stimmt er der Fremdsperre nicht zu, sind die der Fremdsperre zugrundeliegenden Tatsachen durch geeignete Maßnahmen zu überprüfen. 25

Diese Bestimmung trägt dem Umstand Rechnung, dass die Spielsperre in die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) der Betroffenen eingreift und es fundamentalen rechtsstaatlichen Grundsätzen (vgl. Art. 103 Abs. 1 GG) entspricht, ihnen vor belastenden Maßnahme wie der Aufnahme in die Sperrdatei und dem Ausschluss vom Glücksspielangebot der Veranstalter Gelegenheit zur Stellungnahme und zur Auszuräumung des bekannt gewordenen Verdachts zu geben. Solange das Verfahren nicht abgeschlossen oder auf andere Weise erledigt ist, kann ein Spielverbot nicht – auch nicht vorläufig – ausgesprochen werden. 26

Die Veranstalter haben zwar sicherzustellen, dass den für eine Überschuldung der Wettinteressenten sprechenden Umständen nachgegangen wird und daraus im Falle ihrer Bestätigung die gebotenen Konsequenzen gezogen werden. Jedoch ist es ihnen nicht erlaubt und kann daher von ihnen auch nicht schlechthin verlangt werden, einen von Angehörigen ihrer Betriebsorganisation (§ 8 Abs. 2 UWG) als überschuldet wahrgenommenen Wettinteressenten unabhängig von der Durchführung und dem Ausgang des Anhörungs- und Überprüfungsverfahrens sofort in die Sperrdatei einzutragen und von der Teilnahme an Sportwetten auszuschließen – was mit dem Verfügungsantrag in seiner von der Antragstellerin ausdrücklich zur Entscheidung gestellten Fassung aber geltend gemacht wird. 27

Mit diesem zu weitgehenden Antrag kann die Antragstellerin nach alledem auch dann keinen Erfolg haben, wenn nach ihrem Vorbringen davon auszugehen sein sollte, dass die von ihr eingesetzte Testperson tatsächlich überschuldet war (nach dem als Anlage ASt 46 = Bl. 9 AH III vorgelegten Beschluss des AG Bonn – 95 IK 96/09 – vom 04.02.2010 ist über deren Vermögen das Insolvenzverfahren wegen Zahlungsunfähigkeit eröffnet worden) und die Mitarbeiter der Annahmestellen den diese Tatsache erwähnenden inszenierten Wortwechsel wahrgenommen haben sowie ernst nehmen oder jedenfalls zum Anlass für Rückfragen hätten nehmen müssen (in den eidesstattlichen Versicherungen der Tester ist allerdings davon die Rede, dass die Mitarbeiter entweder gar keine Reaktion zeigten oder wie über einen offensichtlichen Scherz in Gelächter ausbrachen).

Auf die an sich zutreffende Erwägung des Landgerichts, dass die Mitarbeiter der Anmeldestellen zu ihrer Kenntnis gelangte ernst zu nehmende Hinweise auf eine Überschuldung von Wettinteressenten nicht auf sich hätten beruhen lassen dürfen, kommt es angesichts des auf ein unbedingtes Spielverbot abzielenden Antrags im Ergebnis ebenso wenig an wie auf die zwischen den Parteien in der Berufungsverhandlung umstrittene Frage, ob die Antragsgegnerin die in zweiter Instanz als Anlage CBH 13 (Bl. 439 ff. d.A.) vorgelegten Formulare „Meldung für eine Spielersperre (Fremdsperre)“ bereits Anfang 2011 vorhielt und geeignete Anweisungen zu ihrer Verwendung gegeben hatte. 29

c) Für den Antrag zu Ziffer 4, der sich auf Personen bezieht, 30

von denen ihr aufgrund der Wahrnehmung von Mitarbeitern von WestLotto-Annahmestellen in NRW bekannt geworden ist, dass sie Spieleinsätze riskieren, die in keinem Verhältnis zu ihrem Einkommen stehen, 31

gelten die vorstehenden Erwägungen entsprechend. Der Senat neigt dazu, mit dem Landgericht anzunehmen, dass ein Wetteinsatz von 50,50 € bei einem Spielinteressenten, der Arbeitslosengeld II gemäß §§ 19 ff. SGB II bezieht („Hartz-IV“-Empfänger), außer Verhältnis zu seinem Einkommen stehen kann, auch wenn der als monatlicher Pauschalbetrag berücksichtigte Regelbedarf nach § 20 Abs. 1 SGB II in vertretbarem Umfang eine Teilhabe am sozialen und kulturellen Leben in der Gemeinschaft umfasst und über die Verwendung der insoweit erbrachten Leistungen die Leistungsberechtigten eigenverantwortlich entscheiden. 32

Der Umstand, dass Mitarbeiter von Annahmestellen der Wettveranstalter von einer Person, die in ihrer Gegenwart von einem Dritten als „pleite“ und „Hartz-IV“-Empfänger bezeichnet worden ist, einen Wetteinsatz in dieser Höhe entgegengenommen haben, ohne die von ihnen wahrgenommenen greifbaren Anhaltspunkte für die Unverhältnismäßigkeit des Einsatzes den zuständigen Entscheidungsträgern der Antragsgegnerin zu melden, rechtfertigt aber kein Schlechthinverbot mit dem von der Antragstellerin ausdrücklich zur Entscheidung gestellten Inhalt. Ob tatsächlich eine im Wege der Fremdsperre zu unterbindende Gefährdung des Spielers vorliegt, bedarf nicht nur in Fällen der objektiven Überschuldung, sondern erst recht in den hier in Rede stehenden Fallgestaltungen möglicher Unverhältnismäßigkeit des Wetteinsatzes der Überprüfung in einem die Beteiligungsrechte des Betroffenen währenden Verfahren. Ein Verfügungsanspruch auf sofortige Unterlassung der Wettannahme und Eintragung in die Sperrdatei besteht unter den vorgetragenen Umständen dagegen nicht, so dass die zwischen den Parteien umstrittene Frage, ob die eidesstattlichen Versicherungen der Testperson und ihres Begleiters unter Berücksichtigung der Stellungnahmen des Wettpersonals geeignet sind, die relevante Wahrnehmung ernsthafter Verdachtsmomente durch die Mitarbeiter der Annahmestellen hinreichend glaubhaft zu machen, offen bleiben kann. 33

| | |
|--|----|
| III. | 34 |
| Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92 Abs. 1, 516 Abs. 3 ZPO. | 35 |
| Das Urteil ist gemäß § 542 Abs. 2 ZPO mit seiner Verkündung rechtskräftig. | 36 |
