

Volltext zu MIR Dok.: 157-2006
Veröffentlicht in: MIR 9/2006
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Aktenzeichen: VI-U(Kart) 23/05
Entscheidungsdatum: 13.04.2006
Vorinstanz(en): Landgericht Düsseldorf – Az. 34 O 78/05

Permanenter Link zum Dokument: http://www.medien-internet-und-recht.de/volltext.php?mir_dok_id=374

www.medien-internet-und-recht.de

ISSN: 1861-9754

Die Inhalte, Beiträge und Veröffentlichungen in "Medien Internet und Recht" sind kostenfrei abrufbar.
Mit Namen (Autor/Gericht/Quelle) gekennzeichnete Beiträge stellen ausdrücklich nicht unbedingt die Meinung der Redaktion dar.
Für unverlangt eingesandte Manuskripte und Programme wird keine Haftung übernommen.
Mit der Annahme zur Veröffentlichung (erklärt per Email, Fax oder auf dem Postweg) erwirbt der Verlag/Herausgeber vom Verfasser alle Rechte einschließlich der weiteren Vervielfältigung zu gewerblichen Zwecken.
Die Onlinepublikation/Zeitschrift und alle in ihr enthaltenen einzelnen Beiträge, Abbildungen und Inhalte sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung (gewerblich wie privat) außerhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages/Herausgebers unzulässig und strafbar.
Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung in elektronische Systeme oder Datenbanken.
Die Verlags- und Urheberrechte erstrecken sich insbesondere auch auf die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und deren Leitsätze, die urheberrechtlichen Schutz genießen, soweit Sie vom (gekennzeichneten) Einsender oder der Redaktion redigiert oder erarbeitet wurden.

Inhaltliche oder redaktionelle Fehler vorbehalten.

OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF

URTEIL

I.

Auf die Berufung der Beklagten wird unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels das am 10. August 2005 verkündete Urteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Düsseldorf – 34 O 78/05 – teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

Die einstweilige Verfügung des Landgerichts Düsseldorf vom 9. Mai 2005 wird hinsichtlich des Verfügungstenors zu I. 1. und I. 2. mit der Maßgabe aufrecht erhalten, dass das Verbot klarstellend wie folgt formuliert wird:

Der Beklagten wird unter Androhung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung in Höhe von bis zu 250.000 € festzusetzenden Ordnungsgeldes untersagt, im geschäftlichen Verkehr Verträge mit der L. T. S. B.V. über die Teilnahme an (System-)Lottospielgemeinschaften, insbesondere über Internet, zu vermitteln,

1. ohne den Spielteilnehmer vor Vertragsschluss in Textform auf den für die Spielteilnahme an den Lotterieveranstaltungen weiterzuleitenden Betrag - und damit die tatsächliche Höhe der von der gewerblichen Spielvermittlerin einbehaltenen Servicegebühren und sonstigen Serviceentgelte - hinzuweisen,

und/oder

2. vor Vertragsschluss den Eindruck zu erwecken, das gesetzliche Widerrufsrecht erlösche mit Abschluss des Vertrages, insbesondere wenn dies durch die Klausel geschieht:

„Grundsätzlich steht Ihnen ein zweiwöchiges Widerrufsrecht zu. Mit der Annahme Ihrer Bestellung beginnt „L.T.“ aber bereits mit ersten Dispositionen bezüglich der Ausführung der übernommenen Dienstleistungspflicht. Dadurch erlischt nach den gesetzlichen Bestimmungen Ihr Widerrufsrecht unmittelbar nach Annahme Ihrer Bestellung (BGB § 312d Abs. 3).“

Im übrigen (Verfügungstenor zu 3) wird die einstweilige Verfügung aufgehoben und der Antrag der Klägerin zurückgewiesen.

II.

Die Kosten Rechtsstreits trägt die Beklagte zu 2/3 und die Klägerin zu 1/3.

III.

Wert des Berufungsverfahrens: 100.000 €.

Gründe

A.

Die Verfügungsklägerin (nachfolgend: Klägerin) ist eine Anstalt öffentlichen Rechts. Sie veranstaltet für die Länder B., B.-W., H., R.-P., S. und T. eine staatliche Klassenlotterie.

Die Verfügungsbeklagte (nachfolgend: Beklagte) vermittelt im Internet unter der Adresse www... den Abschluss eines Vertrages mit der in den N. ansässigen L. T. S. B.V. über die entgeltliche Teilnahme an einer (System-)Lottospielgemeinschaft. Die Internetseite der Beklagten ist in verschiedene Rubriken untergliedert. Unter der Rubrik "Mitmachen" kann der Interessierte durch Anklicken des Links "Ja, ich will mitspielen" und Einfügen seiner persönlichen Daten mit der Anmeldung beginnen. Ist auf seinem Computer kein sog. Popublocker installiert, hat er anschließend die Möglichkeit, zuerst von einer mit "Vertrag" überschriebenen Kundeninformation (Anl. Ast 5 zur Antragsschrift) und dann von den Teilnehmungsbedingungen (Anl. Ast 6 zur Antragsschrift) Kenntnis zu nehmen. Wegen weiterer Einzelheiten wird auf den Inhalt der mit "Vertrag" überschriebenen Information und der Teilnehmungsbedingungen Bezug genommen. Sobald die Kenntnisnahme bestätigt ist, kann der Vorgang durch "Anklicken des Bestellbuttons" zum Abschluss gebracht werden. Bei Spielinteressierten mit aktiviertem Popublocker – hierbei handelt es sich um etwa 50 % der Anwender - erscheinen weder die mit "Vertrag" überschriebenen Information noch die Teilnehmungsbedingungen. Bestätigen sie dennoch durch Anklicken des Buttons "Go", dass ihnen die Teilnahmebedingungen bekannt sind, erscheint der Hinweis, die Daten seien gespeichert und sie würden bald zu den Gewinnern gehören.

Nach Ziffer 1 der Teilnehmungsbedingungen kann ein Vertrag mit der L. T. S. B.V. über die Teilnahme an einer Spielgemeinschaft auch telefonisch geschlossen werden, wobei der Spielinteressierte im Rahmen des telefonischen Angebotes die Möglichkeit erhalten soll, die Teilnehmungsbedingungen telefonisch abzurufen.

Nach erfolgloser Abmahnung der Beklagten beantragte die Klägerin im Wege eines einstweiligen Verfügungsverfahrens,

der Beklagten, unter Androhung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung in Höhe von bis zu 250.000 € festzusetzenden Ordnungsgeldes, zu untersagen, im geschäftlichen Verkehr für die Spielteilnahme bei der L. T. S. B.V. zu werben, insbesondere über Internet,

1. ohne den Spielteilnehmer vor Vertragsabschluss in Textform klar und verständlich auf den für die Spielteilnahme an den Lotterieveranstaltungen weiterzuleitenden Betrag - und damit die tatsächliche Höhe der von der gewerblichen Spielvermittlerin einbehaltenen Servicegebühren und sonstigen Serviceentgelte - hinzuweisen,

und/oder

2. ohne ordnungsgemäße Belehrung des Spielteilnehmers über sein Widerrufsrecht nach § 312 d BGB, insbesondere durch die Klausel in den Vertrags- bzw. Teilnehmungsbedingungen, wonach sich

der Spielteilnehmer antizipiert mit der unverzüglichen Ausführung der Dienstleistung einverstanden erklärt,

und/oder

3. mit der Aussage eines jederzeitigen Kündigungsrechts, ohne Hinweis auf die tatsächlichen Kündigungsfristen und ohne Hinweis auf die wirtschaftlichen Folgen einer Kündigung für den Spielteilnehmer, insbesondere ohne Hinweis auf die geschuldete Abwicklungspauschale und die tatsächliche Höhe der einbehaltenen Abschlussgebühren."

Das Landgericht Düsseldorf hat mit Beschluss vom 09. Mai 2005 die beantragte einstweilige Verfügung erlassen und sie auf den von der Beklagten hiergegen eingelegten Widerspruch mit Urteil vom 10. August 2005 bestätigt. Der Verfügungsanspruch sei aus § 8 Abs. 1 UWG gerechtfertigt. Die Klägerin sei als Mitbewerber gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG anzusehen und daher zu Geltendmachung des in Rede stehenden Unterlassungsanspruchs aktivlegitimiert. Die von der Klägerin beanstandete Internetwerbung sei unlauter im Sinne von § 3 UWG. Sie verstoße gegen gesetzliche Vorschriften (§ 4 Nr. 11 UWG), weil sie entgegen § 14 Abs. 2 Nr. 3 LStV den Spieler vor Vertragsschluss nicht in Textform klar und verständlich auf den für die Spielteilnahme an den Veranstalter weiter zu leitenden Betrag hinweise. Hinsichtlich der beanstandeten Widerrufsbekämpfung folge der Unterlassungsanspruch der Klägerin aus §§ 3, 4 Nr. 2 UWG, weil der Spielteilnehmer gezielt über die gesetzlichen Voraussetzungen des Widerrufsrechts getäuscht werde. Auch könne die Klägerin von der Beklagten unter dem Gesichtspunkt einer irreführenden Werbung verlangen, dass sie es unterlässt, mit der Aussage eines jederzeitigen Kündigungsrecht werben. Der Verfügungsgrund ergebe sich aus § 12 UWG.

Gegen dieses Urteil wendet sich die Beklagte mit der form- und fristgerecht eingelegten und begründeten Berufung, mit der sie die Aufhebung der einstweiligen Verfügung vom 9. Mai 2005 begehrt. Sie vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen und macht im Wesentlichen geltend, § 14 LotStV komme nicht zur Anwendung, denn die Regelung verstoße gegen höherrangiges Recht, insbesondere Gemeinschafts- und Verfassungsrecht.

Die Beklagte beantragt,

das angefochtene Urteil abzuändern und den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil und tritt dem Berufungsvorbringen im Einzelnen entgegen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils sowie auf die Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen Bezug genommen.

B.

Die zulässige Berufung der Verfügungsbeklagten (nachfolgend: Beklagte) hat bezüglich des Verfügungstenors zu I. 3. Erfolg. Im übrigen hat sie keinen Erfolg.

Das Landgericht hat seine einstweilige Verfügung vom 9. Mai 2005 zu Recht bezüglich des Verfügungstenors zu I. 1. und 2. bestätigt. Lediglich der Klarstellung halber waren die Formulierungen zu präzisieren. Hinsichtlich des Verfügungstenors zu I. 3. war die einstweilige Verfügung hingegen auf den Widerspruch der Beklagten aufzuheben und der Antrag der Klägerin zurückzuweisen.

I.

Bezüglich des Verfügungstenors zu I. 1. und I. 2. hat die Klägerin jeweils einen Verfügungsanspruch (siehe unter 1.) und einen Verfügungsgrund (siehe unter 2.) dargetan und glaubhaft gemacht (§ 940, 936, 920 Abs. 2 ZPO).

1.

Der Verfügungsanspruch der Klägerin ergibt sich aus § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG. Nach dieser Vorschrift kann bei Wiederholungsgefahr derjenige auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, der dem Verbot unlauteren Wettbewerbs (§ 3 UWG) zuwiderhandelt. Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt. Die Klägerin ist zur Geltendmachung dieses Anspruchs aktivlegitimiert. Überdies hat die Beklagte mit der Art und Weise, wie sie im Internet den Abschluss eines Vertrages mit der L.T. S. B.V. über die Teilnahmevermittlung an einer (System-)Lottospielgemeinschaft herbeiführt, gegen das Verbot unlauteren Wettbewerbs (§ 3 UWG) verstoßen und damit wettbewerbswidrig gehandelt.

a.

Die Klägerin ist als Mitbewerber im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG zur Geltendmachung des Anspruchs aus § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG aktivlegitimiert (§ 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG).

Ohne Erfolg wendet die Beklagte gegen die Aktivlegitimation ein, die Klägerin sei nicht Unternehmer im Sinne von § 14 BGB und daher auch nicht Mitbewerber gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG. Überdies bestehe zwischen ihr und der Klägerin kein Wettbewerbsverhältnis.

aa.

Die Klägerin ist Unternehmer im Sinne von § 14 BGB.

Nach der gesetzlichen Legaldefinition fällt unter den Begriff des Mitbewerbers jeder Unternehmer, der mit einem oder mehreren Unternehmern als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis steht. § 2 Abs. 2 UWG verweist für den Unternehmerbegriff auf § 14 BGB. Hiernach ist Unternehmer jede natürliche oder juristische Person, die am Markt planmäßig und dauerhaft Leistungen gegen ein Entgelt anbietet.

Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt. Die Klägerin veranstaltet in der Rechtsform einer juristischen Person des öffentlichen Rechts für die Trägerländer B., B.-W., H., R.-P., S. und T. eine staatlich genehmigte Lotterie. Den Spielinteressierten bietet sie auf dem relevanten Markt die Teilnahme an dem Glückspiel gegen Zahlung eines Entgelts an. Zwischen der Klägerin und den Spielteilnehmern kommt ein zivilrechtlicher Lotterievertrag gemäß § 763 BGB zustande. Soweit die Beklagte geltend macht, die dargestellte wirtschaftliche Betätigung der Klägerin stelle eine bloße Hilfstätigkeit bei der Erfüllung der im Lotteriestaatsvertrag zum Ausdruck kommenden ordnungsrechtlichen Aufgabe der Länder – Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung - dar und sei daher nicht wettbewerbsmäßig motiviert, vermag dieses Vorbringen nicht zu überzeugen. Die wirtschaftliche Tätigkeit der Klägerin ist nicht deshalb dem Wettbewerbsrecht entzogen, weil mit ihrer Hilfe eine der staatlichen Kontrolle unterliegende Spielmöglichkeit bereitgestellt wird und auf diese Weise die nicht vollständig zu unterbindende Spiel- und Wettleidenschaft der Bevölkerung in staatlich kontrollierte Bahnen gelenkt werden kann. Nach gefestigter Rechtsprechung verliert die Teilnahme am allgemeinen Geschäftsverkehr durch einen Träger hoheitlicher Gewalt den Charakter einer geschäftlichen, den Bindungen des Wettbewerbsrechts unterliegenden Tätigkeit nicht schon deshalb, weil mit ihr auch öffentliche Aufgaben erfüllt oder öffentlichen Interessen genügt werden soll. Greift ein Hoheitsträger bei der Erfüllung seiner Aufgaben zu den von der Privatrechtsordnung bereitgestellten Mitteln, unterliegt er den gleichen Beschränkungen wie jeder andere Teilnehmer am privatrechtlichen organisierten Markt und hat dabei insbesondere die durch das Wettbewerbsrecht gezogenen Grenzen einer solchen Tätigkeit zu beachten (BGH WuW/E DE-R 289 ff. m.w.Nachw. - Lottospielgemeinschaft -; KG GRUR-RR 2002, 198).

bb.

Die Klägerin steht mit anderen Unternehmern, zu denen insbesondere auch die L.T. S. B.V. gehört, in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis. Beide betätigen sich auf demselben relevanten Markt.

Geht es um Absatzwettbewerb, so ist ein konkretes Wettbewerbsverhältnis zwischen Unternehmern anzunehmen, wenn sie die gleichen oder gleichartigen Waren oder Dienstleistungen innerhalb desselben Abnehmerkreises abzusetzen versuchen, so dass die beanstandete Wettbewerbshandlung das andere Unternehmen (Mitbewerber) beeinträchtigen oder stören kann (Baumbach/Hefermehl-Köhler, Wettbewerbsrecht, 23. Aufl., § 2 Rn. 59). Geht es – wie hier - bei der beanstandeten Wettbewerbshandlung um die Förderung fremden Wettbewerbs, muss das konkrete Wettbewerbsverhältnis zwischen dem geförderten Unternehmen und dessen Mitbewerber bestehen (Baumbach/Hefermehl-Köhler, Wettbewerbsrecht, 23. Aufl., § 2 Rn. 72).

Die Klägerin und die L.T. S. B.V. sind auf dem bundesweiten (Anbieter-) Markt für die Teilnahme an Gewinnspielen tätig und stehen um die Gunst des Kunden/Spielinteressierten in Wettbewerb. Dass die Klägerin die Teilnahme an der von ihr selbst durchgeführten Lotterie anbietet, während die L.T. S. B.V. gewerblich die Teilnahme an staatlich genehmigten (System-) Lottoauspielungen durch die Beteiligung an einer Spielgemeinschaft vermittelt, steht der Annahme eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses nicht entgegen. Unterschiedliche Branchenangehörigkeit der Beteiligten ist unerheblich, wenn sich die vertriebenen Waren oder gewerblichen Leistungen derart gleichen oder nahe stehen, dass der Vertrieb der einen durch den Vertrieb des andere beeinträchtigt werden kann (Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 24. Aufl., § 2 Rn. 67; BGH GRUR 2001, 260, 261 m.w.Nachw.). Eine solche Situation liegt hier vor. Sowohl die Klägerin als auch die L.T. S. B.V. bieten den interessierten Kunden die Teilnahme an einer Lotterie, sei es in Form einer vermittelten Beteiligung an einer Spielgemeinschaft oder als Einzelspieler, an.

b.

Das von der Klägerin beanstandete Verhalten der Beklagten ist in beiden Fällen eine unlautere Wettbewerbshandlung im Sinne von § 3 UWG.

aa.

Der Internetauftritt der Beklagten stellt eine Wettbewerbshandlung im Sinne von § 2 Abs. 1 UWG dar. Sie hat im geschäftlichen Verkehr eine Handlung mit dem Ziel vorgenommen, die von der L.T. S. B.V. angebotene Vermittlung von Lottowetten durch die Teilnahme an Spielgemeinschaften zu fördern, indem sie ihrerseits einen Vertragschluss mit der L.T. S. B.V. vermittelt. Nach den unstreitigen Feststellungen des angefochtenen Urteils tritt die Beklagte unter der Internet Adresse www.... für die L.T. S. B.V. auf.

bb.

Die Beklagte hat durch die Art und Weise der Ausgestaltung ihrer zum Vertragsschluss mit der L.T. S. B.V. führenden Vertragsanbahnung im Internet einer gesetzlichen Vorschrift im Sinne von § 4 Nr. 11 GWB zuwidergehandelt (Verfügungsantrag zu I. 1.) und den Tatbestand des § 4 Nr. 2 UWG erfüllt (Verfügungsantrag zu I. 2.).

(1) Verfügungstenor zu I. 1.

Unstreitig hat die Beklagte den Spielinteressenten vor Abschluss eines Vertrages mit der L.T. S. B.V. im Internet nicht in Textform klar und verständlich darauf hingewiesen, in welcher Höhe das von ihnen an die L. S. B.V. zu zahlende Entgelt an den Lotterieveranstalter für die Spielteilnahme weitergeleitet wird. Dies gilt ohne weiteres für die Interessenten, die auf ihrem Computer einen sog. Popublocker installiert und aktiviert haben, da sie vor Abschluss des Vertrages nicht die Möglichkeit haben, vom Inhalt des Vertrages und der Beteiligungsbedingungen Kenntnis zu nehmen. Gleiches gilt aber auch für die Interessenten mit deaktiviertem Popublocker. Bei ihnen erscheint zwar nach dem Ausfüllen sämtlicher Bestellerdaten in einem Fenster ein mit "Vertrag" überschriebenes Dokument (Anl. Ast 5), das u.a. Angaben zum Vertragspartner, Ablauf der Bestellung und weitere Informationen über den Inhalt des abzuschließenden Vertrages enthält. Dort ist in (4) d. aber nur ausgeführt, dass sich das vom Spielteilnehmer zu zahlende Entgelt anhand der gezeichneten Spielanteile je Woche und/oder Ausspielung berechnet (1 Spielanteil = 0,60 €, wobei mindestens 10 Anteile und darüber hinaus mit einem Mehrfachen von 5 Anteilen gezeichnet werden kann). Eine weitere Aufschlüsselung des Preises nach dem Betrag, der hiervon an den Lotterieveranstalter weiterzuleiten ist und demjenigen, der bei der L.T. S. B.V. verbleibt, findet nicht statt. Gleiches gilt für den Inhalt der "Beteiligungsbedingungen", die nach Bestätigung des Buttons "Go (noch keine Bestellung)" in einem weiteren Fenster erscheinen und auf deren Grundlage – so (1) a. der

vorangegangenen Information – die Bestellung anschließend durch Betätigen eines weiteren Buttons erfolgen kann.

Durch diese Art der Angebotsausgestaltung (fehlende Aufschlüsselung des zu zahlenden Entgelts) hat die Beklagte einer gesetzlichen Vorschrift zuwidergehandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln (§ 4 Nr. 11 UWG).

(a)

Eine Verpflichtung der Beklagten, den Spielteilnehmer darauf hinzuweisen, in welcher Höhe das von ihm an die L.T. S. B.V. zu zahlende Entgelt an den Lotterieveranstalter für die Spielteilnahme weitergeleitet wird, ergibt sich allerdings nicht aus der Preisangabenverordnung (PAngV). Nach § 1 Abs. 1 PAngV hat derjenige, der Letztverbrauchern Waren oder Dienstleistungen gewerbs- oder geschäftsmäßig oder regelmäßig in sonstiger Weise anbietet, den Endpreis anzugeben. Für Angebote im Fernabsatz ist gemäss § 1 Abs. 2 PAngV zwar zusätzlich anzugeben, dass die für Waren oder Leistungen geforderten Preise die Umsatzsteuer und sonstige Preisbestandteile enthalten. Eine allgemeine Verpflichtung, den Endpreis in seine Preisbestandteile aufzugliedern, ergibt sich aus diesen Vorschriften indes nicht.

Die unterlassene Aufgliederung des Endpreises stellt auch kein Verstoß gegen die Grundsätze der Preisklarheit und Preiswahrheit dar (§ 1 Abs. 5 Satz 1 PAngV). Anhaltspunkte für eine Irreführung des Letztverbrauchers durch die alleinige Angabe des (anhand der Spielanteile errechenbaren) Gesamtpreises, sind weder dargetan noch ersichtlich.

(b)

Eine Verpflichtung zur Aufgliederung des Preises folgt auch nicht aus § 312 c Abs. 2 BGB i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 7 Verordnung über Informations- und Nachweispflichten nach bürgerlichem Recht (BGB-InfoV). Auch die dort geregelte Informationspflicht über den Preis vor Abschluss eines Fernabsatzvertrages im Sinne von § 312 b BGB bezieht sich nur auf den Endpreis gemäß der PAngV (Palandt-Heinrichs, BGB, 64. Aufl., § 1 BGB InfoV Rn. 5).

(c)

Die Beklagte hat jedoch § 14 Abs. 2 Nr. 3 Satz 2 des Staatsvertrags zum Lotteriewesen in Deutschland (nachfolgend: Lotteriestaatsvertrag) zuwider gehandelt.

Nach dieser Regelung hat ein gewerblicher Spielevermittler im Sinne von § 14 Abs. 1 Lotteriestaatsvertrag die Spieler vor Vertragsabschluss in Textform klar und verständlich auf den für die Spielteilnahme an den Veranstalter weiterzuleitenden Betrag hinzuweisen. § 14 Abs. 2 Nr. 3 Satz 2 Lotteriestaatsvertrag ist eine gesetzliche Vorschrift im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG, da hierunter fällt jede Rechtsnorm, die in Deutschland Geltung besitzt.

§ 14 Abs. 2 Nr. 3 Satz 2 ist anwendbar. Die Vorschrift verstößt weder gegen das Gemeinschaftsrecht mit der Folge, dass sie von den nationalen Gerichten nicht anzuwenden wäre, noch ist ein Verstoß gegen das Verfassungsrecht ersichtlich.

(aa)

Die in § 14 Abs. 2 Nr. 3 Satz 2 Lotteriestaatsvertrag geregelte Hinweispflicht des gewerblichen Spielevermittlers verstößt nicht gegen Art. 81 Abs. 1 EG.

Art. 81 Abs. 1 EG betrifft an sich nur das Verhalten von Unternehmen und nicht durch Gesetz oder Verordnung getroffene Maßnahmen der Mitgliedstaaten. Die Ausübung staatlicher Gewalt durch Rechtsetzung, Rechtsprechung oder hoheitliches behördliches Handeln unterliegt daher grundsätzlich nicht Art. 81 EG, auch wenn dieses Handeln wettbewerbsbeschränkende Wirkung hat. Allerdings dürfen die Mitgliedstaaten aufgrund von Art. 81 EG i.V.m. Art. 10 Abs. 2 EG keine Maßnahmen treffen oder beibehalten, die die praktische Wirksamkeit der für die Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln aufheben könnten. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH liegt ein solcher Fall vor, wenn ein Mitgliedstaat gegen Art. 81 EG verstößende Kartellabsprachen vorschreibt, erleichtert oder deren Auswirkungen verstärkt oder er der eigenen Regelung dadurch ihren staatlichen Charakter nimmt, dass er die Verantwortung für in die Wirtschaft eingreifende Entscheidungen privaten Wirtschaftsteilnehmern überträgt (EuGH Urt. v. 17. November 1993, Az.: C-2/91, Slg. 1993 I, 5751, 5797 f. – Meng). Gleiches gilt, wenn der Erlass einer Vorschrift die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung

begünstigt (EuGH Urte. v. 16. November 1977, Az. 13/77, Slg., 1977 2115, 2145 - INNO/ATAB). Dementsprechend finden die allgemeinen, die Mitgliedstaaten verpflichtenden Grundsätze keine Anwendung, wenn die staatliche Regelung außer Zusammenhang mit einem von Art. 81 erfassten Verhalten von Unternehmen steht. In diesem Fall fehlt den betroffenen Unternehmen der von Art. 81 EG vorausgesetzte Handlungsspielraum der Wirtschaftsteilnehmer (EuGH Urte. v. 17. November 1993, Az.: C-2/91, Slg. 1993 I, 5751, 5797 f. – Meng; EuGH Urte. v. 18. September 1996, Az.: T-387/94, Slg. 1996 II 961, 990 – Asia Motor France; Langen/Bunte-Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 9. Aufl., Art. 81 Rn. 14).

Die in § 14 Abs. 2 Nr. 3 Satz 2 Lotteriestaatsvertrag geregelte Hinweispflicht des gewerblichen Spielvermittlers, die Spieler über den für die Spielteilnahme an den Veranstalter weiterzuleitenden Betrag zu informieren, schreibt den Spielvermittlern weder eine verbotene Kartellabsprache vor noch erleichtert sie eine solche. Auch ist nicht ersichtlich, dass die Verpflichtung zur Information über die Preisbestandteile die Auswirkungen einer möglicherweise zwischen den Ländern bzw. den ländereigenen Lotteriegesellschaften bestehenden wettbewerbsbeschränkenden Kartellabsprache verstärkt. Etwas anderes mag möglicherweise für § 14 Abs. 2 Nr. 3 Satz 1 Lotteriestaatsvertrag gelten, der die gewerblichen Spielvermittler verpflichtet, mindestens zwei Drittel der von den Spielern vereinnahmten Beträge für die Teilnahme am Spiel an den Veranstalter weiterzuleiten, weil hierdurch der Nachfragewettbewerb der Bundesländer bzw. der Landeslottogesellschaften um die gewerblichen Spielvermittlung beschränkt werden könnte. Allerdings wirkt sich ein etwaiger Verstoß von § 14 Abs. 2 Nr. 3 Satz 1 Lotteriestaatsvertrag gegen Art. 81 EG i.V.m. Art. 10 Abs. 2 EG nicht automatisch auf sämtliche Regelungen des Lotteriestaatsvertrages oder § 14 Abs. 2 Nr. 3 in vollem Umfang aus, wie offenbar die Beklagte meint. Vielmehr kommt es – ebenso wie bei der Nichtigkeitsfolge des Art. 81 Abs. 2 EG - auf die objektive Trennbarkeit der einzelnen Regelungen an. Entscheidend ist danach, ob § 14 Abs. 2 Nr. 3 Satz 2 auch ohne die Bestimmung in § 14 Abs. 2 Nr. 3 Satz 1 einen der selbständigen Geltung fähigen Regelungsgehalt behält. Dies ist zu bejahen. Die in § 14 Abs. 2 Nr. 3 Satz 2 geregelte Hinweispflicht hat unabhängig davon, ob die 2/3 Regelung gültig ist oder nicht, eine eigenständige Bedeutung. Die Preisaufschlüsselung dient der Preistransparenz. Wenn die Spielteilnehmer darüber informiert werden, welcher Anteil des von ihnen zu zahlenden Entgelts an den Lotterieveranstalter weitergeleitet wird, wissen sie gleichzeitig, welcher Anteil beim Spielvermittler verbleibt, welches Entgelt sie also für die von ihm zu erbringenden Leistungen zu zahlen haben. Hierdurch wird ein Preisvergleich zwischen den Angeboten der Spielvermittler untereinander erleichtert. Die Regelung dient daher dem Interesse und Schutz des Spielteilnehmers, wie sich auch aus den Erläuterungen zu § 14 Abs. 2 Nr. 3 Satz 2 Lotteriestaatsvertrag ergibt. Diesem Regelungszweck kommt auch dann eine eigenständige Bedeutung zu, wenn die Spielvermittler nicht wie von § 14 Abs. 2 Nr. 3 Satz 1 Lotteriestaatsvertrag einheitlich 2/3 sondern jeweils einen unterschiedlichen Anteil des vereinnahmten Entgelts an den Veranstalter weiterzuleiten haben.

(bb)

§ 14 Abs. 2 Nr. 3 Satz 2 Lotteriestaatsvertrag ist auch nicht wegen eines Verstoßes gegen die Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 EG) unanwendbar.

Die in Rede stehende Informationspflicht des gewerblichen Spielvermittlers stellt bereits keine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit dar. Es ist weder ersichtlich noch von der Beklagten dargetan, dass die L.T. S. B.V. gerade wegen der verlangten Preisaufschlüsselung ihre Dienstleistungen auf dem deutschen Markt nicht oder nur unter erheblich erschwerten Bedingungen anbieten kann. Eine Zugangsbehinderung zum deutschen Markt kann darin nicht gesehen werden.

(cc)

Soweit die Beklagte pauschal behauptet, der (gesamte) Lotteriestaatsvertrag verstosse gegen Verfassungsrecht, und zur weiteren Begründung auf die in Anlage seinen Schriftsatz beigefügte Antragschrift einer in B. eingereichten Popularverfassungsbeschwerde verweist, ist bereits zweifelhaft, ob sie hiermit überhaupt die an einen substantiierten Vortrag zu stellenden Anforderungen erfüllt. Aber selbst wenn der Vortrag für ausreichend gehalten werden sollte, ist der Senat gemäß Art. 100 Abs. 1 GG gehindert, über die Frage der Verfassungswidrigkeit von § 14 Abs. 2 Nr. 3 Satz 2 Lotteriestaatsvertrag wegen eines Verstoßes gegen die Gesetzgebungskompetenz des Bundes (Art. 74 GG) selbst zu entscheiden. Die Gerichte dürfen Folgerungen aus einer etwaigen von ihnen angenommenen Verfassungswidrigkeit eines formellen Gesetzes erst nach deren Feststellung durch das Bundesverfassungsgericht ziehen. Dies hindert die Fachgerichte aber nicht, schon vor der im Hauptsacheverfahren einzuholenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vorläufig Rechtsschutz zu gewähren, wenn dies nach den Umständen des Falles im Interesse eines effektiven Rechtsschutzes geboten erscheint und die Hauptsacheentscheidung dadurch nicht vorweggenommen wird (BVerfG, Beschluss v. 19. Juli 1996, Az.: 1 BvL 39/95, www.jurisweb.de). Beide Voraussetzungen sind hier erfüllt.

(d)

Die L.T. S. B.V. ist nach der Definition des Lotteriestaatsvertrages ein gewerblicher Spielevermittler. Nach § 14 Abs. 1 Nr. 2 Lotteriestaatsvertrag ist gewerblicher Spielevermittler, wer im Auftrag der Spielinteressenten Spielinteressenten zu Spielgemeinschaften zusammenführt und deren Spielbeteiligung dem Veranstalter – selbst oder über Dritte - vermittelt, sofern dies jeweils in der Absicht geschieht, durch diese Tätigkeit nachhaltig Gewinn zu erzielen. Diese Voraussetzungen sind erfüllt. Sie vermittelt nicht nur die Beteiligung an einer Spielgemeinschaft, sondern sie übernimmt es auch die Spielbeteiligung der Gemeinschaft -hierbei handelt es sich um eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die in den Beteiligungsbedingungen Lottofonds genannt wird - an den Veranstalter zu vermitteln. Nach (4) a. der mit Vertrag überschriebenen Information übernimmt es die L.T. S. B.V. gewerblich, den Kunden in eine Spielgemeinschaft zur Teilnahme an staatlich genehmigten Lottoauspielungen zu integrieren. Darüber hinaus übernimmt sie "alle Aufgaben der Geschäftsführung und Abwicklung zur Erreichung des Zwecks der Spielgemeinschaft bzw. schaltete einen Treuhänder zur Erfüllung der Aufgaben ein". Da der Zweck der Spielgemeinschaft aber nur dann erfüllt wird, wenn die Spielteilnahme der Spielgemeinschaft an den Lotterieveranstalter vermittelt wird, vermittelt die L.T. B.V. entweder selbst oder durch ein von ihr beauftragten Treuhänder die Spielteilnahme auch an den Veranstalter.

(2) Verfügungstenor zu I. 2.

Der von der Beklagten über das Internet vermittelte Abschluss eines Spielevermittlungsvertrages mit der L.T. S. B.V. ist auch insofern unlauter im Sinne von §§ 3, 4 Nr. 2 UWG, als durch die Widerrufsbelehrung in (4) e. des Vertragsinformation – soweit sie von den Spielinteressenten mit deaktivierten Popublocker vor Abschluss des Vertrages zur Kenntnis genommen werden konnte – der mit der Gesetzeslage nicht in Einklang stehende Eindruck vermittelt wird, nach Abschluss des Vertrages erlösche nach den gesetzlichen Vorschriften das Widerrufsrecht des Kunden.

Eine unzureichende Belehrung über ein Widerrufsrecht ist unlauter im Sinne von § 4 Nr. 2 UWG, wenn durch sie die Gefahr begründet wird, dass der Kunde von seinem Widerrufsrecht keinen Gebrauch macht, und der Unternehmer diese Rechtsunkenntnis zu seinem Vorteil ausnutzt (Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, aaO., § 4 UWG Rn. 11.170 m.w.Nachw.). Hiervon ist vorliegend auszugehen. Die in der Vertragsinformation enthaltene Widerrufsbelehrung der L.T. B.V, zu der sie nach § 312 c Abs. 1 Satz 1 BGB i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 10 BGBInfoV verpflichtet ist, ist unzureichend. (4) e. lautet wie folgt:

"Grundsätzlich steht Ihnen ein zweiwöchiges Widerrufsrecht zu. Mit der Annahme ihrer Bestellung beginnt "L.T." aber bereits mit ersten Dispositionen bezüglich der Ausführung der übernommenen Dienstleistungsobliegenheit. Dadurch erlischt nach den gesetzlichen Bestimmungen ihr Widerrufsrecht unmittelbar mit der Annahme Ihrer Bestellung (BGB § 312 d Abs. 3)."

Durch diese Formulierung wird der Eindruck erweckt, der Kunde habe nach Abschluss des Vertrages keine Möglichkeit mehr, seine Erklärung zu widerrufen, weil L.T. sofort mit der Durchführung des Vertrages beginne. Dieser Eindruck entspricht aber nicht der Rechtslage und ist daher irreführend. Nach § 312 d Abs. 2 Nr. 2 BGB erlischt das Widerrufsrecht nur dann, wenn der Unternehmer mit der Ausführung der Dienstleistung mit ausdrücklicher Zustimmung des Verbrauchers vor Ende der Widerrufsfrist begonnen hat oder der Verbraucher diese selbst veranlasst hat. Die Zustimmung muss ausdrücklich erklärt werden. Eine Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Unternehmens, in der sich der Verbraucher antizipiert mit der Ausführung der Dienstleistung einverstanden erklärt, ist unwirksam (Palandt-Heinrichs, aaO., § 312 d Rn. 7a).

Die in Rede stehende Formulierung der Widerrufsbelehrung ist unlauter, denn durch sie wird die Gefahr begründet, dass der Verbraucher von seinem Widerrufsrecht keinen Gebrauch machen wird und die L.T. B.V. dies zu ihren Gunsten ausnutzt.

c.

Auch liegt die für einen aus § 8 Abs. 1 UWG erforderliche Wiederholungs- bzw. Erstbegehungsgefahr vor. Da es im Zusammenhang mit der Vertragsanbahnung durch die Beklagte im Internet bereits zu den dargestellten Wettbewerbsverstößen gekommen ist, streitet für die Wiederholungsgefahr eine tatsächliche Vermutung, die die Beklagte nicht widerlegt hat. Für gleichgelagerte Wettbewerbsverstöße der Beklagten bei der Vermittlung von Verträgen mit der L. T. S. B.V. außerhalb des Internets, insbesondere bei telefonischer Vermittlung, ist von einer Erstbegehungsgefahr auszugehen.

2.

Der Verfügungsgrund folgt aus § 12 Abs. 2 UWG.

Die Dringlichkeitsvermutung ist nicht deshalb widerlegt, weil die Klägerin ihren Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung am 29.05.2005 zunächst beim Landgericht München gestellt, dann aber zurückgenommen und drei Tage später am 02.05.2005 beim Landgericht Düsseldorf anhängig gemacht hat. Die Vermutung der Dringlichkeit ist widerlegt, wenn der Antragsteller durch sein Verhalten selbst zu erkennen gegeben hat, dass es "ihm nicht eilig ist". Hiervon ist beispielsweise auszugehen, wenn der Antragsteller das Verfahren verzögert (Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, aaO. § 12 UWG Rn. 3.15 u. 3.16). So kann die Dringlichkeitsvermutung widerlegt sein, wenn der Verfügungskläger, der in erster Instanz mit seinem Verfügungsantrag abgewiesen worden ist und hiergegen Berufung eingelegt hat, in zweiter Instanz seinen Verfügungsantrag zurücknimmt und denselben Antrag vor einem anderen erstinstanzlichen Gericht stellt (OLG Karlsruhe NJW-RR 1992, 229 f.). Eine vergleichbare Situation liegt hier aber nicht vor. Die Klägerin hat eine Entscheidung in der Sache nicht in der Weise hinausgezögert, dass die Dringlichkeit entfallen ist. Sie hat ihren Antrag in einem sehr frühen Verfahrensstadium vor Anhörung der Beklagten und vor einer gerichtlichen Entscheidung zurückgenommen. Nur kurze Zeit später und damit zeitnah hat sie denselben Antrag beim Landgericht Düsseldorf gestellt.

3.

Der Verbotstenor zu I. 1 und 2 bedurfte zu seiner Präzisierung der vom Senat vorgenommenen Klarstellung. Nach dem aus der Antragsbegründung erkennbaren Willen der Klägerin sollte sich die angestrebte Untersagung nicht auf jede Art der Werbung der Beklagten für eine Spielteilnahme bei der L. T. S. B.V. beziehen, sondern nur auf die zum Vertragsschluss mit der L. T. S. B.V. führende Vermittlungstätigkeit der Beklagten. Darüber hinaus sollte der Beklagten mit dem Antrag zu I. 2 lediglich verboten werden, den unzutreffenden Eindruck zu erwecken, nach Abschluss des Vertrages mit der L. T. S. B.V. sei ein Widerruf nicht mehr möglich.

II.

Soweit der Beklagten einstweilen untersagt worden ist, im geschäftlichen Verkehr für die Spielteilnahme bei der L.T. S. B.V. zu werben, insbesondere über Internet mit der Aussage eines jederzeitigen Kündigungsrechts, ohne Hinweis auf die tatsächlichen Kündigungsfristen und ohne Hinweis auf die wirtschaftlichen Folgen einer Kündigung für den Spielteilnehmer, insbesondere ohne Hinweis auf die geschuldete Abwicklungspauschale und die tatsächliche Höhe der einbehaltenen Abschlussgebühren, hat das Landgericht die einstweilige Verfügung zu Unrecht bestätigt. Es fehlt an einem aus § 8 Abs. 1 UWG folgenden Verfügungsanspruch der Klägerin. Es liegt keine irreführende Werbung gemäss §§ 3, 5 UWG vor. Die Beklagte wirbt nicht für den Abschluss eines Vermittlervertrages mit der L.T. S. B.V. mit der Aussage eines jederzeitigen Kündigungsrechts ohne Hinweis auf die tatsächlichen Kündigungsfristen und ohne Hinweis auf die wirtschaftlichen Folgen der Kündigung für den Spielteilnehmer, obwohl dies nicht den tatsächlichen Gegebenheiten entspricht.

Weder die mit "Vertrag" überschriebenen Kundeninformationen noch die entsprechenden Regelungen der Beteiligungsbedingungen erwecken bei den Kunden den unzutreffenden Eindruck, dass der Vertrag ohne die Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden kann und dass hiermit keine Kosten verbunden sind.

In (4) b. der Vertragsinformation ist ausgeführt, dass der Vertrag nach einer Mindestlaufzeit von 1 Monat gekündigt werden kann, wobei die Kündigung bis zum 1. des Vormonats erklärt werden muss. In Ziff. 5 der Beteiligungsbedingungen ist hiervon abweichend geregelt:

"Die Beteiligung kann jederzeit wie folgt gekündigt werden:

Die Beteiligung gilt für 4/5 Wochen und/oder Ausspielungen und verlängert sich jeweils um weitere 4/5 Wochen, wenn nicht schriftlich (...) gekündigt wird. Möchte ein Treugeber seine Beteiligung zu einem bestimmten Zeitraum beenden, so hat er dies L.T. rechtzeitig bis sechs Wochen vor der Beendigung des Vertragsverhältnisses schriftlich mitzuteilen, andernfalls gilt die Kündigung erst für die darauffolgende Frist."

Zwar ergibt sich aus beiden Dokumenten eine unterschiedliche Kündigungsfrist (1 Monat bzw. 6 Wochen), so dass im Einzelfall zu klären ist, welche Kündigungsfrist als vereinbart gilt. Keinesfalls wird bei dem verständigen Verbraucher aber der Eindruck erweckt, er brauche keine Fristen bei der Kündigung des Vertrages einzuhalten. Der Verbraucher wird auch nicht darüber getäuscht, dass mit der Kündigung keinerlei wirtschaftlich nachteiligen Folgen verbunden sind. Nach (4) d. der mit Vertrag überschriebenen Information wird im Fall der Kündigung eine Abwicklungspauschale in Höhe von 20 € erhoben. In Ziff. 3 der Beteiligungsbedingungen ist überdies vorgesehen, dass die im Voraus für zwei Jahre zu zahlende

Abschlussgebühren i.H. von 0,24 Euro pro Anteil im Falle einer Kündigung vor Ablauf von zwei Jahren nicht, auch nicht anteilig zurückerstattet werden.

C.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 97 Abs. 1, 92 Abs. 1 ZPO.