

OBERLANDESGERICHT MÜNCHEN

Aktenzeichen: 29 U 4850/02
Landgericht München I 4 HKO 4581/02

Verkündet am 20.2.2003
Die Urkundsbeamtin:

Justizangestellte
[REDACTED]

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Verfahren

[REDACTED], vertreten durch den Geschäftsführer [REDACTED]

- Klägerin und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED]

gegen

[REDACTED], vertreten durch den Vorstand [REDACTED]

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED]

hat der 29. Zivilsenat des Oberlandesgerichts München durch den Vorsitzenden Richter [REDACTED] und die Richter [REDACTED] und [REDACTED] aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 23.1.2003

für Recht erkannt:

1. Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts München I vom 5.9.2002 – 4 HKO 4581/02 – wird zurückgewiesen.
2. Die Klägerin hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung durch die Beklagte durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % der zu vollstreckenden Kosten abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe:

(gemäß § 540 Abs. 1 ZPO)

I.

Die Klägerin, die [REDACTED], nimmt die Beklagte, die ein Internetradio betreibt, auf Unterlassung und Erstattung von Abmahnkosten in Anspruch.

Die Beklagte sendet im Internet ein Musikprogramm, in das sich die registrierten Benutzer einwählen können – gleichzeitig maximal 1.000 Nutzer. Hierbei kann auch eine Pausenfunktion genutzt werden, d.h. das Programm kann beliebig unterbrochen und an gleicher Stelle wieder fortgesetzt werden. Es können auch einzelne Titel übersprungen werden (Skipfunktion). Über den chart-Kanal besteht die Möglichkeit, auf die aktuellen Charts Zugriff zu nehmen. Der Nutzer kann sich auch aus einem Angebot von über 14.000 Titeln ein eigenes Programm zusammenstellen, das zum Hören heruntergeladen werden kann. Weiter bietet die Beklagte einen Karaoke-Kanal und die Möglichkeit, Grußkarten im Internet zu versenden an. Dabei besteht für einfache Nutzer nur die Möglichkeit, einzelne der angebotenen 25 Kanäle zu nutzen, während für die so genannten Unlimited User gegen ein monatliches Entgelt in Höhe von 3 € (nach den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten verlängert sich diese Nutzungsbefugnis um jeweils einen Monat bei nicht rechtzeitiger Kündigung) eine uneingeschränkte Nutzungsmöglichkeit eröffnet wird (Anlage K 2).

Die Klägerin beanstandet, das von der Beklagten im Internet beworbene und durchgeführte Gewinnspiel (Anlage K 1), an dem nur so genannte Unlimited User teilnehmen können, als wettbewerbswidrig gemäß § 1 UWG, weil es mit dem entgeltlichen Absatz von Dienstleistungen gekoppelt sei. Es werde ein tatsächlicher Kaufzwang ausgeübt, da nur diejenigen Interessenten, die sich als Unlimited User registrieren ließen (Vertragsbedingungen in Anlage K 2 und B 4), die Möglichkeit hätten, an dem Gewinnspiel teil zu nehmen. Diese Kundengewinnungsmaßnahme beinhalte auch eine wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs. Zu ihrer Prozessführungsbefugnis verweist die Klägerin auf die Mitgliedschaft aller Wettbewerber der Beklagten (Betreiber von Internet-Radios, Anlage K 5 und K 6; Radiostationen u.a.) bei den zuständigen Industrie- und Handelskammern, die wiederum bei ihr Mitglied seien.

Die Beklagte hat die Klagebefugnis der Klägerin bestritten, da es aufgrund ihres sehr spezifischen Programmangebots an Wettbewerbern fehle, die Mitglieder bei der Klägerin oder die Mitglieder bei der Klägerin anhörenden Verbänden seien. In der Sache

hat sie die Auffassung vertreten, dass ein wettbewerbswidriges Verhalten nicht vorliege. Sie veranstalte kein Gewinnspiel, wie die Klägerin meine, sondern ein Quizzspiel. Die anspruchsvollen Fragen aus dem Bereich der Musik (z.B. Anlage B 3) könnten nicht ohne gewisse Vorkenntnisse gelöst werden. Für die Teilnahme an der Endrunde sei es erforderlich, sich während eines Monats gegenüber den anderen Teilnehmern zu behaupten. Eine unlautere Kundengewinnung durch Warenkopplung liege nicht vor. Das Angebot richte sich an Nutzer, die ihre Entscheidung für die Beklagte bereits getroffen hätten. Das streitgegenständliche Wissensspiel stelle eine besondere Ausstattung ihres Angebots dar. Die Besucher ihrer Homepage würden nicht dazu veranlasst, anstandshalber den kostenpflichtigen Service der Beklagten in Anspruch zu nehmen. Die Ankündigung richte sich nicht in erster Linie an Erstbesucher oder an bisher nicht zahlende Besucher, sondern vor allem an die bereits vorhandenen „Unlimited User“. Der Personenkreis, der bisher nicht zu den Unlimited Usern gehöre, müsse zunächst abwägen, in welchem Verhältnis die Attraktivität und Nützlichkeit des Services im Verhältnis zu den Gewinnchancen stehe. Dabei könne bereits vor der Registrierung als Unlimited User ersehen werden, dass die Hürden für einen Gewinn sehr hoch seien, sodass nicht davon ausgegangen werden könne, dass sich noch nicht registrierte Besucher blindlings auf das Angebot einließen. Auch ein übertriebenes Anlocken liege nicht vor. Selbst wenn man von einem Wettbewerbsverstoß ausgehe, liege jedenfalls keine wesentliche Beeinträchtigung im Sinne von § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG vor.

Wegen der weiteren Einzelheiten sowie der in erster Instanz gestellten Anträge wird auf das angefochtene Urteil Bezug genommen, mit dem die Klage mangels Prozessführungsbefugnis der Klägerin als unzulässig abgewiesen wurde. Wegen der Begründung wird auf die Entscheidungsgründe des landgerichtlichen Urteils verwiesen.

Mit ihrer Berufung macht die Klägerin geltend, das Landgericht habe – unter Vernachlässigung, dass es sich bei § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG nunmehr um eine Frage der Begründetheit handle – verkannt, dass sich ihre Aktivlegitimation bereits ohne weiteres aus der Tatsache ergebe, dass ihr alle Industrie- und Handelskammern angehörten. Es gebe in Deutschland zahlreiche Rundfunkanbieter, die ihr Programm zumindest auch über das Internet ausstrahlten. Darüber hinaus gebe es zahlreiche sogenannte „Net only radios“, d.h. Anbieter, die ihr Programm allein über das Internet verbreiteten. Auch die herkömmlichen Rundfunk- und Hörfunkanstalten seien als Wettbewerber der Beklagten zu berücksichtigen. Die angegriffene Werbung verstoße gegen § 1 UWG, da das Gewinnspiel mit einem Dienstleistungsangebot gekoppelt sei. Die Teilnahme setze voraus, dass der teilnahmewillige Verbraucher ein Entgelt in Höhe von 3 € pro Monat an die Beklagte bezahle. Ein Großteil der angesprochenen Verbraucher werde der Verlockung nicht widerstehen können und den Monatsbeitrag in Kauf nehmen, um an dem attraktiven Gewinnspiel teilnehmen zu können,

was zu einer ganz erheblichen Wettbewerbsverzerrung führe. An dieser Beurteilung habe der BGH auch in der Entscheidung „Gewinnspiel im Radio“ festgehalten.

Die Klägerin beantragt, unter Aufhebung des angefochtenen Urteils, die Beklagte zu verurteilen,

1. es bei Meidung näher bezeichneter Ordnungsmittel zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs ein Gewinnspiel anzukündigen mit der Aussage:

„Klick dich zum [Unlimited User] aufgepasst: Täglich mitmachen, Wissen beweisen und Cyberpoints sammeln! Der Beste fährt bald mit einem [Unlimited User] davon. Mitmachen bei unserem neuen Entertainment-Quiz KNOW'N' WIN lohnt sich also in jedem Fall. Die sechs Monatsbesten laden wir am Ende eines Halbjahres zum ultimativen Finale nach [Unlimited User] ein – der Gewinner zockt einen [Unlimited User] im Wert von ca. DM [Unlimited User] - ab! Aber auch die anderen fünf gehen nicht leer aus: Von der Traumreise von [Unlimited User] im Wert von DM [Unlimited User] - bis hin zum Hi-Tech-PC ist für „Trost“preise gesorgt!“

wenn dabei die Teilnahme am Gewinnspiel vom Abschluß eines Vertrags über entgeltpflichtige Dienstleistungen der Beklagten abhängig gemacht wird, und/oder so angekündigte Gewinnspiele durchzuführen und/oder die Preise zu gewähren.

2. an die Klägerin 175,06 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz gemäß § 247 BGB seit dem 16.1.2002 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt die angefochtene Entscheidung. Weiter vertieft sie ihr Vorbringen zur Zulässigkeit des bis Ende Juni 2002 durchgeführten Gewinnspiels. Soweit der Klageantrag auf das Verbot des Gewährens der Preise abziele, bestehe dafür keine Rechtsgrundlage. Jedenfalls sei er zu weit, da ein Verstoß allenfalls in Bezug auf solche Teilnehmer vorliegen könne, die noch nicht registrierte Benutzer gewesen seien.

II.

Die zulässige Berufung bleibt in der Sache ohne Erfolg. Die Klage ist zulässig; die fehlende örtliche Zuständigkeit des Landgerichts München I – die gewerbliche Niederlassung der Beklagten (§ 24 Abs. 1 Satz 1 UWG) liegt nicht im Gerichtsbezirk, die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 24 Abs. 2 UWG liegen nicht vor – ist für das Berufungsverfahren ohne Bedeutung (§ 513 Abs. 2 ZPO). Der Klägerin stehen die geltend gemachten Ansprüche auf Unterlassung und Erstattung der Abmahnkosten jedoch nicht zu.

1. Zu Recht wendet sich die Berufung allerdings gegen die Verneinung der Prozessführungsbefugnis der Klägerin. Ob der Regelung in § 13 Abs. 2 UWG eine Doppelnatur zukommt oder ob es sich ausschließlich um eine Frage der Sachbefugnis handelt (vgl. Köhler/Piper, UWG, 3. Aufl., § 13 Rdn. 4 mwN; BGH WRP 2003, 87 = NJW 2003, 290 – Anspruchsberechtigung von Wirtschaftsverbänden – zu § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 UKlaG), kann dahinstehen.

a. Ein Unterlassungsanspruch (§ 1 UWG) kann gemäß § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG von rechtsfähigen Verbänden zur Förderung von gewerblichen Interessen geltend gemacht werden, soweit ihnen eine erhebliche Zahl von Gewerbetreibenden angehört, die Waren oder gewerbliche Leistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt vertreiben, soweit sie insbesondere nach ihrer personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung imstande sind, ihre satzungsgemäßen Aufgaben der Verfolgung gewerblicher Interessen tatsächlich wahrzunehmen, und soweit der Anspruch eine Handlung betrifft, die geeignet ist, den Wettbewerb auf diesem Markt wesentlich zu beeinträchtigen. Die danach zu fordernden (mittelbaren) Mitglieder der Klägerin müssen Waren oder gewerbliche Leistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt vertreiben. Ausreichend ist, wenn die Mitgliedsunternehmen eine nicht gänzlich unbedeutende (potentielle) Beeinträchtigung durch die Wettbewerbsmaßnahme mit einer gewissen – sei es auch nur geringen – Wahrscheinlichkeit zu befürchten haben (vgl. Köhler/Piper, § 13 Rdn. 21, 13 mwN).

b. Soweit das Landgericht (LGU 9 f) davon ausgeht, angesichts des spezifischen Leistungsangebots der Beklagten fehle es an diesem Merkmal, liegt dem ein zu enges Verständnis zugrunde, wie der Senat bereits im Beschluss vom 15.4.2002 – 29 W 1528/02, S. 4 (von der Beklagten als Anlage zum Schriftsatz vom 16.8.2002 vorgelegt) in anderem Zusammenhang ausgeführt hat, da die beanstandete Verhaltensweise sehr wohl geeignet ist, sich zu Lasten von Anbietern anderer Unterhaltungsprogramme (Radiosender, die ihr Programm auch über Internet ausstrahlen) auszuwirken und zwar nicht nur in Bezug auf die Nachfrage von Seiten der Nutzer sondern als Folge davon auch in Bezug auf die Nachfrage von Seiten Werbung betreibender Un-

ternehmen. Ob solche Unternehmen selbst (unmittelbar) Mitglied bei der Klägerin sind, ist ohne Bedeutung, da die Klagebefugnis der Klägerin nach der ständigen Rechtsprechung des BGH aus der Mitgliedschaft aller Industrie- und Handelskammern folgt. So wurde in einer Vielzahl von Fällen allein aufgrund dieser Mitgliedschaft bei der Klägerin (bzw. beim Schutzverband gegen Wirtschaftskriminalität) die Klagebefugnis bejaht, ohne die (gesetzliche) Mitgliederstruktur der Industrie- und Handelskammern zu erörtern (BGH GRUR 1995, 122 – Laienwerbung für Augenoptiker; GRUR 1997, 933, 934 – EP; GRUR 1995, 358, 359 – Folgeverträge II; GRUR 1998, 417, 418 – Selbsternannter Sachverständiger; weitere Nachweise bei Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 8. Aufl., Kap. 13 Rdn. 30 c Fn 159; Köhler/Piper, § 13 Rdn. 21). Dies beruht auf dem Umstand, dass die Klagebefugnis der Industrie- und Handelskammern bzw. Handwerkskammern gemäß § 13 Abs. 2 Nr. 4 UWG einschränkungslos gegeben ist und diese im Wege der Mitgliedschaft auch der Klägerin vermittelt wird (so auch Köhler/Piper, § 21 Rdn. 21 zur mittelbaren Verbandszugehörigkeit; Teplitzky, Kap. 13 Rdn. 30 c, der die Rechtsprechung dahingehend zusammenfasst, dass der BGH die Klagebefugnis der hiesigen Klägerin „für den gesamten Bereich Deutschlands und für alle sachlichen Bereiche“ anerkannt habe).

2. Die Klägerin wendet sich mit ihrem in der Berufungsinstanz neu gefassten Klageantrag gegen die Ankündigung des Gewinnspiels, dessen Durchführung sowie gegen die Gewährung der ausgelobten Preise.

Hinsichtlich des auf das Gewähren der Preise abzielenden Verbots ist die Klage bereits deshalb unbegründet, da das Gewähren der Preise unabhängig von der rechtlichen Zulässigkeit der Ankündigung und des Durchführens des Gewinnspiels nicht als sittenwidrig (§ 1 UWG) angesehen werden kann, wie bereits in der Verfügung vom 18.11.2002 ausgeführt wurde. Denn entgegen der Auffassung der Klägerin ist mit dem Gewähren der Preise nicht ohne weiteres ein Ausnutzen oder ein Fortwirken der als Verstoß gegen § 1 UWG beanstandeten Werbung und Durchführung verbunden. So kann die von der Klägerin beanstandete Koppelung zwischen dem Gewinnspiel und dem entgeltlichen Absatz des Dienstleistungsangebots die Interessen eines Teilnehmers an dem Gewinnspiel, der bereits zum Zeitpunkt der Werbung für das Gewinnspiel Unlimited User war, nicht beeinträchtigt haben. Diesem den Gewinn zu versagen, wäre somit nicht zu rechtfertigen, da es an einer Fortwirkung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens fehlt (vgl. hierzu auch BGH GRUR 2002, 979, 982 li. Sp. unter 3. – Koppelungsangebot II). Dies bedarf aber keiner weiteren Erörterung, da auch die Werbung und die Durchführung des Gewinnspiels nicht unlauter im Sinne von § 1 UWG ist.

a. Nach der Rechtsprechung sind zu Zwecken des Wettbewerbs veranstaltete Gewinnverlosungen grundsätzlich zulässig. Nur wenn besondere Umstände vorliegen, die den Vorwurf der Sittenwidrigkeit begründen, können sie als wettbewerbswidrig gemäß § 1 UWG untersagt werden. Besondere Umstände, die die Annahme der Sittenwidrigkeit rechtfertigen, können in der Koppelung des Warenabsatzes mit der Teilnahme an dem Gewinnspiel, in einem psychischen Kaufzwang, in einer Irreführung des Publikums über die Gewinnchancen oder in einem übertriebenen Anlocken bestehen (BGH WRP 2002, 1136, 1137 mwN = GRUR 2002, 1003, 1004 – Gewinnspiel im Radio). Danach darf die Teilnahme an einem Gewinnspiel nicht mit dem Warenabsatz verkoppelt werden, wenn durch diese Koppelung die angesprochenen Personen verleitet werden können, ihre wirtschaftlichen Entschlüsse nicht im Hinblick auf die Eigenschaften und Preise der Waren, sondern im Hinblick auf sachfremde Motive zu treffen. Das ist in der Rechtsprechung bei Preisausschreiben im Versandhandel für den Fall angenommen worden, dass die Möglichkeit der Teilnahme an einem Gewinnspiel mit einer Bestellung gekoppelt worden war, weil dann die Gefahr bestehe, dass die Bestellung in der Hoffnung auf den ausgesetzten Gewinn erfolge (BGH GRUR 1989, 434, 436 – Gewinnspiel I; vgl. auch WRP 1998, 724, 726 re. Sp. – Rubbelaktion).

b. Wie der Senat bereits im Beschluss vom 15.4.2002 (aaO S. 3) ausgeführt hat, wendet sich die Klägerin mit dem Gewinnspiel allerdings nicht nur an bereits vorhandene Unlimited User, da die Werbung auch geeignet ist, bisherige einfache Nutzer oder sonstige Interessenten dazu zu veranlassen, sich als Unlimited User bei der Beklagten registrieren zu lassen. Dies verkennt auch die Beklagte nicht, die, anders als noch in erster Instanz, das Gewinnspiel nicht mehr als bloße Kundenbindungsmaßnahme in Bezug auf die bereits vorhandene Unlimited User ansieht.

aa. Dieses Gewinnspiel ist aber, ebenso wie bei der Entscheidung „Gewinnspiel im Radio“, zum Inhalt der von der Beklagten angebotenen Leistung zu rechnen, wobei die Beklagte gegenüber einfachen Usern, die nur in sehr beschränktem Umfang unentgeltlich auf das Internetangebot zugreifen können und Unlimited Usern, die das Angebot vollumfänglich gegen eine monatliche Gebühr in Höhe von 3 € nutzen können, unterschiedliche Leistungen anbietet. Wie auch die Klägerin nicht in Zweifel zieht, ist das Gewinnspiel der Beklagten nicht von der entgeltlich angebotenen Leistung der Beklagten zu trennen. Das Gewinnspiel war derart ausgestaltet, dass sich die Teilnehmer als Monatsbeste für die Endrunde qualifizieren konnten. Hierzu mussten überwiegend Wissensfragen aus dem Bereich der Musik beantwortet werden (Klagerwidrigung S. 6; Anlage B 3). Insoweit verhält es sich nicht anders als bei den im Rundfunk und Fernsehen weit verbreiteten Gewinnspielen, die vom BGH als Bestandteil des Unterhaltungsprogramms eingestuft wurden. Derartige Gewinnspiele bestimmen somit die Attraktivität der angebotenen Leistung mit, sodass die damit

verbunden Anlockwirkung und folglich die Entschließung, sich als Unlimited User (erstmal) registrieren zu lassen bzw. eine bereits bestehende Registrierung zu verlängern, für sich genommen nicht als sittenwidrig qualifiziert werden kann (vgl. BGH aaO S. 1138 – Gewinnspiel im Radio).

bb. Dementsprechend stellt auch die Klägerin nicht auf die von den ausgelobten Preisen ausgehende Anlockwirkung ab, sondern sieht das die Unlauterkeit begründende Kriterium allein in dem Umstand, dass nur Unlimited User an dem Gewinnspiel teilnehmen können und diese Möglichkeit erst nach Abschluss eines entsprechenden entgeltlichen Vertrages erhalten. Darin sieht sie – so ihre Ausführungen im Termin vor dem Senat – eine verschleierte Koppelung zwischen Gewinnspiel und dem Warenabsatz im Sinne der vorgenannten Entscheidung des BGH, wonach „auch in einem solchen Fall Umstände vorliegen (können), die die Unlauterkeit begründen, wie sie etwa bei einer Irreführung über die Gewinnchancen, in einer verschleierten Koppelung mit dem Warenabsatz oder in der Behinderung kleinerer Mitbewerber liegen“ (aaO S. 1138 – Gewinnspiel im Radio). Dieser Betrachtungsweise kann nicht beigegeben werden.

Eine verschleierte Koppelung mit dem Warenabsatz war z.B. Gegenstand der Entscheidungen BGH WRP 1976, 100, 101 – Mars und GRUR 1989, 434, 436 – Gewinnspiel I. In letzterem Fall war die Gewinnausgabe mit einer Warenbestellung gekoppelt worden, da die Gewinner den Warengutschein in Höhe von DM 5,- nur dann voll realisieren konnten, wenn sie eine Bestellung im Warenwert von DM 25,- tätigten, da sie anderenfalls mit einem Portoanteil in Höhe von DM 2,- belastet wurde. In der Entscheidung „Mars“ wurde das Sammeln der Warenverpackungen, was einen Kauf entsprechender Produkte voraussetzte, als für den angesprochenen Verkehr naheliegendere und erfolgversprechendere Handhabung angesehen als die Möglichkeit, die Bezeichnung Mars 20 mal in roten Blockbuchstaben aufzuschreiben.

Derartige Maßnahmen von Seiten der Beklagten sind nicht dargetan und auch sonst nicht ersichtlich. Die Werbung für das Gewinnspiel lässt bei dem angesprochenen Verkehrskreis, einem durchschnittlich informierten, verständigen Verbraucher (vgl. zuletzt BGH, Urt. v. 28.11.2002 – I ZR 110/00 – Preis ohne Monitor, mwN) keinen Zweifel daran, dass nur Unlimited User sich an dem Gewinnspiel beteiligen können. D.h. auch diejenigen Interessenten, die noch nicht Unlimited User sind, werden ohne Schwierigkeiten erfassen, dass sie, um den Status eines Unlimited User zu erreichen, eine monatliche Nutzungsgebühr in Höhe von 3 € aufwenden müssen. Wenn die Klägerin die Nutzungsgebühr (im Termin als „Eintrittsgeld“ bezeichnet) als solche als verschleierte Koppelung im Sinne der BGH-Entscheidung gewertet wissen will, stellt sie damit letztlich, wie bereits in ihrer Abmahnung und in der Klageschrift (S. 3 unter 3.), wieder darauf ab, dass die Teilnahme an dem Gewinnspiel mit der Inan-

spruchnahme einer entgeltlichen Dienstleistung gekoppelt ist. Einer derartigen Sichtweise steht jedoch – wie vorstehend ausgeführt – entgegen, dass das Gewinnspiel als Bestandteil des Leistungsangebots zu qualifizieren ist und nicht wie in den sonstigen Fällen der Koppelung mit einem Warenabsatz (vgl. z.B. OLG Hamburg Magazindienst 2002, 866, 871) als ein neben dem Leistungsangebot stehendes Gewinnspiel.

cc. Die gegenteilige Betrachtungsweise der Klägerin kann auch nicht auf § 4 Nr. 7 des Referentenentwurfs zur Neufassung des UWG (Stand 23.1.2003; von der Klägerin auszugsweise vorgelegt mit dem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 31.1.2003; abrufbar auch im Internet unter www.bmj.bund.de) gestützt werden, selbst wenn man dabei zugunsten der Klägerin unterstellt, dass es sich dabei lediglich um eine Kodifizierung der derzeitigen Rechtslage handelt. Als Regelbeispiel eines unlauteren Wettbewerbs wird es danach angesehen, wenn die Teilnahme von Verbrauchern an einem Preisausschreiben oder Gewinnspiel von dem Erwerb einer Ware oder der Inanspruchnahme einer Dienstleistung abhängig gemacht wird, es sei denn, das Preisausschreiben oder Gewinnspiel ist naturgemäß mit dem Produkt oder der Dienstleistung verbunden. Damit soll, wie aus der dazu gegebenen Begründung (aaO S. 34 f) ersichtlich, die bisherige Rechtsprechung zu § 1 UWG übernommen werden (in den Gutachten von Fezer, WRP 2001, 989 ff und von Schricker/Henning-Bodewig, WRP 2001, 1367 ff sowie dem Vorschlag von Köhler/Bornkamm/Henning-Bodewig, WRP 2002, 1317, auf die sich der Referentenentwurf stützt, wird diese Problematik nicht unter einer eigenen Fallgruppe behandelt):

„In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung zu § 1 UWG a.F. ist es nach dem Tatbestand der Nummer 7 wettbewerbswidrig, wenn die Teilnahme an einem Preisausschreiben oder Gewinnspiel in irgendeiner Form mit dem Warenabsatz oder der Inanspruchnahme einer Dienstleistung verkoppelt wird. Die Wettbewerbswidrigkeit wird dadurch begründet, dass die Maßnahme darauf abzielt, die Spiellust auszunutzen und das Urteil des Verbrauchers hierdurch zu trüben...“

Wie die Einschränkung „es sei denn ...“ zu verstehen ist, wird ebenfalls erläutert:

„Nicht erfasst werden vom Tatbestand der Nummer 7 Fälle, in denen man ein Gewinnspiel oder ein Preisausschreiben gar nicht veranstalten kann, ohne dass der Kauf der Ware oder die Inanspruchnahme der Dienstleistung erforderlich ist. Dies gilt etwa im Falle eines in einer Zeitschrift abgedruckten Preisrätsels. Gerade bei Printmedien ist diese Form der Werteklame seit längerem im Markt eingeführt und kann schon deshalb nicht generell als unlauter angesehen werden. Dies schließt indes eine Bewertung als unlauter im Einzel-

fall nicht aus, so etwa, wenn die Kaufentscheidung durch unangemessen hohe Gewinne unsachgemäß beeinflusst werden wird.“


Diese Ausnahme („... naturgemäß mit dem Produkt oder der Dienstleistung verbunden;“) bezieht sich somit auf Fallgestaltungen, wie sie bereits im Termin unter Hinweis auf das „Rätselrennen“ der Süddeutschen Zeitung erörtert wurden, bei denen das Gewinnspiel zum Bestandteil des Leistungsangebots wird. Bei einem Gewinnspiel im Radio, wie es Gegenstand der bereits mehrfach erörterten Entscheidung des BGH war, sowie bei dem vorliegenden Gewinnspiel, das sich ebenfalls als Bestandteil des von der Beklagten angebotenen Unterhaltungsprogramms darstellt, ist eine hiervon abweichende Einordnung nicht zu rechtfertigen.


c. Auch sonstige Umstände, die geeignet sein könnten, die Ankündigung und die Durchführung des Gewinnspiels als unlauter erscheinen zu lassen, sind weder dargelegt noch sonst ersichtlich.

3. Steht der Klägerin der geltend gemacht Unterlassungsanspruch nicht zu; kann sie auch die Erstattung der für die Abmahnung aufgewendeten Kosten unter dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag nicht verlangen.

4. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung hinsichtlich der vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10, § 711 Satz 1 ZPO.

Die Revision war nicht zuzulassen, da der Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung (§ 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO) zukommt und auch die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO nicht vorliegen (vgl. hierzu BGH NJW 2003, 65 ff).


Vorsitzender Richter


am Oberlandesgericht


Richter



OBERLANDESGERICHT MÜNCHEN

Aktenzeichen: 29 U 4850/02
Landgericht München I 4 HKO 4581/02

Verkündet am 20.2.2003
Die Urkundsbeamtin:

Justizangestellte
[REDACTED]

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Verfahren

[REDACTED], vertreten durch den Geschäftsführer [REDACTED]

- Klägerin und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED]

gegen

[REDACTED], vertreten durch den Vorstand [REDACTED]

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED]

hat der 29. Zivilsenat des Oberlandesgerichts München durch den Vorsitzenden Richter [REDACTED] und die Richter [REDACTED] und [REDACTED] aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 23.1.2003

für Recht erkannt:

1. Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts München I vom 5.9.2002 – 4 HKO 4581/02 – wird zurückgewiesen.
2. Die Klägerin hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung durch die Beklagte durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % der zu vollstreckenden Kosten abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe:

(gemäß § 540 Abs. 1 ZPO)

I.

Die Klägerin, die [REDACTED], nimmt die Beklagte, die ein Internetradio betreibt, auf Unterlassung und Erstattung von Abmahnkosten in Anspruch.

Die Beklagte sendet im Internet ein Musikprogramm, in das sich die registrierten Benutzer einwählen können – gleichzeitig maximal 1.000 Nutzer. Hierbei kann auch eine Pausenfunktion genutzt werden, d.h. das Programm kann beliebig unterbrochen und an gleicher Stelle wieder fortgesetzt werden. Es können auch einzelne Titel übersprungen werden (Skipfunktion). Über den chart-Kanal besteht die Möglichkeit, auf die aktuellen Charts Zugriff zu nehmen. Der Nutzer kann sich auch aus einem Angebot von über 14.000 Titeln ein eigenes Programm zusammenstellen, das zum Hören heruntergeladen werden kann. Weiter bietet die Beklagte einen Karaoke-Kanal und die Möglichkeit, Grußkarten im Internet zu versenden an. Dabei besteht für einfache Nutzer nur die Möglichkeit, einzelne der angebotenen 25 Kanäle zu nutzen, während für die so genannten Unlimited User gegen ein monatliches Entgelt in Höhe von 3 € (nach den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten verlängert sich diese Nutzungsbefugnis um jeweils einen Monat bei nicht rechtzeitiger Kündigung) eine uneingeschränkte Nutzungsmöglichkeit eröffnet wird (Anlage K 2).

Die Klägerin beanstandet, das von der Beklagten im Internet beworbene und durchgeführte Gewinnspiel (Anlage K 1), an dem nur so genannte Unlimited User teilnehmen können, als wettbewerbswidrig gemäß § 1 UWG, weil es mit dem entgeltlichen Absatz von Dienstleistungen gekoppelt sei. Es werde ein tatsächlicher Kaufzwang ausgeübt, da nur diejenigen Interessenten, die sich als Unlimited User registrieren ließen (Vertragsbedingungen in Anlage K 2 und B 4), die Möglichkeit hätten, an dem Gewinnspiel teil zu nehmen. Diese Kundengewinnungsmaßnahme beinhalte auch eine wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs. Zu ihrer Prozessführungsbefugnis verweist die Klägerin auf die Mitgliedschaft aller Wettbewerber der Beklagten (Betreiber von Internet-Radios, Anlage K 5 und K 6; Radiostationen u.a.) bei den zuständigen Industrie- und Handelskammern, die wiederum bei ihr Mitglied seien.

Die Beklagte hat die Klagebefugnis der Klägerin bestritten, da es aufgrund ihres sehr spezifischen Programmangebots an Wettbewerbern fehle, die Mitglieder bei der Klägerin oder die Mitglieder bei der Klägerin anhörenden Verbänden seien. In der Sache

hat sie die Auffassung vertreten, dass ein wettbewerbswidriges Verhalten nicht vorliege. Sie veranstalte kein Gewinnspiel, wie die Klägerin meine, sondern ein Quizzspiel. Die anspruchsvollen Fragen aus dem Bereich der Musik (z.B. Anlage B 3) könnten nicht ohne gewisse Vorkenntnisse gelöst werden. Für die Teilnahme an der Endrunde sei es erforderlich, sich während eines Monats gegenüber den anderen Teilnehmern zu behaupten. Eine unlautere Kundengewinnung durch Warenkopplung liege nicht vor. Das Angebot richte sich an Nutzer, die ihre Entscheidung für die Beklagte bereits getroffen hätten. Das streitgegenständliche Wissensspiel stelle eine besondere Ausstattung ihres Angebots dar. Die Besucher ihrer Homepage würden nicht dazu veranlasst, anstandshalber den kostenpflichtigen Service der Beklagten in Anspruch zu nehmen. Die Ankündigung richte sich nicht in erster Linie an Erstbesucher oder an bisher nicht zahlende Besucher, sondern vor allem an die bereits vorhandenen „Unlimited User“. Der Personenkreis, der bisher nicht zu den Unlimited Usern gehöre, müsse zunächst abwägen, in welchem Verhältnis die Attraktivität und Nützlichkeit des Services im Verhältnis zu den Gewinnchancen stehe. Dabei könne bereits vor der Registrierung als Unlimited User ersehen werden, dass die Hürden für einen Gewinn sehr hoch seien, sodass nicht davon ausgegangen werden könne, dass sich noch nicht registrierte Besucher blindlings auf das Angebot einließen. Auch ein übertriebenes Anlocken liege nicht vor. Selbst wenn man von einem Wettbewerbsverstoß ausgehe, liege jedenfalls keine wesentliche Beeinträchtigung im Sinne von § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG vor.

Wegen der weiteren Einzelheiten sowie der in erster Instanz gestellten Anträge wird auf das angefochtene Urteil Bezug genommen, mit dem die Klage mangels Prozessführungsbefugnis der Klägerin als unzulässig abgewiesen wurde. Wegen der Begründung wird auf die Entscheidungsgründe des landgerichtlichen Urteils verwiesen.

Mit ihrer Berufung macht die Klägerin geltend, das Landgericht habe – unter Vernachlässigung, dass es sich bei § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG nunmehr um eine Frage der Begründetheit handele – verkannt, dass sich ihre Aktivlegitimation bereits ohne weiteres aus der Tatsache ergebe, dass ihr alle Industrie- und Handelskammern angehörten. Es gebe in Deutschland zahlreiche Rundfunkanbieter, die ihr Programm zumindest auch über das Internet ausstrahlten. Darüber hinaus gebe es zahlreiche sogenannte „Net only radios“, d.h. Anbieter, die ihr Programm allein über das Internet verbreiteten. Auch die herkömmlichen Rundfunk- und Hörfunkanstalten seien als Wettbewerber der Beklagten zu berücksichtigen. Die angegriffene Werbung verstoße gegen § 1 UWG, da das Gewinnspiel mit einem Dienstleistungsangebot gekoppelt sei. Die Teilnahme setze voraus, dass der teilnahmewillige Verbraucher ein Entgelt in Höhe von 3 € pro Monat an die Beklagte bezahle. Ein Großteil der angesprochenen Verbraucher werde der Verlockung nicht widerstehen können und den Monatsbeitrag in Kauf nehmen, um an dem attraktiven Gewinnspiel teilnehmen zu können,

was zu einer ganz erheblichen Wettbewerbsverzerrung führe. An dieser Beurteilung habe der BGH auch in der Entscheidung „Gewinnspiel im Radio“ festgehalten.

Die Klägerin beantragt, unter Aufhebung des angefochtenen Urteils, die Beklagte zu verurteilen,

1. es bei Meidung näher bezeichneter Ordnungsmittel zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs ein Gewinnspiel anzukündigen mit der Aussage:

„Klick dich zum [Unlimited User] aufgepasst: Täglich mitmachen, Wissen beweisen und Cyberpoints sammeln! Der Beste fährt bald mit einem [Unlimited User] davon. Mitmachen bei unserem neuen Entertainment-Quiz KNOW'N' WIN lohnt sich also in jedem Fall. Die sechs Monatsbesten laden wir am Ende eines Halbjahres zum ultimativen Finale nach [Unlimited User] ein – der Gewinner zockt einen [Unlimited User] im Wert von ca. DM [Unlimited User] - ab! Aber auch die anderen fünf gehen nicht leer aus: Von der Traumreise von [Unlimited User] im Wert von DM [Unlimited User] - bis hin zum Hi-Tech-PC ist für „Trost“preise gesorgt!“

wenn dabei die Teilnahme am Gewinnspiel vom Abschluß eines Vertrags über entgeltpflichtige Dienstleistungen der Beklagten abhängig gemacht wird, und/oder so angekündigte Gewinnspiele durchzuführen und/oder die Preise zu gewähren.

2. an die Klägerin 175,06 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz gemäß § 247 BGB seit dem 16.1.2002 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt die angefochtene Entscheidung. Weiter vertieft sie ihr Vorbringen zur Zulässigkeit des bis Ende Juni 2002 durchgeführten Gewinnspiels. Soweit der Klageantrag auf das Verbot des Gewährens der Preise abziele, bestehe dafür keine Rechtsgrundlage. Jedenfalls sei er zu weit, da ein Verstoß allenfalls in Bezug auf solche Teilnehmer vorliegen könne, die noch nicht registrierte Benutzer gewesen seien.

II.

Die zulässige Berufung bleibt in der Sache ohne Erfolg. Die Klage ist zulässig; die fehlende örtliche Zuständigkeit des Landgerichts München I – die gewerbliche Niederlassung der Beklagten (§ 24 Abs. 1 Satz 1 UWG) liegt nicht im Gerichtsbezirk, die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 24 Abs. 2 UWG liegen nicht vor – ist für das Berufungsverfahren ohne Bedeutung (§ 513 Abs. 2 ZPO). Der Klägerin stehen die geltend gemachten Ansprüche auf Unterlassung und Erstattung der Abmahnkosten jedoch nicht zu.

1. Zu Recht wendet sich die Berufung allerdings gegen die Verneinung der Prozessführungsbefugnis der Klägerin. Ob der Regelung in § 13 Abs. 2 UWG eine Doppelnatur zukommt oder ob es sich ausschließlich um eine Frage der Sachbefugnis handelt (vgl. Köhler/Piper, UWG, 3. Aufl., § 13 Rdn. 4 mwN; BGH WRP 2003, 87 = NJW 2003, 290 – Anspruchsberechtigung von Wirtschaftsverbänden – zu § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 UKlaG), kann dahinstehen.

a. Ein Unterlassungsanspruch (§ 1 UWG) kann gemäß § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG von rechtsfähigen Verbänden zur Förderung von gewerblichen Interessen geltend gemacht werden, soweit ihnen eine erhebliche Zahl von Gewerbetreibenden angehört, die Waren oder gewerbliche Leistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt vertreiben, soweit sie insbesondere nach ihrer personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung imstande sind, ihre satzungsgemäßen Aufgaben der Verfolgung gewerblicher Interessen tatsächlich wahrzunehmen, und soweit der Anspruch eine Handlung betrifft, die geeignet ist, den Wettbewerb auf diesem Markt wesentlich zu beeinträchtigen. Die danach zu fordernden (mittelbaren) Mitglieder der Klägerin müssen Waren oder gewerbliche Leistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt vertreiben. Ausreichend ist, wenn die Mitgliedsunternehmen eine nicht gänzlich unbedeutende (potentielle) Beeinträchtigung durch die Wettbewerbsmaßnahme mit einer gewissen – sei es auch nur geringen – Wahrscheinlichkeit zu befürchten haben (vgl. Köhler/Piper, § 13 Rdn. 21, 13 mwN).

b. Soweit das Landgericht (LGU 9 f) davon ausgeht, angesichts des spezifischen Leistungsangebots der Beklagten fehle es an diesem Merkmal, liegt dem ein zu enges Verständnis zugrunde, wie der Senat bereits im Beschluss vom 15.4.2002 – 29 W 1528/02, S. 4 (von der Beklagten als Anlage zum Schriftsatz vom 16.8.2002 vorgelegt) in anderem Zusammenhang ausgeführt hat, da die beanstandete Verhaltensweise sehr wohl geeignet ist, sich zu Lasten von Anbietern anderer Unterhaltungsprogramme (Radiosender, die ihr Programm auch über Internet ausstrahlen) auszuwirken und zwar nicht nur in Bezug auf die Nachfrage von Seiten der Nutzer sondern als Folge davon auch in Bezug auf die Nachfrage von Seiten Werbung betreibender Un-

ternehmen. Ob solche Unternehmen selbst (unmittelbar) Mitglied bei der Klägerin sind, ist ohne Bedeutung, da die Klagebefugnis der Klägerin nach der ständigen Rechtsprechung des BGH aus der Mitgliedschaft aller Industrie- und Handelskammern folgt. So wurde in einer Vielzahl von Fällen allein aufgrund dieser Mitgliedschaft bei der Klägerin (bzw. beim Schutzverband gegen Wirtschaftskriminalität) die Klagebefugnis bejaht, ohne die (gesetzliche) Mitgliederstruktur der Industrie- und Handelskammern zu erörtern (BGH GRUR 1995, 122 – Laienwerbung für Augenoptiker; GRUR 1997, 933, 934 – EP; GRUR 1995, 358, 359 – Folgeverträge II; GRUR 1998, 417, 418 – Selbsternannter Sachverständiger; weitere Nachweise bei Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 8. Aufl., Kap. 13 Rdn. 30 c Fn 159; Köhler/Piper, § 13 Rdn. 21). Dies beruht auf dem Umstand, dass die Klagebefugnis der Industrie- und Handelskammern bzw. Handwerkskammern gemäß § 13 Abs. 2 Nr. 4 UWG einschränkungslos gegeben ist und diese im Wege der Mitgliedschaft auch der Klägerin vermittelt wird (so auch Köhler/Piper, § 21 Rdn. 21 zur mittelbaren Verbandszugehörigkeit; Teplitzky, Kap. 13 Rdn. 30 c, der die Rechtsprechung dahingehend zusammenfasst, dass der BGH die Klagebefugnis der hiesigen Klägerin „für den gesamten Bereich Deutschlands und für alle sachlichen Bereiche“ anerkannt habe).

2. Die Klägerin wendet sich mit ihrem in der Berufungsinstanz neu gefassten Klageantrag gegen die Ankündigung des Gewinnspiels, dessen Durchführung sowie gegen die Gewährung der ausgelobten Preise.

Hinsichtlich des auf das Gewähren der Preise abzielenden Verbots ist die Klage bereits deshalb unbegründet, da das Gewähren der Preise unabhängig von der rechtlichen Zulässigkeit der Ankündigung und des Durchführens des Gewinnspiels nicht als sittenwidrig (§ 1 UWG) angesehen werden kann, wie bereits in der Verfügung vom 18.11.2002 ausgeführt wurde. Denn entgegen der Auffassung der Klägerin ist mit dem Gewähren der Preise nicht ohne weiteres ein Ausnutzen oder ein Fortwirken der als Verstoß gegen § 1 UWG beanstandeten Werbung und Durchführung verbunden. So kann die von der Klägerin beanstandete Koppelung zwischen dem Gewinnspiel und dem entgeltlichen Absatz des Dienstleistungsangebots die Interessen eines Teilnehmers an dem Gewinnspiel, der bereits zum Zeitpunkt der Werbung für das Gewinnspiel Unlimited User war, nicht beeinträchtigt haben. Diesem den Gewinn zu versagen, wäre somit nicht zu rechtfertigen, da es an einer Fortwirkung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens fehlt (vgl. hierzu auch BGH GRUR 2002, 979, 982 li. Sp. unter 3. – Koppelungsangebot II). Dies bedarf aber keiner weiteren Erörterung, da auch die Werbung und die Durchführung des Gewinnspiels nicht unlauter im Sinne von § 1 UWG ist.

a. Nach der Rechtsprechung sind zu Zwecken des Wettbewerbs veranstaltete Gewinnverlosungen grundsätzlich zulässig. Nur wenn besondere Umstände vorliegen, die den Vorwurf der Sittenwidrigkeit begründen, können sie als wettbewerbswidrig gemäß § 1 UWG untersagt werden. Besondere Umstände, die die Annahme der Sittenwidrigkeit rechtfertigen, können in der Koppelung des Warenabsatzes mit der Teilnahme an dem Gewinnspiel, in einem psychischen Kaufzwang, in einer Irreführung des Publikums über die Gewinnchancen oder in einem übertriebenen Anlocken bestehen (BGH WRP 2002, 1136, 1137 mwN = GRUR 2002, 1003, 1004 – Gewinnspiel im Radio). Danach darf die Teilnahme an einem Gewinnspiel nicht mit dem Warenabsatz verkoppelt werden, wenn durch diese Koppelung die angesprochenen Personen verleitet werden können, ihre wirtschaftlichen Entschlüsse nicht im Hinblick auf die Eigenschaften und Preise der Waren, sondern im Hinblick auf sachfremde Motive zu treffen. Das ist in der Rechtsprechung bei Preisausschreiben im Versandhandel für den Fall angenommen worden, dass die Möglichkeit der Teilnahme an einem Gewinnspiel mit einer Bestellung gekoppelt worden war, weil dann die Gefahr bestehe, dass die Bestellung in der Hoffnung auf den ausgesetzten Gewinn erfolge (BGH GRUR 1989, 434, 436 – Gewinnspiel I; vgl. auch WRP 1998, 724, 726 re. Sp. – Rubbelaktion).

b. Wie der Senat bereits im Beschluss vom 15.4.2002 (aaO S. 3) ausgeführt hat, wendet sich die Klägerin mit dem Gewinnspiel allerdings nicht nur an bereits vorhandene Unlimited User, da die Werbung auch geeignet ist, bisherige einfache Nutzer oder sonstige Interessenten dazu zu veranlassen, sich als Unlimited User bei der Beklagten registrieren zu lassen. Dies verkennt auch die Beklagte nicht, die, anders als noch in erster Instanz, das Gewinnspiel nicht mehr als bloße Kundenbindungsmaßnahme in Bezug auf die bereits vorhandene Unlimited User ansieht.

aa. Dieses Gewinnspiel ist aber, ebenso wie bei der Entscheidung „Gewinnspiel im Radio“, zum Inhalt der von der Beklagten angebotenen Leistung zu rechnen, wobei die Beklagte gegenüber einfachen Usern, die nur in sehr beschränktem Umfang unentgeltlich auf das Internetangebot zugreifen können und Unlimited Usern, die das Angebot vollumfänglich gegen eine monatliche Gebühr in Höhe von 3 € nutzen können, unterschiedliche Leistungen anbietet. Wie auch die Klägerin nicht in Zweifel zieht, ist das Gewinnspiel der Beklagten nicht von der entgeltlich angebotenen Leistung der Beklagten zu trennen. Das Gewinnspiel war derart ausgestaltet, dass sich die Teilnehmer als Monatsbeste für die Endrunde qualifizieren konnten. Hierzu mussten überwiegend Wissensfragen aus dem Bereich der Musik beantwortet werden (Klagerwidmung S. 6; Anlage B 3). Insoweit verhält es sich nicht anders als bei den im Rundfunk und Fernsehen weit verbreiteten Gewinnspielen, die vom BGH als Bestandteil des Unterhaltungsprogramms eingestuft wurden. Derartige Gewinnspiele bestimmen somit die Attraktivität der angebotenen Leistung mit, sodass die damit

verbunden Anlockwirkung und folglich die Entschließung, sich als Unlimited User (erstmalig) registrieren zu lassen bzw. eine bereits bestehende Registrierung zu verlängern, für sich genommen nicht als sittenwidrig qualifiziert werden kann (vgl. BGH aaO S. 1138 – Gewinnspiel im Radio).

bb. Dementsprechend stellt auch die Klägerin nicht auf die von den ausgelobten Preisen ausgehende Anlockwirkung ab, sondern sieht das die Unlauterkeit begründende Kriterium allein in dem Umstand, dass nur Unlimited User an dem Gewinnspiel teilnehmen können und diese Möglichkeit erst nach Abschluss eines entsprechenden entgeltlichen Vertrages erhalten. Darin sieht sie – so ihre Ausführungen im Termin vor dem Senat – eine verschleierte Koppelung zwischen Gewinnspiel und dem Warenabsatz im Sinne der vorgenannten Entscheidung des BGH, wonach „auch in einem solchen Fall Umstände vorliegen (können), die die Unlauterkeit begründen, wie sie etwa bei einer Irreführung über die Gewinnchancen, in einer verschleierten Koppelung mit dem Warenabsatz oder in der Behinderung kleinerer Mitbewerber liegen“ (aaO S. 1138 – Gewinnspiel im Radio). Dieser Betrachtungsweise kann nicht beigegeben werden.

Eine verschleierte Koppelung mit dem Warenabsatz war z.B. Gegenstand der Entscheidungen BGH WRP 1976, 100, 101 – Mars und GRUR 1989, 434, 436 – Gewinnspiel I. In letzterem Fall war die Gewinnausgabe mit einer Warenbestellung gekoppelt worden, da die Gewinner den Warengutschein in Höhe von DM 5,- nur dann voll realisieren konnten, wenn sie eine Bestellung im Warenwert von DM 25,- tätigten, da sie anderenfalls mit einem Portoanteil in Höhe von DM 2,- belastet wurde. In der Entscheidung „Mars“ wurde das Sammeln der Warenverpackungen, was einen Kauf entsprechender Produkte voraussetzte, als für den angesprochenen Verkehr naheliegendere und erfolgversprechendere Handhabung angesehen als die Möglichkeit, die Bezeichnung Mars 20 mal in roten Blockbuchstaben aufzuschreiben.

Derartige Maßnahmen von Seiten der Beklagten sind nicht dargetan und auch sonst nicht ersichtlich. Die Werbung für das Gewinnspiel lässt bei dem angesprochenen Verkehrskreis, einem durchschnittlich informierten, verständigen Verbraucher (vgl. zuletzt BGH, Urt. v. 28.11.2002 – I ZR 110/00 – Preis ohne Monitor, mwN) keinen Zweifel daran, dass nur Unlimited User sich an dem Gewinnspiel beteiligen können. D.h. auch diejenigen Interessenten, die noch nicht Unlimited User sind, werden ohne Schwierigkeiten erfassen, dass sie, um den Status eines Unlimited User zu erreichen, eine monatliche Nutzungsgebühr in Höhe von 3 € aufwenden müssen. Wenn die Klägerin die Nutzungsgebühr (im Termin als „Eintrittsgeld“ bezeichnet) als solche als verschleierte Koppelung im Sinne der BGH-Entscheidung gewertet wissen will, stellt sie damit letztlich, wie bereits in ihrer Abmahnung und in der Klageschrift (S. 3 unter 3.), wieder darauf ab, dass die Teilnahme an dem Gewinnspiel mit der Inan-

spruchnahme einer entgeltlichen Dienstleistung gekoppelt ist. Einer derartigen Sichtweise steht jedoch – wie vorstehend ausgeführt – entgegen, dass das Gewinnspiel als Bestandteil des Leistungsangebots zu qualifizieren ist und nicht wie in den sonstigen Fällen der Koppelung mit einem Warenabsatz (vgl. z.B. OLG Hamburg Magazindienst 2002, 866, 871) als ein neben dem Leistungsangebot stehendes Gewinnspiel.

cc. Die gegenteilige Betrachtungsweise der Klägerin kann auch nicht auf § 4 Nr. 7 des Referentenentwurfs zur Neufassung des UWG (Stand 23.1.2003; von der Klägerin auszugsweise vorgelegt mit dem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 31.1.2003; abrufbar auch im Internet unter www.bmj.bund.de) gestützt werden, selbst wenn man dabei zugunsten der Klägerin unterstellt, dass es sich dabei lediglich um eine Kodifizierung der derzeitigen Rechtslage handelt. Als Regelbeispiel eines unlauteren Wettbewerbs wird es danach angesehen, wenn die Teilnahme von Verbrauchern an einem Preisausschreiben oder Gewinnspiel von dem Erwerb einer Ware oder der Inanspruchnahme einer Dienstleistung abhängig gemacht wird, es sei denn, das Preisausschreiben oder Gewinnspiel ist naturgemäß mit dem Produkt oder der Dienstleistung verbunden. Damit soll, wie aus der dazu gegebenen Begründung (aaO S. 34 f) ersichtlich, die bisherige Rechtsprechung zu § 1 UWG übernommen werden (in den Gutachten von Fezer, WRP 2001, 989 ff und von Schricker/Henning-Bodewig, WRP 2001, 1367 ff sowie dem Vorschlag von Köhler/Bornkamm/Henning-Bodewig, WRP 2002, 1317, auf die sich der Referentenentwurf stützt, wird diese Problematik nicht unter einer eigenen Fallgruppe behandelt):

„In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung zu § 1 UWG a.F. ist es nach dem Tatbestand der Nummer 7 wettbewerbswidrig, wenn die Teilnahme an einem Preisausschreiben oder Gewinnspiel in irgendeiner Form mit dem Warenabsatz oder der Inanspruchnahme einer Dienstleistung verkoppelt wird. Die Wettbewerbswidrigkeit wird dadurch begründet, dass die Maßnahme darauf abzielt, die Spiellust auszunutzen und das Urteil des Verbrauchers hierdurch zu trüben...“

Wie die Einschränkung „es sei denn ...“ zu verstehen ist, wird ebenfalls erläutert:

„Nicht erfasst werden vom Tatbestand der Nummer 7 Fälle, in denen man ein Gewinnspiel oder ein Preisausschreiben gar nicht veranstalten kann, ohne dass der Kauf der Ware oder die Inanspruchnahme der Dienstleistung erforderlich ist. Dies gilt etwa im Falle eines in einer Zeitschrift abgedruckten Preisrätsels. Gerade bei Printmedien ist diese Form der Werteklame seit längerem im Markt eingeführt und kann schon deshalb nicht generell als unlauter angesehen werden. Dies schließt indes eine Bewertung als unlauter im Einzel-

fall nicht aus, so etwa, wenn die Kaufentscheidung durch unangemessen hohe Gewinne unsachgemäß beeinflusst werden wird.“


Diese Ausnahme („... naturgemäß mit dem Produkt oder der Dienstleistung verbunden;“) bezieht sich somit auf Fallgestaltungen, wie sie bereits im Termin unter Hinweis auf das „Rätselrennen“ der Süddeutschen Zeitung erörtert wurden, bei denen das Gewinnspiel zum Bestandteil des Leistungsangebots wird. Bei einem Gewinnspiel im Radio, wie es Gegenstand der bereits mehrfach erörterten Entscheidung des BGH war, sowie bei dem vorliegenden Gewinnspiel, das sich ebenfalls als Bestandteil des von der Beklagten angebotenen Unterhaltungsprogramms darstellt, ist eine hiervon abweichende Einordnung nicht zu rechtfertigen.

c. Auch sonstige Umstände, die geeignet sein könnten, die Ankündigung und die Durchführung des Gewinnspiels als unlauter erscheinen zu lassen, sind weder dargelegt noch sonst ersichtlich.


3. Steht der Klägerin der geltend gemacht Unterlassungsanspruch nicht zu; kann sie auch die Erstattung der für die Abmahnung aufgewendeten Kosten unter dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag nicht verlangen.

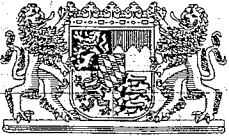
4. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung hinsichtlich der vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10, § 711 Satz 1 ZPO.

Die Revision war nicht zuzulassen, da der Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung (§ 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO) zukommt und auch die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO nicht vorliegen (vgl. hierzu BGH NJW 2003, 65 ff).


Vorsitzender Richter


am Oberlandesgericht


Richter



OBERLANDESGERICHT MÜNCHEN

Aktenzeichen: 29 U 4850/02
Landgericht München I 4 HKO 4581/02

Verkündet am 20.2.2003
Die Urkundsbeamtin:

Justizangestellte
[REDACTED]

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Verfahren

[REDACTED], vertreten durch den Geschäftsführer [REDACTED]

- Klägerin und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED]

gegen

[REDACTED], vertreten durch den Vorstand [REDACTED]

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED]

hat der 29. Zivilsenat des Oberlandesgerichts München durch den Vorsitzenden Richter [REDACTED] und die Richter [REDACTED] und [REDACTED] aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 23.1.2003

für Recht erkannt:

1. Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts München I vom 5.9.2002 – 4 HKO 4581/02 – wird zurückgewiesen.
2. Die Klägerin hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung durch die Beklagte durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % der zu vollstreckenden Kosten abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe:

(gemäß § 540 Abs. 1 ZPO)

I.

Die Klägerin, die [REDACTED], nimmt die Beklagte, die ein Internetradio betreibt, auf Unterlassung und Erstattung von Abmahnkosten in Anspruch.

Die Beklagte sendet im Internet ein Musikprogramm, in das sich die registrierten Benutzer einwählen können – gleichzeitig maximal 1.000 Nutzer. Hierbei kann auch eine Pausenfunktion genutzt werden, d.h. das Programm kann beliebig unterbrochen und an gleicher Stelle wieder fortgesetzt werden. Es können auch einzelne Titel übersprungen werden (Skipfunktion). Über den chart-Kanal besteht die Möglichkeit, auf die aktuellen Charts Zugriff zu nehmen. Der Nutzer kann sich auch aus einem Angebot von über 14.000 Titeln ein eigenes Programm zusammenstellen, das zum Hören heruntergeladen werden kann. Weiter bietet die Beklagte einen Karaoke-Kanal und die Möglichkeit, Grußkarten im Internet zu versenden an. Dabei besteht für einfache Nutzer nur die Möglichkeit, einzelne der angebotenen 25 Kanäle zu nutzen, während für die so genannten Unlimited User gegen ein monatliches Entgelt in Höhe von 3 € (nach den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten verlängert sich diese Nutzungsbefugnis um jeweils einen Monat bei nicht rechtzeitiger Kündigung) eine uneingeschränkte Nutzungsmöglichkeit eröffnet wird (Anlage K 2).

Die Klägerin beanstandet, das von der Beklagten im Internet beworbene und durchgeführte Gewinnspiel (Anlage K 1), an dem nur so genannte Unlimited User teilnehmen können, als wettbewerbswidrig gemäß § 1 UWG, weil es mit dem entgeltlichen Absatz von Dienstleistungen gekoppelt sei. Es werde ein tatsächlicher Kaufzwang ausgeübt, da nur diejenigen Interessenten, die sich als Unlimited User registrieren ließen (Vertragsbedingungen in Anlage K 2 und B 4), die Möglichkeit hätten, an dem Gewinnspiel teil zu nehmen. Diese Kundengewinnungsmaßnahme beinhalte auch eine wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs. Zu ihrer Prozessführungsbefugnis verweist die Klägerin auf die Mitgliedschaft aller Wettbewerber der Beklagten (Betreiber von Internet-Radios, Anlage K 5 und K 6; Radiostationen u.a.) bei den zuständigen Industrie- und Handelskammern, die wiederum bei ihr Mitglied seien.

Die Beklagte hat die Klagebefugnis der Klägerin bestritten, da es aufgrund ihres sehr spezifischen Programmangebots an Wettbewerbern fehle, die Mitglieder bei der Klägerin oder die Mitglieder bei der Klägerin anhörenden Verbänden seien. In der Sache

hat sie die Auffassung vertreten, dass ein wettbewerbswidriges Verhalten nicht vorliege. Sie veranstalte kein Gewinnspiel, wie die Klägerin meine, sondern ein Quizzspiel. Die anspruchsvollen Fragen aus dem Bereich der Musik (z.B. Anlage B 3) könnten nicht ohne gewisse Vorkenntnisse gelöst werden. Für die Teilnahme an der Endrunde sei es erforderlich, sich während eines Monats gegenüber den anderen Teilnehmern zu behaupten. Eine unlautere Kundengewinnung durch Warenkopplung liege nicht vor. Das Angebot richte sich an Nutzer, die ihre Entscheidung für die Beklagte bereits getroffen hätten. Das streitgegenständliche Wissensspiel stelle eine besondere Ausstattung ihres Angebots dar. Die Besucher ihrer Homepage würden nicht dazu veranlasst, anstandshalber den kostenpflichtigen Service der Beklagten in Anspruch zu nehmen. Die Ankündigung richte sich nicht in erster Linie an Erstbesucher oder an bisher nicht zahlende Besucher, sondern vor allem an die bereits vorhandenen „Unlimited User“. Der Personenkreis, der bisher nicht zu den Unlimited Usern gehöre, müsse zunächst abwägen, in welchem Verhältnis die Attraktivität und Nützlichkeit des Services im Verhältnis zu den Gewinnchancen stehe. Dabei könne bereits vor der Registrierung als Unlimited User ersehen werden, dass die Hürden für einen Gewinn sehr hoch seien, sodass nicht davon ausgegangen werden könne, dass sich noch nicht registrierte Besucher blindlings auf das Angebot einließen. Auch ein übertriebenes Anlocken liege nicht vor. Selbst wenn man von einem Wettbewerbsverstoß ausgehe, liege jedenfalls keine wesentliche Beeinträchtigung im Sinne von § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG vor.

Wegen der weiteren Einzelheiten sowie der in erster Instanz gestellten Anträge wird auf das angefochtene Urteil Bezug genommen, mit dem die Klage mangels Prozessführungsbefugnis der Klägerin als unzulässig abgewiesen wurde. Wegen der Begründung wird auf die Entscheidungsgründe des landgerichtlichen Urteils verwiesen.

Mit ihrer Berufung macht die Klägerin geltend, das Landgericht habe – unter Vernachlässigung, dass es sich bei § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG nunmehr um eine Frage der Begründetheit handele – verkannt, dass sich ihre Aktivlegitimation bereits ohne weiteres aus der Tatsache ergebe, dass ihr alle Industrie- und Handelskammern angehörten. Es gebe in Deutschland zahlreiche Rundfunkanbieter, die ihr Programm zumindest auch über das Internet ausstrahlten. Darüber hinaus gebe es zahlreiche sogenannte „Net only radios“, d.h. Anbieter, die ihr Programm allein über das Internet verbreiteten. Auch die herkömmlichen Rundfunk- und Hörfunkanstalten seien als Wettbewerber der Beklagten zu berücksichtigen. Die angegriffene Werbung verstoße gegen § 1 UWG, da das Gewinnspiel mit einem Dienstleistungsangebot gekoppelt sei. Die Teilnahme setze voraus, dass der teilnahmewillige Verbraucher ein Entgelt in Höhe von 3 € pro Monat an die Beklagte bezahle. Ein Großteil der angesprochenen Verbraucher werde der Verlockung nicht widerstehen können und den Monatsbeitrag in Kauf nehmen, um an dem attraktiven Gewinnspiel teilnehmen zu können,

was zu einer ganz erheblichen Wettbewerbsverzerrung führe. An dieser Beurteilung habe der BGH auch in der Entscheidung „Gewinnspiel im Radio“ festgehalten.

Die Klägerin beantragt, unter Aufhebung des angefochtenen Urteils, die Beklagte zu verurteilen,

1. es bei Meidung näher bezeichneter Ordnungsmittel zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs ein Gewinnspiel anzukündigen mit der Aussage:

„Klick dich zum [Unlimited User] aufgepasst: Täglich mitmachen, Wissen beweisen und Cyberpoints sammeln! Der Beste fährt bald mit einem [Unlimited User] davon. Mitmachen bei unserem neuen Entertainment-Quiz KNOW'N' WIN lohnt sich also in jedem Fall. Die sechs Monatsbesten laden wir am Ende eines Halbjahres zum ultimativen Finale nach [Unlimited User] ein – der Gewinner zockt einen [Unlimited User] im Wert von ca. DM [Unlimited User] - ab! Aber auch die anderen fünf gehen nicht leer aus: Von der Traumreise von [Unlimited User] im Wert von DM [Unlimited User] - bis hin zum Hi-Tech-PC ist für „Trost“preise gesorgt!“

wenn dabei die Teilnahme am Gewinnspiel vom Abschluß eines Vertrags über entgeltpflichtige Dienstleistungen der Beklagten abhängig gemacht wird, und/oder so angekündigte Gewinnspiele durchzuführen und/oder die Preise zu gewähren.

2. an die Klägerin 175,06 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz gemäß § 247 BGB seit dem 16.1.2002 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt die angefochtene Entscheidung. Weiter vertieft sie ihr Vorbringen zur Zulässigkeit des bis Ende Juni 2002 durchgeführten Gewinnspiels. Soweit der Klageantrag auf das Verbot des Gewährens der Preise abziele, bestehe dafür keine Rechtsgrundlage. Jedenfalls sei er zu weit, da ein Verstoß allenfalls in Bezug auf solche Teilnehmer vorliegen könne, die noch nicht registrierte Benutzer gewesen seien.

II.

Die zulässige Berufung bleibt in der Sache ohne Erfolg. Die Klage ist zulässig; die fehlende örtliche Zuständigkeit des Landgerichts München I – die gewerbliche Niederlassung der Beklagten (§ 24 Abs. 1 Satz 1 UWG) liegt nicht im Gerichtsbezirk, die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 24 Abs. 2 UWG liegen nicht vor – ist für das Berufungsverfahren ohne Bedeutung (§ 513 Abs. 2 ZPO). Der Klägerin stehen die geltend gemachten Ansprüche auf Unterlassung und Erstattung der Abmahnkosten jedoch nicht zu.

1. Zu Recht wendet sich die Berufung allerdings gegen die Verneinung der Prozessführungsbefugnis der Klägerin. Ob der Regelung in § 13 Abs. 2 UWG eine Doppelnatur zukommt oder ob es sich ausschließlich um eine Frage der Sachbefugnis handelt (vgl. Köhler/Piper, UWG, 3. Aufl., § 13 Rdn. 4 mwN; BGH WRP 2003, 87 = NJW 2003, 290 – Anspruchsberechtigung von Wirtschaftsverbänden – zu § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 UKlaG), kann dahinstehen.

a. Ein Unterlassungsanspruch (§ 1 UWG) kann gemäß § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG von rechtsfähigen Verbänden zur Förderung von gewerblichen Interessen geltend gemacht werden, soweit ihnen eine erhebliche Zahl von Gewerbetreibenden angehört, die Waren oder gewerbliche Leistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt vertreiben, soweit sie insbesondere nach ihrer personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung imstande sind, ihre satzungsgemäßen Aufgaben der Verfolgung gewerblicher Interessen tatsächlich wahrzunehmen, und soweit der Anspruch eine Handlung betrifft, die geeignet ist, den Wettbewerb auf diesem Markt wesentlich zu beeinträchtigen. Die danach zu fordernden (mittelbaren) Mitglieder der Klägerin müssen Waren oder gewerbliche Leistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt vertreiben. Ausreichend ist, wenn die Mitgliedsunternehmen eine nicht gänzlich unbedeutende (potentielle) Beeinträchtigung durch die Wettbewerbsmaßnahme mit einer gewissen – sei es auch nur geringen – Wahrscheinlichkeit zu befürchten haben (vgl. Köhler/Piper, § 13 Rdn. 21, 13 mwN).

b. Soweit das Landgericht (LGU 9 f) davon ausgeht, angesichts des spezifischen Leistungsangebots der Beklagten fehle es an diesem Merkmal, liegt dem ein zu enges Verständnis zugrunde, wie der Senat bereits im Beschluss vom 15.4.2002 – 29 W 1528/02, S. 4 (von der Beklagten als Anlage zum Schriftsatz vom 16.8.2002 vorgelegt) in anderem Zusammenhang ausgeführt hat, da die beanstandete Verhaltensweise sehr wohl geeignet ist, sich zu Lasten von Anbietern anderer Unterhaltungsprogramme (Radiosender, die ihr Programm auch über Internet ausstrahlen) auszuwirken und zwar nicht nur in Bezug auf die Nachfrage von Seiten der Nutzer sondern als Folge davon auch in Bezug auf die Nachfrage von Seiten Werbung betreibender Un-

ternehmen. Ob solche Unternehmen selbst (unmittelbar) Mitglied bei der Klägerin sind, ist ohne Bedeutung, da die Klagebefugnis der Klägerin nach der ständigen Rechtsprechung des BGH aus der Mitgliedschaft aller Industrie- und Handelskammern folgt. So wurde in einer Vielzahl von Fällen allein aufgrund dieser Mitgliedschaft bei der Klägerin (bzw. beim Schutzverband gegen Wirtschaftskriminalität) die Klagebefugnis bejaht, ohne die (gesetzliche) Mitgliederstruktur der Industrie- und Handelskammern zu erörtern (BGH GRUR 1995, 122 – Laienwerbung für Augenoptiker; GRUR 1997, 933, 934 – EP; GRUR 1995, 358, 359 – Folgeverträge II; GRUR 1998, 417, 418 – Selbsternannter Sachverständiger; weitere Nachweise bei Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 8. Aufl., Kap. 13 Rdn. 30 c Fn 159; Köhler/Piper, § 13 Rdn. 21). Dies beruht auf dem Umstand, dass die Klagebefugnis der Industrie- und Handelskammern bzw. Handwerkskammern gemäß § 13 Abs. 2 Nr. 4 UWG einschränkungslos gegeben ist und diese im Wege der Mitgliedschaft auch der Klägerin vermittelt wird (so auch Köhler/Piper, § 21 Rdn. 21 zur mittelbaren Verbandszugehörigkeit; Teplitzky, Kap. 13 Rdn. 30 c, der die Rechtsprechung dahingehend zusammenfasst, dass der BGH die Klagebefugnis der hiesigen Klägerin „für den gesamten Bereich Deutschlands und für alle sachlichen Bereiche“ anerkannt habe).

2. Die Klägerin wendet sich mit ihrem in der Berufungsinstanz neu gefassten Klageantrag gegen die Ankündigung des Gewinnspiels, dessen Durchführung sowie gegen die Gewährung der ausgelobten Preise.

Hinsichtlich des auf das Gewähren der Preise abzielenden Verbots ist die Klage bereits deshalb unbegründet, da das Gewähren der Preise unabhängig von der rechtlichen Zulässigkeit der Ankündigung und des Durchführens des Gewinnspiels nicht als sittenwidrig (§ 1 UWG) angesehen werden kann, wie bereits in der Verfügung vom 18.11.2002 ausgeführt wurde. Denn entgegen der Auffassung der Klägerin ist mit dem Gewähren der Preise nicht ohne weiteres ein Ausnutzen oder ein Fortwirken der als Verstoß gegen § 1 UWG beanstandeten Werbung und Durchführung verbunden. So kann die von der Klägerin beanstandete Koppelung zwischen dem Gewinnspiel und dem entgeltlichen Absatz des Dienstleistungsangebots die Interessen eines Teilnehmers an dem Gewinnspiel, der bereits zum Zeitpunkt der Werbung für das Gewinnspiel Unlimited User war, nicht beeinträchtigt haben. Diesem den Gewinn zu versagen, wäre somit nicht zu rechtfertigen, da es an einer Fortwirkung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens fehlt (vgl. hierzu auch BGH GRUR 2002, 979, 982 li. Sp. unter 3. – Koppelungsangebot II). Dies bedarf aber keiner weiteren Erörterung, da auch die Werbung und die Durchführung des Gewinnspiels nicht unlauter im Sinne von § 1 UWG ist.

a. Nach der Rechtsprechung sind zu Zwecken des Wettbewerbs veranstaltete Gewinnverlosungen grundsätzlich zulässig. Nur wenn besondere Umstände vorliegen, die den Vorwurf der Sittenwidrigkeit begründen, können sie als wettbewerbswidrig gemäß § 1 UWG untersagt werden. Besondere Umstände, die die Annahme der Sittenwidrigkeit rechtfertigen, können in der Koppelung des Warenabsatzes mit der Teilnahme an dem Gewinnspiel, in einem psychischen Kaufzwang, in einer Irreführung des Publikums über die Gewinnchancen oder in einem übertriebenen Anlocken bestehen (BGH WRP 2002, 1136, 1137 mwN = GRUR 2002, 1003, 1004 – Gewinnspiel im Radio). Danach darf die Teilnahme an einem Gewinnspiel nicht mit dem Warenabsatz verkoppelt werden, wenn durch diese Koppelung die angesprochenen Personen verleitet werden können, ihre wirtschaftlichen Entschlüsse nicht im Hinblick auf die Eigenschaften und Preise der Waren, sondern im Hinblick auf sachfremde Motive zu treffen. Das ist in der Rechtsprechung bei Preisausschreiben im Versandhandel für den Fall angenommen worden, dass die Möglichkeit der Teilnahme an einem Gewinnspiel mit einer Bestellung gekoppelt worden war, weil dann die Gefahr bestehe, dass die Bestellung in der Hoffnung auf den ausgesetzten Gewinn erfolge (BGH GRUR 1989, 434, 436 – Gewinnspiel I; vgl. auch WRP 1998, 724, 726 re. Sp. – Rubbelaktion).

b. Wie der Senat bereits im Beschluss vom 15.4.2002 (aaO S. 3) ausgeführt hat, wendet sich die Klägerin mit dem Gewinnspiel allerdings nicht nur an bereits vorhandene Unlimited User, da die Werbung auch geeignet ist, bisherige einfache Nutzer oder sonstige Interessenten dazu zu veranlassen, sich als Unlimited User bei der Beklagten registrieren zu lassen. Dies verkennt auch die Beklagte nicht, die, anders als noch in erster Instanz, das Gewinnspiel nicht mehr als bloße Kundenbindungsmaßnahme in Bezug auf die bereits vorhandene Unlimited User ansieht.

aa. Dieses Gewinnspiel ist aber, ebenso wie bei der Entscheidung „Gewinnspiel im Radio“, zum Inhalt der von der Beklagten angebotenen Leistung zu rechnen, wobei die Beklagte gegenüber einfachen Usern, die nur in sehr beschränktem Umfang unentgeltlich auf das Internetangebot zugreifen können und Unlimited Usern, die das Angebot vollumfänglich gegen eine monatliche Gebühr in Höhe von 3 € nutzen können, unterschiedliche Leistungen anbietet. Wie auch die Klägerin nicht in Zweifel zieht, ist das Gewinnspiel der Beklagten nicht von der entgeltlich angebotenen Leistung der Beklagten zu trennen. Das Gewinnspiel war derart ausgestaltet, dass sich die Teilnehmer als Monatsbeste für die Endrunde qualifizieren konnten. Hierzu mussten überwiegend Wissensfragen aus dem Bereich der Musik beantwortet werden (Klagerwidrigkeit S. 6; Anlage B 3). Insoweit verhält es sich nicht anders als bei den im Rundfunk und Fernsehen weit verbreiteten Gewinnspielen, die vom BGH als Bestandteil des Unterhaltungsprogramms eingestuft wurden. Derartige Gewinnspiele bestimmen somit die Attraktivität der angebotenen Leistung mit, sodass die damit

verbunden Anlockwirkung und folglich die Entschließung, sich als Unlimited User (erstmal) registrieren zu lassen bzw. eine bereits bestehende Registrierung zu verlängern, für sich genommen nicht als sittenwidrig qualifiziert werden kann (vgl. BGH aaO S. 1138 – Gewinnspiel im Radio).

bb. Dementsprechend stellt auch die Klägerin nicht auf die von den ausgelobten Preisen ausgehende Anlockwirkung ab, sondern sieht das die Unlauterkeit begründende Kriterium allein in dem Umstand, dass nur Unlimited User an dem Gewinnspiel teilnehmen können und diese Möglichkeit erst nach Abschluss eines entsprechenden entgeltlichen Vertrages erhalten. Darin sieht sie – so ihre Ausführungen im Termin vor dem Senat – eine verschleierte Koppelung zwischen Gewinnspiel und dem Warenabsatz im Sinne der vorgenannten Entscheidung des BGH, wonach „auch in einem solchen Fall Umstände vorliegen (können), die die Unlauterkeit begründen, wie sie etwa bei einer Irreführung über die Gewinnchancen, in einer verschleierten Koppelung mit dem Warenabsatz oder in der Behinderung kleinerer Mitbewerber liegen“ (aaO S. 1138 – Gewinnspiel im Radio). Dieser Betrachtungsweise kann nicht beigegeben werden.

Eine verschleierte Koppelung mit dem Warenabsatz war z.B. Gegenstand der Entscheidungen BGH WRP 1976, 100, 101 – Mars und GRUR 1989, 434, 436 – Gewinnspiel I. In letzterem Fall war die Gewinnausgabe mit einer Warenbestellung gekoppelt worden, da die Gewinner den Warengutschein in Höhe von DM 5,- nur dann voll realisieren konnten, wenn sie eine Bestellung im Warenwert von DM 25,- tätigten, da sie anderenfalls mit einem Portoanteil in Höhe von DM 2,- belastet wurde. In der Entscheidung „Mars“ wurde das Sammeln der Warenverpackungen, was einen Kauf entsprechender Produkte voraussetzte, als für den angesprochenen Verkehr naheliegendere und erfolgversprechendere Handhabung angesehen als die Möglichkeit, die Bezeichnung Mars 20 mal in roten Blockbuchstaben aufzuschreiben.

Derartige Maßnahmen von Seiten der Beklagten sind nicht dargetan und auch sonst nicht ersichtlich. Die Werbung für das Gewinnspiel lässt bei dem angesprochenen Verkehrskreis, einem durchschnittlich informierten, verständigen Verbraucher (vgl. zuletzt BGH, Urt. v. 28.11.2002 – I ZR 110/00 – Preis ohne Monitor, mwN) keinen Zweifel daran, dass nur Unlimited User sich an dem Gewinnspiel beteiligen können. D.h. auch diejenigen Interessenten, die noch nicht Unlimited User sind, werden ohne Schwierigkeiten erfassen, dass sie, um den Status eines Unlimited User zu erreichen, eine monatliche Nutzungsgebühr in Höhe von 3 € aufwenden müssen. Wenn die Klägerin die Nutzungsgebühr (im Termin als „Eintrittsgeld“ bezeichnet) als solche als verschleierte Koppelung im Sinne der BGH-Entscheidung gewertet wissen will, stellt sie damit letztlich, wie bereits in ihrer Abmahnung und in der Klageschrift (S. 3 unter 3.), wieder darauf ab, dass die Teilnahme an dem Gewinnspiel mit der Inan-

spruchnahme einer entgeltlichen Dienstleistung gekoppelt ist. Einer derartigen Sichtweise steht jedoch – wie vorstehend ausgeführt – entgegen, dass das Gewinnspiel als Bestandteil des Leistungsangebots zu qualifizieren ist und nicht wie in den sonstigen Fällen der Koppelung mit einem Warenabsatz (vgl. z.B. OLG Hamburg Magazindienst 2002, 866, 871) als ein neben dem Leistungsangebot stehendes Gewinnspiel.

cc. Die gegenteilige Betrachtungsweise der Klägerin kann auch nicht auf § 4 Nr. 7 des Referentenentwurfs zur Neufassung des UWG (Stand 23.1.2003; von der Klägerin auszugsweise vorgelegt mit dem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 31.1.2003; abrufbar auch im Internet unter www.bmj.bund.de) gestützt werden, selbst wenn man dabei zugunsten der Klägerin unterstellt, dass es sich dabei lediglich um eine Kodifizierung der derzeitigen Rechtslage handelt. Als Regelbeispiel eines unlauteren Wettbewerbs wird es danach angesehen, wenn die Teilnahme von Verbrauchern an einem Preisausschreiben oder Gewinnspiel von dem Erwerb einer Ware oder der Inanspruchnahme einer Dienstleistung abhängig gemacht wird, es sei denn, das Preisausschreiben oder Gewinnspiel ist naturgemäß mit dem Produkt oder der Dienstleistung verbunden. Damit soll, wie aus der dazu gegebenen Begründung (aaO S. 34 f) ersichtlich, die bisherige Rechtsprechung zu § 1 UWG übernommen werden (in den Gutachten von Fezer, WRP 2001, 989 ff und von Schricker/Henning-Bodewig, WRP 2001, 1367 ff sowie dem Vorschlag von Köhler/Bornkamm/Henning-Bodewig, WRP 2002, 1317, auf die sich der Referentenentwurf stützt, wird diese Problematik nicht unter einer eigenen Fallgruppe behandelt):

„In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung zu § 1 UWG a.F. ist es nach dem Tatbestand der Nummer 7 wettbewerbswidrig, wenn die Teilnahme an einem Preisausschreiben oder Gewinnspiel in irgendeiner Form mit dem Warenabsatz oder der Inanspruchnahme einer Dienstleistung verkoppelt wird. Die Wettbewerbswidrigkeit wird dadurch begründet, dass die Maßnahme darauf abzielt, die Spiellust auszunutzen und das Urteil des Verbrauchers hierdurch zu trüben...“

Wie die Einschränkung „es sei denn ...“ zu verstehen ist, wird ebenfalls erläutert:

„Nicht erfasst werden vom Tatbestand der Nummer 7 Fälle, in denen man ein Gewinnspiel oder ein Preisausschreiben gar nicht veranstalten kann, ohne dass der Kauf der Ware oder die Inanspruchnahme der Dienstleistung erforderlich ist. Dies gilt etwa im Falle eines in einer Zeitschrift abgedruckten Preisrätsels. Gerade bei Printmedien ist diese Form der Werteklame seit längerem im Markt eingeführt und kann schon deshalb nicht generell als unlauter angesehen werden. Dies schließt indes eine Bewertung als unlauter im Einzel-

fall nicht aus, so etwa, wenn die Kaufentscheidung durch unangemessen hohe Gewinne unsachgemäß beeinflusst werden wird.“


Diese Ausnahme („... naturgemäß mit dem Produkt oder der Dienstleistung verbunden;“) bezieht sich somit auf Fallgestaltungen, wie sie bereits im Termin unter Hinweis auf das „Rätselrennen“ der Süddeutschen Zeitung erörtert wurden, bei denen das Gewinnspiel zum Bestandteil des Leistungsangebots wird. Bei einem Gewinnspiel im Radio, wie es Gegenstand der bereits mehrfach erörterten Entscheidung des BGH war, sowie bei dem vorliegenden Gewinnspiel, das sich ebenfalls als Bestandteil des von der Beklagten angebotenen Unterhaltungsprogramms darstellt, ist eine hiervon abweichende Einordnung nicht zu rechtfertigen.


c. Auch sonstige Umstände, die geeignet sein könnten, die Ankündigung und die Durchführung des Gewinnspiels als unlauter erscheinen zu lassen, sind weder dargelegt noch sonst ersichtlich.

3. Steht der Klägerin der geltend gemacht Unterlassungsanspruch nicht zu; kann sie auch die Erstattung der für die Abmahnung aufgewendeten Kosten unter dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag nicht verlangen.

4. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung hinsichtlich der vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10, § 711 Satz 1 ZPO.

Die Revision war nicht zuzulassen, da der Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung (§ 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO) zukommt und auch die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO nicht vorliegen (vgl. hierzu BGH NJW 2003, 65 ff).


Vorsitzender Richter


am Oberlandesgericht


Richter



OBERLANDESGERICHT MÜNCHEN

Aktenzeichen: 29 U 4850/02
Landgericht München I 4 HKO 4581/02

Verkündet am 20.2.2003
Die Urkundsbeamtin:

Justizangestellte
[REDACTED]

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Verfahren

[REDACTED], vertreten durch den Geschäftsführer [REDACTED]

- Klägerin und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED]

gegen

[REDACTED], vertreten durch den Vorstand [REDACTED]

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED]

hat der 29. Zivilsenat des Oberlandesgerichts München durch den Vorsitzenden Richter [REDACTED] und die Richter [REDACTED] und [REDACTED] aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 23.1.2003

für Recht erkannt:

1. Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts München I vom 5.9.2002 – 4 HKO 4581/02 – wird zurückgewiesen.
2. Die Klägerin hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung durch die Beklagte durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % der zu vollstreckenden Kosten abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe:

(gemäß § 540 Abs. 1 ZPO)

I.

Die Klägerin, die [REDACTED], nimmt die Beklagte, die ein Internetradio betreibt, auf Unterlassung und Erstattung von Abmahnkosten in Anspruch.

Die Beklagte sendet im Internet ein Musikprogramm, in das sich die registrierten Benutzer einwählen können – gleichzeitig maximal 1.000 Nutzer. Hierbei kann auch eine Pausenfunktion genutzt werden, d.h. das Programm kann beliebig unterbrochen und an gleicher Stelle wieder fortgesetzt werden. Es können auch einzelne Titel übersprungen werden (Skipfunktion). Über den chart-Kanal besteht die Möglichkeit, auf die aktuellen Charts Zugriff zu nehmen. Der Nutzer kann sich auch aus einem Angebot von über 14.000 Titeln ein eigenes Programm zusammenstellen, das zum Hören heruntergeladen werden kann. Weiter bietet die Beklagte einen Karaoke-Kanal und die Möglichkeit, Grußkarten im Internet zu versenden an. Dabei besteht für einfache Nutzer nur die Möglichkeit, einzelne der angebotenen 25 Kanäle zu nutzen, während für die so genannten Unlimited User gegen ein monatliches Entgelt in Höhe von 3 € (nach den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten verlängert sich diese Nutzungsbefugnis um jeweils einen Monat bei nicht rechtzeitiger Kündigung) eine uneingeschränkte Nutzungsmöglichkeit eröffnet wird (Anlage K 2).

Die Klägerin beanstandet, das von der Beklagten im Internet beworbene und durchgeführte Gewinnspiel (Anlage K 1), an dem nur so genannte Unlimited User teilnehmen können, als wettbewerbswidrig gemäß § 1 UWG, weil es mit dem entgeltlichen Absatz von Dienstleistungen gekoppelt sei. Es werde ein tatsächlicher Kaufzwang ausgeübt, da nur diejenigen Interessenten, die sich als Unlimited User registrieren ließen (Vertragsbedingungen in Anlage K 2 und B 4), die Möglichkeit hätten, an dem Gewinnspiel teil zu nehmen. Diese Kundengewinnungsmaßnahme beinhalte auch eine wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs. Zu ihrer Prozessführungsbefugnis verweist die Klägerin auf die Mitgliedschaft aller Wettbewerber der Beklagten (Betreiber von Internet-Radios, Anlage K 5 und K 6; Radiostationen u.a.) bei den zuständigen Industrie- und Handelskammern, die wiederum bei ihr Mitglied seien.

Die Beklagte hat die Klagebefugnis der Klägerin bestritten, da es aufgrund ihres sehr spezifischen Programmangebots an Wettbewerbern fehle, die Mitglieder bei der Klägerin oder die Mitglieder bei der Klägerin anhörenden Verbänden seien. In der Sache

hat sie die Auffassung vertreten, dass ein wettbewerbswidriges Verhalten nicht vorliege. Sie veranstalte kein Gewinnspiel, wie die Klägerin meine, sondern ein Quizzspiel. Die anspruchsvollen Fragen aus dem Bereich der Musik (z.B. Anlage B 3) könnten nicht ohne gewisse Vorkenntnisse gelöst werden. Für die Teilnahme an der Endrunde sei es erforderlich, sich während eines Monats gegenüber den anderen Teilnehmern zu behaupten. Eine unlautere Kundengewinnung durch Warenkopplung liege nicht vor. Das Angebot richte sich an Nutzer, die ihre Entscheidung für die Beklagte bereits getroffen hätten. Das streitgegenständliche Wissensspiel stelle eine besondere Ausstattung ihres Angebots dar. Die Besucher ihrer Homepage würden nicht dazu veranlasst, anstandshalber den kostenpflichtigen Service der Beklagten in Anspruch zu nehmen. Die Ankündigung richte sich nicht in erster Linie an Erstbesucher oder an bisher nicht zahlende Besucher, sondern vor allem an die bereits vorhandenen „Unlimited User“. Der Personenkreis, der bisher nicht zu den Unlimited Usern gehöre, müsse zunächst abwägen, in welchem Verhältnis die Attraktivität und Nützlichkeit des Services im Verhältnis zu den Gewinnchancen stehe. Dabei könne bereits vor der Registrierung als Unlimited User ersehen werden, dass die Hürden für einen Gewinn sehr hoch seien, sodass nicht davon ausgegangen werden könne, dass sich noch nicht registrierte Besucher blindlings auf das Angebot einließen. Auch ein übertriebenes Anlocken liege nicht vor. Selbst wenn man von einem Wettbewerbsverstoß ausgehe, liege jedenfalls keine wesentliche Beeinträchtigung im Sinne von § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG vor.

Wegen der weiteren Einzelheiten sowie der in erster Instanz gestellten Anträge wird auf das angefochtene Urteil Bezug genommen, mit dem die Klage mangels Prozessführungsbefugnis der Klägerin als unzulässig abgewiesen wurde. Wegen der Begründung wird auf die Entscheidungsgründe des landgerichtlichen Urteils verwiesen.

Mit ihrer Berufung macht die Klägerin geltend, das Landgericht habe – unter Vernachlässigung, dass es sich bei § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG nunmehr um eine Frage der Begründetheit handele – verkannt, dass sich ihre Aktivlegitimation bereits ohne weiteres aus der Tatsache ergebe, dass ihr alle Industrie- und Handelskammern angehörten. Es gebe in Deutschland zahlreiche Rundfunkanbieter, die ihr Programm zumindest auch über das Internet ausstrahlten. Darüber hinaus gebe es zahlreiche sogenannte „Net only radios“, d.h. Anbieter, die ihr Programm allein über das Internet verbreiteten. Auch die herkömmlichen Rundfunk- und Hörfunkanstalten seien als Wettbewerber der Beklagten zu berücksichtigen. Die angegriffene Werbung verstoße gegen § 1 UWG, da das Gewinnspiel mit einem Dienstleistungsangebot gekoppelt sei. Die Teilnahme setze voraus, dass der teilnahmewillige Verbraucher ein Entgelt in Höhe von 3 € pro Monat an die Beklagte bezahle. Ein Großteil der angesprochenen Verbraucher werde der Verlockung nicht widerstehen können und den Monatsbeitrag in Kauf nehmen, um an dem attraktiven Gewinnspiel teilnehmen zu können,

was zu einer ganz erheblichen Wettbewerbsverzerrung führe. An dieser Beurteilung habe der BGH auch in der Entscheidung „Gewinnspiel im Radio“ festgehalten.

Die Klägerin beantragt, unter Aufhebung des angefochtenen Urteils, die Beklagte zu verurteilen,

1. es bei Meidung näher bezeichneter Ordnungsmittel zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs ein Gewinnspiel anzukündigen mit der Aussage:

„Klick dich zum [Unlimited User] aufgepasst: Täglich mitmachen, Wissen beweisen und Cyberpoints sammeln! Der Beste fährt bald mit einem [Unlimited User] davon. Mitmachen bei unserem neuen Entertainment-Quiz KNOW'N' WIN lohnt sich also in jedem Fall. Die sechs Monatsbesten laden wir am Ende eines Halbjahres zum ultimativen Finale nach [Unlimited User] ein – der Gewinner zockt einen [Unlimited User] im Wert von ca. DM [Unlimited User] - ab! Aber auch die anderen fünf gehen nicht leer aus: Von der Traumreise von [Unlimited User] im Wert von DM [Unlimited User] - bis hin zum Hi-Tech-PC ist für „Trost“preise gesorgt!“

wenn dabei die Teilnahme am Gewinnspiel vom Abschluß eines Vertrags über entgeltpflichtige Dienstleistungen der Beklagten abhängig gemacht wird, und/oder so angekündigte Gewinnspiele durchzuführen und/oder die Preise zu gewähren.

2. an die Klägerin 175,06 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz gemäß § 247 BGB seit dem 16.1.2002 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt die angefochtene Entscheidung. Weiter vertieft sie ihr Vorbringen zur Zulässigkeit des bis Ende Juni 2002 durchgeführten Gewinnspiels. Soweit der Klageantrag auf das Verbot des Gewährens der Preise abziele, bestehe dafür keine Rechtsgrundlage. Jedenfalls sei er zu weit, da ein Verstoß allenfalls in Bezug auf solche Teilnehmer vorliegen könne, die noch nicht registrierte Benutzer gewesen seien.

II.

Die zulässige Berufung bleibt in der Sache ohne Erfolg. Die Klage ist zulässig; die fehlende örtliche Zuständigkeit des Landgerichts München I – die gewerbliche Niederlassung der Beklagten (§ 24 Abs. 1 Satz 1 UWG) liegt nicht im Gerichtsbezirk, die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 24 Abs. 2 UWG liegen nicht vor – ist für das Berufungsverfahren ohne Bedeutung (§ 513 Abs. 2 ZPO). Der Klägerin stehen die geltend gemachten Ansprüche auf Unterlassung und Erstattung der Abmahnkosten jedoch nicht zu.

1. Zu Recht wendet sich die Berufung allerdings gegen die Verneinung der Prozessführungsbefugnis der Klägerin. Ob der Regelung in § 13 Abs. 2 UWG eine Doppelnatur zukommt oder ob es sich ausschließlich um eine Frage der Sachbefugnis handelt (vgl. Köhler/Piper, UWG, 3. Aufl., § 13 Rdn. 4 mwN; BGH WRP 2003, 87 = NJW 2003, 290 – Anspruchsberechtigung von Wirtschaftsverbänden – zu § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 UKlaG), kann dahinstehen.

a. Ein Unterlassungsanspruch (§ 1 UWG) kann gemäß § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG von rechtsfähigen Verbänden zur Förderung von gewerblichen Interessen geltend gemacht werden, soweit ihnen eine erhebliche Zahl von Gewerbetreibenden angehört, die Waren oder gewerbliche Leistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt vertreiben, soweit sie insbesondere nach ihrer personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung imstande sind, ihre satzungsgemäßen Aufgaben der Verfolgung gewerblicher Interessen tatsächlich wahrzunehmen, und soweit der Anspruch eine Handlung betrifft, die geeignet ist, den Wettbewerb auf diesem Markt wesentlich zu beeinträchtigen. Die danach zu fordernden (mittelbaren) Mitglieder der Klägerin müssen Waren oder gewerbliche Leistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt vertreiben. Ausreichend ist, wenn die Mitgliedsunternehmen eine nicht gänzlich unbedeutende (potentielle) Beeinträchtigung durch die Wettbewerbsmaßnahme mit einer gewissen – sei es auch nur geringen – Wahrscheinlichkeit zu befürchten haben (vgl. Köhler/Piper, § 13 Rdn. 21, 13 mwN).

b. Soweit das Landgericht (LGU 9 f) davon ausgeht, angesichts des spezifischen Leistungsangebots der Beklagten fehle es an diesem Merkmal, liegt dem ein zu enges Verständnis zugrunde, wie der Senat bereits im Beschluss vom 15.4.2002 – 29 W 1528/02, S. 4 (von der Beklagten als Anlage zum Schriftsatz vom 16.8.2002 vorgelegt) in anderem Zusammenhang ausgeführt hat, da die beanstandete Verhaltensweise sehr wohl geeignet ist, sich zu Lasten von Anbietern anderer Unterhaltungsprogramme (Radiosender, die ihr Programm auch über Internet ausstrahlen) auszuwirken und zwar nicht nur in Bezug auf die Nachfrage von Seiten der Nutzer sondern als Folge davon auch in Bezug auf die Nachfrage von Seiten Werbung betreibender Un-

ternehmen. Ob solche Unternehmen selbst (unmittelbar) Mitglied bei der Klägerin sind, ist ohne Bedeutung, da die Klagebefugnis der Klägerin nach der ständigen Rechtsprechung des BGH aus der Mitgliedschaft aller Industrie- und Handelskammern folgt. So wurde in einer Vielzahl von Fällen allein aufgrund dieser Mitgliedschaft bei der Klägerin (bzw. beim Schutzverband gegen Wirtschaftskriminalität) die Klagebefugnis bejaht, ohne die (gesetzliche) Mitgliederstruktur der Industrie- und Handelskammern zu erörtern (BGH GRUR 1995, 122 – Laienwerbung für Augenoptiker; GRUR 1997, 933, 934 – EP; GRUR 1995, 358, 359 – Folgeverträge II; GRUR 1998, 417, 418 – Selbsternannter Sachverständiger; weitere Nachweise bei Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 8. Aufl., Kap. 13 Rdn. 30 c Fn 159; Köhler/Piper, § 13 Rdn. 21). Dies beruht auf dem Umstand, dass die Klagebefugnis der Industrie- und Handelskammern bzw. Handwerkskammern gemäß § 13 Abs. 2 Nr. 4 UWG einschränkungslos gegeben ist und diese im Wege der Mitgliedschaft auch der Klägerin vermittelt wird (so auch Köhler/Piper, § 21 Rdn. 21 zur mittelbaren Verbandszugehörigkeit; Teplitzky, Kap. 13 Rdn. 30 c, der die Rechtsprechung dahingehend zusammenfasst, dass der BGH die Klagebefugnis der hiesigen Klägerin „für den gesamten Bereich Deutschlands und für alle sachlichen Bereiche“ anerkannt habe).

2. Die Klägerin wendet sich mit ihrem in der Berufungsinstanz neu gefassten Klageantrag gegen die Ankündigung des Gewinnspiels, dessen Durchführung sowie gegen die Gewährung der ausgelobten Preise.

Hinsichtlich des auf das Gewähren der Preise abzielenden Verbots ist die Klage bereits deshalb unbegründet, da das Gewähren der Preise unabhängig von der rechtlichen Zulässigkeit der Ankündigung und des Durchführens des Gewinnspiels nicht als sittenwidrig (§ 1 UWG) angesehen werden kann, wie bereits in der Verfügung vom 18.11.2002 ausgeführt wurde. Denn entgegen der Auffassung der Klägerin ist mit dem Gewähren der Preise nicht ohne weiteres ein Ausnutzen oder ein Fortwirken der als Verstoß gegen § 1 UWG beanstandeten Werbung und Durchführung verbunden. So kann die von der Klägerin beanstandete Koppelung zwischen dem Gewinnspiel und dem entgeltlichen Absatz des Dienstleistungsangebots die Interessen eines Teilnehmers an dem Gewinnspiel, der bereits zum Zeitpunkt der Werbung für das Gewinnspiel Unlimited User war, nicht beeinträchtigt haben. Diesem den Gewinn zu versagen, wäre somit nicht zu rechtfertigen, da es an einer Fortwirkung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens fehlt (vgl. hierzu auch BGH GRUR 2002, 979, 982 li. Sp. unter 3. – Koppelungsangebot II). Dies bedarf aber keiner weiteren Erörterung, da auch die Werbung und die Durchführung des Gewinnspiels nicht unlauter im Sinne von § 1 UWG ist.

a. Nach der Rechtsprechung sind zu Zwecken des Wettbewerbs veranstaltete Gewinnverlosungen grundsätzlich zulässig. Nur wenn besondere Umstände vorliegen, die den Vorwurf der Sittenwidrigkeit begründen, können sie als wettbewerbswidrig gemäß § 1 UWG untersagt werden. Besondere Umstände, die die Annahme der Sittenwidrigkeit rechtfertigen, können in der Koppelung des Warenabsatzes mit der Teilnahme an dem Gewinnspiel, in einem psychischen Kaufzwang, in einer Irreführung des Publikums über die Gewinnchancen oder in einem übertriebenen Anlocken bestehen (BGH WRP 2002, 1136, 1137 mwN = GRUR 2002, 1003, 1004 – Gewinnspiel im Radio). Danach darf die Teilnahme an einem Gewinnspiel nicht mit dem Warenabsatz verkoppelt werden, wenn durch diese Koppelung die angesprochenen Personen verleitet werden können, ihre wirtschaftlichen Entschlüsse nicht im Hinblick auf die Eigenschaften und Preise der Waren, sondern im Hinblick auf sachfremde Motive zu treffen. Das ist in der Rechtsprechung bei Preisausschreiben im Versandhandel für den Fall angenommen worden, dass die Möglichkeit der Teilnahme an einem Gewinnspiel mit einer Bestellung gekoppelt worden war, weil dann die Gefahr bestehe, dass die Bestellung in der Hoffnung auf den ausgesetzten Gewinn erfolge (BGH GRUR 1989, 434, 436 – Gewinnspiel I; vgl. auch WRP 1998, 724, 726 re. Sp. – Rubbelaktion).

b. Wie der Senat bereits im Beschluss vom 15.4.2002 (aaO S. 3) ausgeführt hat, wendet sich die Klägerin mit dem Gewinnspiel allerdings nicht nur an bereits vorhandene Unlimited User, da die Werbung auch geeignet ist, bisherige einfache Nutzer oder sonstige Interessenten dazu zu veranlassen, sich als Unlimited User bei der Beklagten registrieren zu lassen. Dies verkennt auch die Beklagte nicht, die, anders als noch in erster Instanz, das Gewinnspiel nicht mehr als bloße Kundenbindungsmaßnahme in Bezug auf die bereits vorhandene Unlimited User ansieht.

aa. Dieses Gewinnspiel ist aber, ebenso wie bei der Entscheidung „Gewinnspiel im Radio“, zum Inhalt der von der Beklagten angebotenen Leistung zu rechnen, wobei die Beklagte gegenüber einfachen Usern, die nur in sehr beschränktem Umfang unentgeltlich auf das Internetangebot zugreifen können und Unlimited Usern, die das Angebot vollumfänglich gegen eine monatliche Gebühr in Höhe von 3 € nutzen können, unterschiedliche Leistungen anbietet. Wie auch die Klägerin nicht in Zweifel zieht, ist das Gewinnspiel der Beklagten nicht von der entgeltlich angebotenen Leistung der Beklagten zu trennen. Das Gewinnspiel war derart ausgestaltet, dass sich die Teilnehmer als Monatsbeste für die Endrunde qualifizieren konnten. Hierzu mussten überwiegend Wissensfragen aus dem Bereich der Musik beantwortet werden (Klagerwidmung S. 6; Anlage B 3). Insoweit verhält es sich nicht anders als bei den im Rundfunk und Fernsehen weit verbreiteten Gewinnspielen, die vom BGH als Bestandteil des Unterhaltungsprogramms eingestuft wurden. Derartige Gewinnspiele bestimmen somit die Attraktivität der angebotenen Leistung mit, sodass die damit

verbunden Anlockwirkung und folglich die Entschließung, sich als Unlimited User (erstmal) registrieren zu lassen bzw. eine bereits bestehende Registrierung zu verlängern, für sich genommen nicht als sittenwidrig qualifiziert werden kann (vgl. BGH aaO S. 1138 – Gewinnspiel im Radio).

bb. Dementsprechend stellt auch die Klägerin nicht auf die von den ausgelobten Preisen ausgehende Anlockwirkung ab, sondern sieht das die Unlauterkeit begründende Kriterium allein in dem Umstand, dass nur Unlimited User an dem Gewinnspiel teilnehmen können und diese Möglichkeit erst nach Abschluss eines entsprechenden entgeltlichen Vertrages erhalten. Darin sieht sie – so ihre Ausführungen im Termin vor dem Senat – eine verschleierte Koppelung zwischen Gewinnspiel und dem Warenabsatz im Sinne der vorgenannten Entscheidung des BGH, wonach „auch in einem solchen Fall Umstände vorliegen (können), die die Unlauterkeit begründen, wie sie etwa bei einer Irreführung über die Gewinnchancen, in einer verschleierten Koppelung mit dem Warenabsatz oder in der Behinderung kleinerer Mitbewerber liegen“ (aaO S. 1138 – Gewinnspiel im Radio). Dieser Betrachtungsweise kann nicht beigegeben werden.

Eine verschleierte Koppelung mit dem Warenabsatz war z.B. Gegenstand der Entscheidungen BGH WRP 1976, 100, 101 – Mars und GRUR 1989, 434, 436 – Gewinnspiel I. In letzterem Fall war die Gewinnausgabe mit einer Warenbestellung gekoppelt worden, da die Gewinner den Warengutschein in Höhe von DM 5,- nur dann voll realisieren konnten, wenn sie eine Bestellung im Warenwert von DM 25,- tätigten, da sie anderenfalls mit einem Portoanteil in Höhe von DM 2,- belastet wurde. In der Entscheidung „Mars“ wurde das Sammeln der Warenverpackungen, was einen Kauf entsprechender Produkte voraussetzte, als für den angesprochenen Verkehr naheliegendere und erfolgversprechendere Handhabung angesehen als die Möglichkeit, die Bezeichnung Mars 20 mal in roten Blockbuchstaben aufzuschreiben.

Derartige Maßnahmen von Seiten der Beklagten sind nicht dargetan und auch sonst nicht ersichtlich. Die Werbung für das Gewinnspiel lässt bei dem angesprochenen Verkehrskreis, einem durchschnittlich informierten, verständigen Verbraucher (vgl. zuletzt BGH, Urt. v. 28.11.2002 – I ZR 110/00 – Preis ohne Monitor, mwN) keinen Zweifel daran, dass nur Unlimited User sich an dem Gewinnspiel beteiligen können. D.h. auch diejenigen Interessenten, die noch nicht Unlimited User sind, werden ohne Schwierigkeiten erfassen, dass sie, um den Status eines Unlimited User zu erreichen, eine monatliche Nutzungsgebühr in Höhe von 3 € aufwenden müssen. Wenn die Klägerin die Nutzungsgebühr (im Termin als „Eintrittsgeld“ bezeichnet) als solche als verschleierte Koppelung im Sinne der BGH-Entscheidung gewertet wissen will, stellt sie damit letztlich, wie bereits in ihrer Abmahnung und in der Klageschrift (S. 3 unter 3.), wieder darauf ab, dass die Teilnahme an dem Gewinnspiel mit der Inan-

spruchnahme einer entgeltlichen Dienstleistung gekoppelt ist. Einer derartigen Sichtweise steht jedoch – wie vorstehend ausgeführt – entgegen, dass das Gewinnspiel als Bestandteil des Leistungsangebots zu qualifizieren ist und nicht wie in den sonstigen Fällen der Koppelung mit einem Warenabsatz (vgl. z.B. OLG Hamburg Magazindienst 2002, 866, 871) als ein neben dem Leistungsangebot stehendes Gewinnspiel.

cc. Die gegenteilige Betrachtungsweise der Klägerin kann auch nicht auf § 4 Nr. 7 des Referentenentwurfs zur Neufassung des UWG (Stand 23.1.2003; von der Klägerin auszugsweise vorgelegt mit dem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 31.1.2003; abrufbar auch im Internet unter www.bmj.bund.de) gestützt werden, selbst wenn man dabei zugunsten der Klägerin unterstellt, dass es sich dabei lediglich um eine Kodifizierung der derzeitigen Rechtslage handelt. Als Regelbeispiel eines unlauteren Wettbewerbs wird es danach angesehen, wenn die Teilnahme von Verbrauchern an einem Preisausschreiben oder Gewinnspiel von dem Erwerb einer Ware oder der Inanspruchnahme einer Dienstleistung abhängig gemacht wird, es sei denn, das Preisausschreiben oder Gewinnspiel ist naturgemäß mit dem Produkt oder der Dienstleistung verbunden. Damit soll, wie aus der dazu gegebenen Begründung (aaO S. 34 f) ersichtlich, die bisherige Rechtsprechung zu § 1 UWG übernommen werden (in den Gutachten von Fezer, WRP 2001, 989 ff und von Schricker/Henning-Bodewig, WRP 2001, 1367 ff sowie dem Vorschlag von Köhler/Bornkamm/Henning-Bodewig, WRP 2002, 1317, auf die sich der Referentenentwurf stützt, wird diese Problematik nicht unter einer eigenen Fallgruppe behandelt):

„In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung zu § 1 UWG a.F. ist es nach dem Tatbestand der Nummer 7 wettbewerbswidrig, wenn die Teilnahme an einem Preisausschreiben oder Gewinnspiel in irgendeiner Form mit dem Warenabsatz oder der Inanspruchnahme einer Dienstleistung verkoppelt wird. Die Wettbewerbswidrigkeit wird dadurch begründet, dass die Maßnahme darauf abzielt, die Spiellust auszunutzen und das Urteil des Verbrauchers hierdurch zu trüben...“

Wie die Einschränkung „es sei denn ...“ zu verstehen ist, wird ebenfalls erläutert:

„Nicht erfasst werden vom Tatbestand der Nummer 7 Fälle, in denen man ein Gewinnspiel oder ein Preisausschreiben gar nicht veranstalten kann, ohne dass der Kauf der Ware oder die Inanspruchnahme der Dienstleistung erforderlich ist. Dies gilt etwa im Falle eines in einer Zeitschrift abgedruckten Preisrätsels. Gerade bei Printmedien ist diese Form der Werteklame seit längerem im Markt eingeführt und kann schon deshalb nicht generell als unlauter angesehen werden. Dies schließt indes eine Bewertung als unlauter im Einzel-

fall nicht aus, so etwa, wenn die Kaufentscheidung durch unangemessen hohe Gewinne unsachgemäß beeinflusst werden wird.“


Diese Ausnahme („... naturgemäß mit dem Produkt oder der Dienstleistung verbunden;“) bezieht sich somit auf Fallgestaltungen, wie sie bereits im Termin unter Hinweis auf das „Rätselrennen“ der Süddeutschen Zeitung erörtert wurden, bei denen das Gewinnspiel zum Bestandteil des Leistungsangebots wird. Bei einem Gewinnspiel im Radio, wie es Gegenstand der bereits mehrfach erörterten Entscheidung des BGH war, sowie bei dem vorliegenden Gewinnspiel, das sich ebenfalls als Bestandteil des von der Beklagten angebotenen Unterhaltungsprogramms darstellt, ist eine hiervon abweichende Einordnung nicht zu rechtfertigen.

c. Auch sonstige Umstände, die geeignet sein könnten, die Ankündigung und die Durchführung des Gewinnspiels als unlauter erscheinen zu lassen, sind weder dargelegt noch sonst ersichtlich.


3. Steht der Klägerin der geltend gemacht Unterlassungsanspruch nicht zu; kann sie auch die Erstattung der für die Abmahnung aufgewendeten Kosten unter dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag nicht verlangen.

4. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung hinsichtlich der vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10, § 711 Satz 1 ZPO.

Die Revision war nicht zuzulassen, da der Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung (§ 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO) zukommt und auch die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO nicht vorliegen (vgl. hierzu BGH NJW 2003, 65 ff).


Vorsitzender Richter


am Oberlandesgericht


Richter