



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 115/10

in dem Rechtsstreit

Verkündet am:
17. August 2011
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. August 2011 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Pokrant, Prof. Dr. Büscher, Dr. Kirchhoff und Dr. Koch

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Naumburg vom 18. Juni 2010 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger ist der Ende 2008 gegründete GIG - Verband für Gewerbetreibende im Glücksspielwesen e.V. Er nimmt die Beklagte, die staatliche Lotto-gesellschaft von Sachsen-Anhalt, wegen unzulässiger Werbung für das Gewinnspiel Glücksspirale auf Unterlassung in Anspruch. Dabei beanstandet der Kläger die konkrete Gestaltung von vier Seiten eines Werbefaltblatts (Abbildungen 1 bis 4 zum Klageantrag) sowie der Internetwerbung (Abbildungen 5 bis 7 zum Klageantrag) als Verstoß gegen die Werbebeschränkungen des § 5 GlüStV.

2 Die Verbandssatzung des Klägers enthält in § 3 folgende Zweckbestimmung:

1. Der Verein fördert insbesondere im Sinne der § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG und § 3 UKlaG die gewerblichen oder selbständigen beruflichen Interessen seiner Mitglieder und von Personen, die sich unmittelbar oder mittelbar im Wirtschaftsbereich des Geschicklichkeits-, Gewinn- und Glücksspielwesens einschließlich Lotterien, Ausspielungen und Wetten (der „Vereinsinteressenbereich“) betätigen und/oder betätigen wollen, unter Ausschluss von Interessen von juristischen Personen des öffentlichen Rechts oder privatrechtlichen Gesellschaften, an denen juristische Personen des öffentlichen Rechts unmittelbar oder mittelbar beteiligt sind. Insbesondere hat der Verein den Zweck und die Aufgaben, im Vereinsinteressenbereich:
 - a) den lautereren Wettbewerb in Übereinstimmung mit den verfassungsrechtlichen und/oder gesetzlichen Vorgaben zu fördern, auf faire gesetzliche Rahmenbedingungen für eine freie Entfaltung verantwortungsvoller unternehmerischer Tätigkeit, insbesondere seiner Mitglieder, hinzuwirken oder solche Rahmenbedingungen gegebenenfalls zu erhalten sowie unverhältnismäßigen staatlichen Maßnahmen und Beschränkungen einer freien und verantwortungsbewussten Ausübung beruflicher und unternehmerischer Grundfreiheitsrechte politisch und rechtlich entgegenzuwirken;
 - b) das Marktverhalten von Marktteilnehmern zu beobachten und auf die Einhaltung der geltenden gesetzlichen Vorgaben und Bestimmungen hin zu kontrollieren; ...
 - c) den unlauteren, leistungswidrigen Wettbewerb in allen Erscheinungsformen ... im Zusammenwirken mit Behörden und Gerichten zu bekämpfen;
...

3 Der Kläger hat beantragt,

der Beklagten unter Androhung von Ordnungsmitteln zu verbieten, bei geschäftlichen Handlungen im Bereich des Glücksspielwesens den Absatz von Losen der Glücksspirale zu fördern und/oder im Internet für öffentliches Glücksspiel zu werben und/oder werben zu lassen, wie auf der Internetseite unter www.gluecksspirale.de am 9. März 2009 geschehen und nachstehend wiedergegeben:

Abbildung 1:

Glück für alle

GlücksSpirale – die Rentenlotterie, die Gutes tut

Glück ist ein Gewinn

Mit 7.500 € Rente lässt es sich sicher sorgenfrei und glücklich leben. Die GlücksSpirale bietet Woche für Woche die Chance auf diesen Spitzengewinn, der Monat für Monat, ein Leben lang als Sofortrente ausgezahlt wird. Daneben hält sie noch viele weitere Gewinne bis zu 100.000 € bereit. Zum Beispiel. Schon mit einer richtigen Endziffer gibt es den doppelten Spieleinsatz zurück.

Ein Los der GlücksSpirale bringt auf alle Fälle Glück. Persönlich oder der Allgemeinheit, denn ein Teil des Spieleinsatzes wird gemeinnützigen Projekten zugeführt und kommt so allen zugute. Auf diese Weise wird Glück immer zum Gewinn.

Mit etwas Glück sofort in Rente: 7.500 € – Monat für Monat, ein Leben lang

LOTTO®

Abbildung 2:

Glück für den Sport

Von Anfang an zeigt die GlücksSpirale Einsatz für den Sport. Engagement, das heute dem Deutschen Olympischen Sportbund (DOSB) zugute kommt. Und sicherlich bildet die Dachorganisation des Sports in Deutschland mit der GlücksSpirale auch morgen noch ein starkes Team.

Durch die Gemeinschaftsleistung von GlücksSpirale und Sport bleiben rund 27 Millionen Bundesbürger in 90.000 Turn- und Sportvereinen fit. Die finanzielle Unterstützung findet dabei vielfältige Verwendung – von der Förderung der Sportverbände über Projekte aus dem Behindertensport bis zur sozialen Absicherung von Sportlerinnen und Sportlern.

Hauptsache, der Sport bleibt in Aktion und macht Spaß. So wie die GlücksSpirale.

Glück für die Denkmalpflege

Die Deutsche Stiftung Denkmalschutz (DSD) setzt sich ein für unsere gebaute Geschichte. Und die GlücksSpirale setzt sich ein für die Deutsche Stiftung Denkmalschutz. Das gemeinsame Ziel: die Vergangenheit für die Zukunft zu bewahren.

In Zeiten begrenzter öffentlicher Etats engagiert sich die Stiftung an den Stellen, an denen staatliche Mittel nicht oder nicht ausreichend zur Verfügung stehen. Dafür kommen unter anderem die Zuschüsse der GlücksSpirale zum Einsatz.

Auf diese Weise sind zahlreiche Baudenkmäler vor dem Verfall gerettet worden. Das betrifft die Restaurierung von Kirchen und Kathedralen genauso wie die Sanierung von Burgen, Bürgerhäusern oder ganzen Stadtkernen. Welche Projekte noch kommen – der Denkmalschutz kann auf die GlücksSpirale bauen.

Hunderttausende große und kleine Fitness-Fans nutzen 2007 in fünf deutschen Städten die sportlichen Angebote bei den Festivals des Sports. Finanzielle Mittel zu dieser sportlichen Bewegung kommen auch von der GlücksSpirale.

Abbildung 3:

Glück für die Wohlfahrt

So bunt wie die GlücksSpirale, so bunt ist auch das Spektrum der Bundesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege (BAGFW). Diese verwendet ihren Anteil aus den Erlösen der GlücksSpirale zur Förderung von sozialpflegerischen Diensten, Beratungs- und Betreuungseinrichtungen sowie Hilfe für kranke und behinderte Menschen.

Aufgeteilt werden die Gelder auf die folgenden Organisationen: Arbeiterwohlfahrt, Deutscher Caritasverband, Deutscher Paritätischer Wohlfahrtsverband, Deutsches Rotes Kreuz, Diakonisches Werk der Evangelischen Kirche in Deutschland und Zentralwohlfahrtsstelle der Juden in Deutschland.

Glück hängt nun mal nicht vom Alter, dem sozialen Status, der Hautfarbe oder der Religion ab. Glück kann jeder haben – mit der GlücksSpirale.

Mit Mitteln der GlücksSpirale wurde das Lübecker Holstentor aufwändig instandgesetzt. Schwerpunkte lagen auf der Restaurierung der Innenräume sowie dem Erhalt der Ornamentfriese. Jetzt erstrahlt die alte Pracht in neuem Glanz.

Die GlücksSpirale fördert jährlich über 700 Projekte. So wie in den Klaustrstuben der Spitzenverbände der Freien Wohlfahrtspflege liegt der Schwerpunkt der Hilfe auf dem bürgerschaftlichen Engagement.

Abbildung 4:

Glück macht Geschichte

Bereits seit 1970 stiftet die GlücksSpirale Glück in Deutschland. Anfänglich gegründet, um die Finanzierung der Olympischen Spiele 1972 zu unterstützen, erweist sich die Lotterie als so erfolgreich, dass sie weitergeführt wird.

Das tragende Konzept bleibt dabei erhalten – einerseits ein attraktiver Gewinnplan für die Teilnehmer, andererseits die Förderung von Projekten, die dem Gemeinwohl dienen. So fließen 1974 Mittel in Millionenhöhe in die Finanzierung der Fußballweltmeisterschaft.

Ab 1976 werden der Freien Wohlfahrt ebenfalls Gelder zur Verfügung gestellt. Und seit 1991 profitiert die Deutsche Stiftung Denkmalschutz als dritter Destinatär von den GlücksSpirale-Erlösen. Selbstverständlich ist sich die GlücksSpirale ihrer sozialen Verantwortung auch in Zukunft bewusst.

Die Autokursendung zur GlücksSpirale am 25. April 1970

Glück ... für Sie

Ein Los – viele Chancen
Jedes 9. Los gewinnt!

1-stellige Gewinnzahl:	10 €
2-stellige Gewinnzahl:	20 €
3-stellige Gewinnzahl:	50 €
4-stellige Gewinnzahl:	500 €
5-stellige Gewinnzahl:	5.000 €
2 x 6-stellige Gewinnzahl:	je 100.000 €
2 x 7-stellige Gewinnzahl:	je 7500,00 € Sofortrente

Morale für Moral: ein Leben lang*

* Die Höhe der persönlichen Sofortrente richtet sich nach Alter und Geschlecht des Gewinners. Ein 45-jähriger Mann würde sogar fast 8.500 € Rente monatlich erhalten.

... für jeden

Eine Lotterie – viele Möglichkeiten

- Die GlücksSpirale macht sich stark für den Sport.
- Die GlücksSpirale fördert den Denkmalschutz.
- Die GlücksSpirale unterstützt die Freie Wohlfahrt.

Spiele können süchtig machen. Lassen Sie es nicht dazu kommen. Beratung unter Tel. 0180 1 27 27 00. Spiellohn ab 18 Jahren.

GlücksSpirale

LOTTO

Abbildung 5:



Abbildung 6:

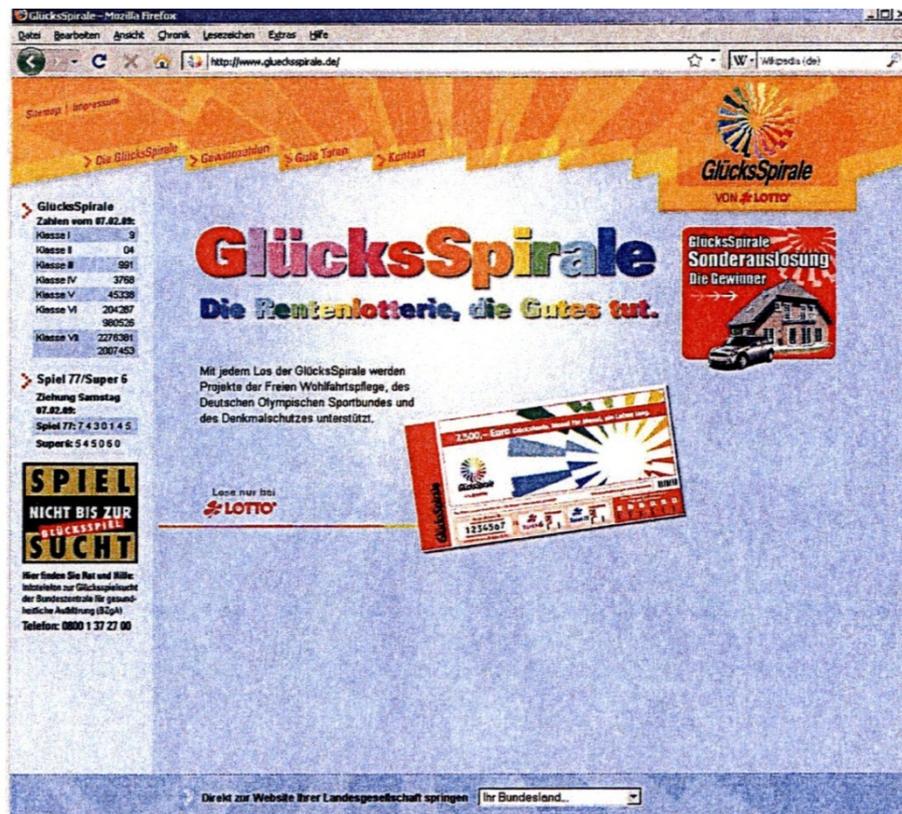
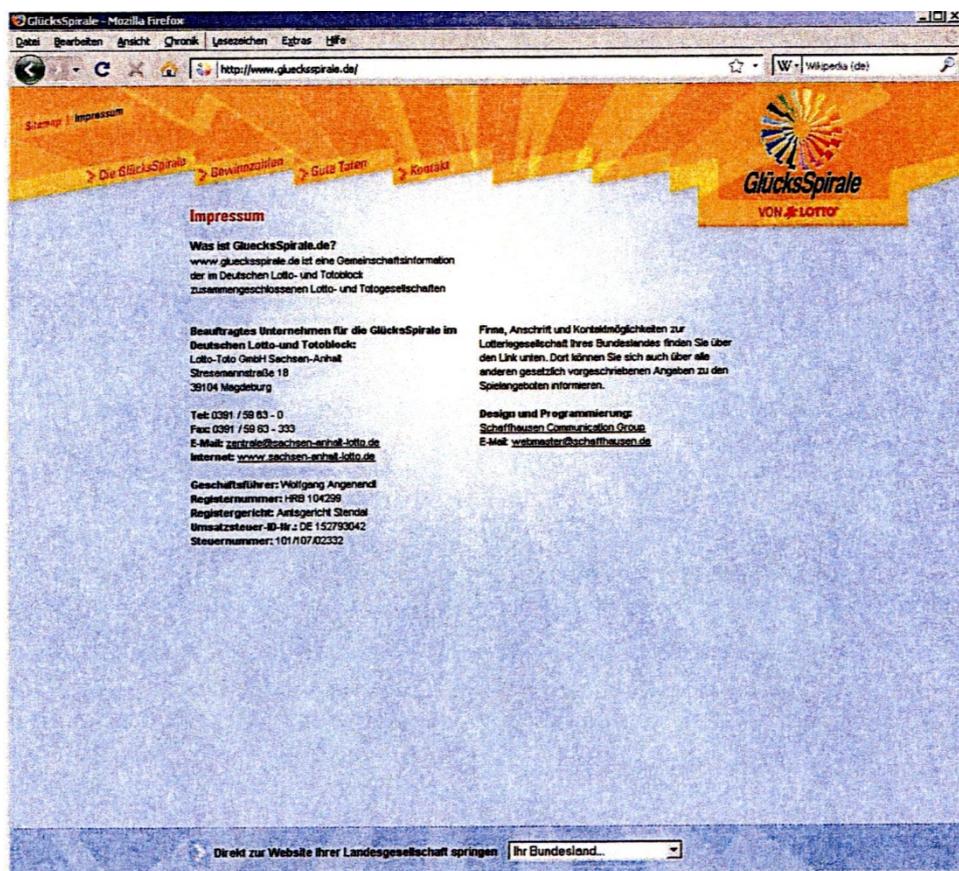


Abbildung 7:



4 Das Landgericht hat der Klage beschränkt auf Werbung im Internet gemäß den Abbildungen 5 bis 7 des Klageantrags stattgegeben und sie im Übrigen abgewiesen. In der Berufungsinstanz hat der Kläger seinen ursprünglichen Klageantrag in vollem Umfang weiterverfolgt und hilfsweise beantragt,

der Beklagten unter Androhung von Ordnungsmitteln zu verbieten,

a) den Absatz von Losen der Glücksspirale zu fördern und zu werben oder werben zu lassen, wie nachstehend wiedergegeben:

(es folgen die Abbildungen 1 bis 4 des Klageantrags erster Instanz);

b) im Internet für öffentliches Glücksspiel zu werben und/oder werben zu lassen, wie auf der Internetseite unter www.gluecksspirale.de am 9. März 2009 geschehen und nachstehend wiedergegeben:

(es folgen die Abbildungen 5 bis 7 des Klageantrags erster Instanz).

5 Als zweiten Hilfsantrag hat der Kläger den ersten Hilfsantrag mit der Maßgabe gestellt, dass unter a) hinter die Wörter „werben zu lassen“ der folgende Halbsatz eingefügt wird:

in der Weise, dass auf die Gewinnmöglichkeiten mit Aussagen zur Mittelverwendung der durch das Glücksspiel eingenommenen Gelder (Sportförderung, Denkmalpflege, Wohlfahrtspflege) hingewiesen wird, ...

6 Das Berufungsgericht hat die Klage als unzulässig abgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt der Kläger seine in der Berufungsinstanz gestellten Anträge weiter.

Entscheidungsgründe:

7 I. Das Berufungsgericht hat die Klage für unzulässig gehalten. Dazu hat es ausgeführt:

8 Der Kläger erfülle zwar im Hinblick auf Mitglieder und finanzielle Ausstattung die Voraussetzungen der Verbandsklagebefugnis nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG. Die Klage sei jedoch rechtsmissbräuchlich im Sinne des § 8 Abs. 4 UWG.

9 Die Verbandsmitglieder des Klägers verstießen unstreitig selbst gegen das Verbot der Werbung für öffentliches Glücksspiel im Fernsehen und im Internet gemäß § 5 Abs. 3 GlüStV. Sie gingen sogar noch über das gerügte unlautere Handeln der Beklagten hinaus, weil sie entgegen § 4 Abs. 4 GlüStV öffentliche Glücksspiele im Internet nicht nur bewürben, sondern auch veranstalteten und vermittelten. Es sei unstreitig, dass der Kläger bis auf anfänglich vier

Verfahren in über hundert Fällen ausschließlich gegen die staatlichen Lottogesellschaften vorgehe, deren Interessen er satzungsgemäß nicht wahrnehme und die er als „natürliche Gegner“ seiner Verbandsmitglieder ansehe.

10 Soweit - wie im Streitfall - Interessen der Allgemeinheit berührt würden, sei es einem Verband zwar grundsätzlich nicht verwehrt, nur gegen bestimmte Dritte und nicht gegen eigene Mitglieder gerichtlich vorzugehen. Unzulässig sei es aber, wenn der klagende Verband den unlauteren Wettbewerb der eigenen Mitglieder planmäßig dulde, sofern dies auf sachfremden Erwägungen beruhe und bei Berücksichtigung der Gesamtumstände den Einwand des Rechtsmissbrauchs begründe. Dies sei im Streitfall aufgrund einer Kombination von Verhaltensweisen des Klägers der Fall. Der Kläger gehe nicht nur „zunächst“ nicht gegen eigene Verbandsmitglieder vor, sondern wende sich aus sachfremden Erwägungen heraus - nämlich mit dem Ziel der Beendigung des verfassungsgemäßen staatlichen Lizenzsystems im Glücksspielwesen - ausschließlich und dauerhaft nur gegen diejenigen Wettbewerber, deren Interessen er ausdrücklich nicht wahrnehme. Das Verhalten des Klägers diene damit weder dem freien Wettbewerb noch der Allgemeinheit, sondern führe im Gegenteil zu einer einseitigen Wettbewerbsverzerrung zu Lasten aller Nichtmitglieder des Klägers. Würde das Verhalten des Klägers oder seiner im Internet auftretenden Verbandsmitglieder weiter geduldet, würde zudem der unerlaubten Veranstaltung von Glücksspielen entgegen § 284 StGB Vorschub geleistet.

11 II. Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision des Klägers hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

12 1. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass der Kläger die Anforderungen des § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG an die Verbandsklagebe-

fugnis hinsichtlich seiner Mitgliederstruktur erfüllt. Erheblich im Sinne des § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG ist die Zahl der Mitglieder des Verbands auf dem einschlägigen Markt dann, wenn diese Mitglieder als Unternehmen - bezogen auf den maßgeblichen Markt - in der Weise repräsentativ sind, dass ein missbräuchliches Vorgehen des Verbands ausgeschlossen werden kann. Das kann auch schon bei einer geringen Zahl auf dem betreffenden Markt tätiger Mitglieder anzunehmen sein (BGH, Urteil vom 23. Oktober 2008 - I ZR 197/06, GRUR 2009, 692 Rn. 12 = WRP 2009, 811 - Sammelmitgliedschaft VI, mwN). Insbesondere dann, wenn - wie im Streitfall - der Marktzutritt rechtlich oder tatsächlich stark beschränkt ist, dürfen nur geringe Anforderungen an die repräsentative Mitgliederzahl gestellt werden. Andernfalls würde die wettbewerbliche Kontrolle marktstarker Unternehmen oder Oligopole unangemessen beschränkt.

- 13 a) Nach dem insoweit unbestrittenen Vortrag des Klägers gehören ihm als Mitglieder der Fachverband der Lotterie-Einnehmer der Nordwestdeutschen Klassenlotterie und der Zentralverband der Staatlichen Lotterie-Einnehmer der Süddeutschen Klassenlotterie an, deren jeweilige Mitglieder bundesweit - und damit auch in Sachsen-Anhalt - Kunden für die Klassenlotterien werben. Außerdem ist auch der FABER Lotto-Service als gewerblicher Spielvermittler für staatliche Lotterien der Bundesländer in Sachsen-Anhalt im Postvertrieb tätig. Anders als in anderen Bundesländern mag dieses Unternehmen zwar in Sachsen-Anhalt nicht über die dafür erforderliche Erlaubnis verfügen. Der Kläger hat aber unwidersprochen vorgetragen, dass der FABER Lotto-Service auch in Sachsen-Anhalt eine Erlaubnis beantragt habe und seine Tätigkeit dort während des schwebenden Erlaubnisverfahrens geduldet werde. Unter Berücksichtigung der Besonderheiten des hier maßgeblichen Marktes reichen diese Mitglieder des Klägers aus anzunehmen, dass es ihm bei der Rechtsverfolgung nach der Struktur seiner Mitglieder um die ernsthafte kollektive Wahrnehmung

der Mitgliederinteressen geht (vgl. BGH, GRUR 2009, 692 Rn. 12 - Sammelmitgliedschaft VI).

14 b) Es kommt deshalb nicht mehr darauf an, ob bei der Feststellung der Klagebefugnis zu berücksichtigen ist, dass die übrigen Mitglieder des Klägers eine schlechthin verbotene Glückspieltätigkeit ausüben könnten, was möglicherweise ihrer Berücksichtigung als Mitbewerber der Beklagten (§ 2 Nr. 3 UWG) oder als Unternehmen, die Dienstleistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt vertreiben (§ 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG), entgegenstehen würde (ebenfalls offengelassen in BGH, Urteil vom 28. Oktober 2004 - I ZR 59/02, GRUR 2005, 176 = WRP 2005, 94 - Nur bei Lotto).

15 2. Zu Unrecht hat das Berufungsgericht aber angenommen, die Klage sei im Sinne des § 8 Abs. 4 UWG rechtsmissbräuchlich erhoben.

16 a) Einem nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG klagebefugten Verband ist es grundsätzlich nicht verwehrt, nur gegen bestimmte Verletzer gerichtlich vorzugehen. Die Entscheidung hierüber steht ebenso in seinem freien Ermessen, wie es dem einzelnen Gewerbetreibenden freisteht, ob und gegen welche Mitbewerber er Klage erheben will. Eine unzumutbare Benachteiligung des (allein) angegriffenen Verletzers gegenüber anderen - etwa deshalb, weil nunmehr er allein die angegriffenen Handlungen unterlassen müsse - ist darin schon deshalb nicht zu sehen, weil es dem Verletzer grundsätzlich offensteht, seinerseits gegen gleichartige Verletzungshandlungen seiner von dem Verband nicht angegriffenen Mitbewerber vorzugehen (BGH, Urteil vom 12. Dezember 1996 - I ZR 7/94, GRUR 1997, 537, 538 = WRP 1997, 721 - Lifting-Creme; Urteil vom 23. Januar 1997 - I ZR 29/94, GRUR 1997, 681, 683 = WRP 1997, 715 - Produktwerbung; Urteil vom 17. September 1998 - I ZR 119/96, GRUR 1999, 515, 516 = WRP 1999, 424 - Bonusmeilen).

17 b) Allerdings können besondere Umstände, insbesondere sachfremde Erwägungen, im Einzelfall eine andere Beurteilung nahelegen. Solche besonderen Umstände sind im Streitfall jedoch nicht ersichtlich.

18 aa) Der Senat hat in der Vergangenheit entschieden, dass es selbst bei identischer Werbung noch nicht als rechtsmissbräuchlich angesehen werden kann, wenn ein Verband, der die Frage der Wettbewerbswidrigkeit eines bestimmten Verhaltens höchstrichterlich klären lassen will, zunächst gegen einen Dritten und nicht gegen ein eigenes Mitglied gerichtlich vorgeht (BGH, GRUR 1997, 537, 538 - Lifting-Creme; GRUR 1997, 681, 683 - Produktwerbung). Hieraus kann aber nicht geschlossen werden, dass ein Verband, der auch eindeutige Wettbewerbsverstöße der eigenen Mitglieder nicht verfolgt, stets rechtsmissbräuchlich handelt.

19 bb) Allerdings kann es als rechtsmissbräuchlich anzusehen sein, wenn ein Verband gegen außenstehende Dritte vorgeht, den unlauteren Wettbewerb durch gleichartige Verletzungshandlungen der eigenen Mitglieder jedoch planmäßig duldet (BGH, GRUR 1997, 681, 683 - Produktwerbung, in diesem Sinne etwa auch Fezer/Büscher, UWG, 2. Aufl., § 8 Rn. 292; MünchKomm.UWG/Fritzsche, § 8 Rn. 472; Jestaedt in Ahrens, Der Wettbewerbsprozess, 6. Aufl., § 20 Rn. 25; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 9. Aufl., Kap. 13 Rn. 59). Zwar gibt es grundsätzlich keine Obliegenheit eines Verbands, gegen eigene Mitglieder vorzugehen, auf die sich außenstehende Dritte berufen könnten. Die Prozessführungsbefugnis der Verbände zur Förderung gewerblicher Interessen findet ihre Rechtfertigung aber darin, dass die Bekämpfung unlauterer Wettbewerbshandlungen nicht nur im Interesse des unmittelbar Betroffenen, sondern auch im öffentlichen Interesse liegt (BGH, Urteil vom 5. Oktober 1989 - I ZR 56/89, GRUR 1990, 282, 284 = WRP 1990, 364

- Wettbewerbsverein IV; Urteil vom 9. Dezember 1993 - I ZR 276/91, GRUR 1994, 304, 305 = WRP 1994, 181 - Zigarettenwerbung in Jugendzeitschriften).

20 cc) Bei Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte ist es eine Frage der Gesamtumstände des Einzelfalls, ob das dauerhaft selektive Vorgehen eines Verbands ausschließlich gegen Nichtmitglieder als rechtsmissbräuchlich anzusehen ist. Dabei lassen sich allerdings bestimmte Fallgruppen bilden. So ist es insbesondere rechtsmissbräuchlich, wenn der Verband mit einem selektiven Vorgehen ausschließlich gegen Nichtmitglieder bezweckt, neue Mitglieder zu werben, denen er nach einem Beitritt Schutz vor Verfolgung verspricht. Ein solcher Fall liegt hier aber schon deswegen nicht vor, weil die vom Kläger angegriffenen staatlichen Lottogesellschaften von der Mitgliedschaft beim Kläger kraft Verbandssatzung ausgeschlossen sind.

21 Andererseits kann sich eine dauerhafte Beschränkung der Verfolgung von Wettbewerbsverstößen auf Nichtmitglieder für einen Verband aus der Natur der Sache ergeben, wenn sie schon aus seinem - rechtlich unbedenklichen - Verbandszweck folgt. In einem solchen Fall ist ein Rechtsmissbrauch zu verneinen. Unbedenklich wäre es beispielsweise, wenn der satzungsgemäße Zweck eines Verbandes mittelständischer Unternehmen des Hotel- und Gaststättengewerbes auf die Abwehr unlauteren Wettbewerbs durch Großbetriebe dieser Branche gerichtet wäre oder wenn ein Verband forschender Pharmaunternehmen sich seinem Satzungszweck entsprechend gegen unlautere Praktiken der Generikahersteller wendete.

22 dd) Der Kläger ist ein Verband, bei dem eine dauerhafte Beschränkung der Verfolgung von Wettbewerbsverstößen auf Nichtmitglieder schon aus dem Verbandszweck folgt. Aus § 3 seiner Satzung ergibt sich deutlich, dass er ausschließlich die Förderung der Interessen privater Gewerbetreibender im Glücks-

spielwesen bezweckt und dazu den lautereren Wettbewerb fördern und das Marktverhalten von Marktteilnehmern beobachten will. Die staatlichen Lottogesellschaften sowie Unternehmen des Glücksspielwesens mit unmittelbarer oder mittelbarer Beteiligung juristischer Personen des öffentlichen Rechts sind ausdrücklich von der Mitgliedschaft ausgeschlossen. Der Zweck des Klägers ist danach satzungsgemäß darauf ausgerichtet, die Interessen der privaten Glücksspielwirtschaft gegenüber den etablierten staatlichen Anbietern zu schützen. Unter diesen Umständen ist es nicht rechtsmissbräuchlich, wenn er sich - auch dauerhaft - auf die Verfolgung von Wettbewerbsverstößen der staatlichen Lottogesellschaften beschränkt.

23 ee) Anders als das Berufungsgericht meint, kann auch keine Rede davon sein, dass bei einer weiteren Duldung des Verhaltens des Klägers dem unerlaubten Veranstellen von Glücksspielen (§ 284 StGB) Vorschub geleistet würde. Zwischen wettbewerbsrechtlichen Klagen des Klägers gegen staatliche Lottogesellschaften einerseits und möglichen Rechtsverstößen seiner Mitglieder andererseits besteht kein Zusammenhang. Insbesondere werden die Möglichkeiten der Lottogesellschaften, anderer Marktteilnehmer oder der Behörden nicht beeinträchtigt, gegen Rechtsverstöße von Mitgliedern des Klägers vorzugehen.

24 ff) Für die Frage, ob die Klage rechtsmissbräuchlich erhoben worden ist, ist entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts unerheblich, dass die Verbandstätigkeit des Klägers darauf abzielt, das staatliche Lizenzsystem im Glücksspielwesen zu beenden. Dem Kläger steht es frei, das politische Ziel der Liberalisierung des Glücksspielmarkts mit allen legalen Mitteln zu verfolgen, und zwar auch dann, wenn die gegenwärtige Ausgestaltung des Glücksspielwesens verfassungs- und unionsrechtlicher Nachprüfung standhält. Schranken

für die wettbewerbsrechtliche Klagebefugnis des Klägers ergeben sich daraus nicht.

25 3. Da das Berufungsgericht die Klage zu Unrecht als unzulässig abgewiesen hat, ist das angefochtene Urteil aufzuheben. Die Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit die erforderlichen Feststellungen zur Begründetheit der Klage getroffen werden können.

26 4. Bei seiner neuen Entscheidung wird das Berufungsgericht Folgendes zu berücksichtigen haben:

27 a) Internetwerbung für die Lotterie Glücksspirale verstößt gegen das generelle Verbot der Werbung für Glücksspiele im Internet (§ 5 Abs. 3 GlüStV). Zutreffend hat das Landgericht angenommen, dass im Internet auch eine Werbung verboten ist, die sich im Sinne von § 5 Abs. 1 GlüStV darauf beschränkt, über die Möglichkeiten zum Glücksspiel zu informieren und aufzuklären.

28 b) Der Hauptantrag des Klägers dürfte hinsichtlich der in den Klageantrag aufgenommenen Abbildungen 1 bis 4 unbegründet sein. Er bezieht sich ausschließlich auf Werbung der Beklagten im Internet. Wie die Vorinstanzen zutreffend angenommen haben und auch dem Vortrag des Klägers in der Berufungsinstanz entspricht, stammen die Abbildungen 1 bis 4 aber nicht aus der Internetwerbung der Beklagten, sondern aus einem Faltblatt („Folder“). Dem Klagevortrag lässt sich nicht entnehmen, dass die Beklagte diese Abbildungen auch in der Internetwerbung verwendet hat. Dementsprechend besteht hinsichtlich der Verwendung dieser Werbung im Internet keine Wiederholungsgefahr. Auch für eine Erstbegehungsgefahr ist insoweit nichts ersichtlich.

- 29 c) Das Landgericht hat dem Hauptantrag und dem Vortrag des Klägers aber zutreffend entnommen, dass er sich auch dagegen wendet, dass die Beklagte außerhalb des Internets den Absatz von Losen der Glücksspirale mit den Abbildungen 1 bis 4 fördert. Der Kläger hat dies in der Berufungsinstanz mit seinem ersten Hilfsantrag klargestellt. Das Berufungsgericht durfte diesen Antrag dann nicht als unzulässige Klageänderung ansehen, mit der ein völlig neuer Streitstoff in das Verfahren eingeführt worden sei.
- 30 d) Bei der Prüfung der Vereinbarkeit der vom Kläger beanstandeten Faltblattwerbung mit § 5 Abs. 1, 2 GlüStV wird das Berufungsgericht die inzwischen vom Senat und vom Bundesverwaltungsgericht entwickelten Grundsätze zur Beurteilung von Glücksspielwerbung nach § 5 GlüStV zu berücksichtigen haben (vgl. BGH, Urteil vom 16. Dezember 2010 - I ZR 149/08, GRUR 2011, 440 Rn. 11 ff. - Spiel mit; BVerwG, Urteil vom 1. Juni 2011 - 8 C 4.10, ZfWG 2011, 341 Rn. 34 f.). Danach ist es unbedenklich, wenn die Beklagte auf die Verwendung ihrer Spieleinnahmen hinweist, soweit sich dies nach der konkreten Aufmachung nur als sachliche Information im Sinne eines Rechenschaftsberichts darstellt. Es gehört zur zulässigen und sogar notwendigen Information und Aufklärung über die Möglichkeit zum Glücksspiel nach § 5 Abs. 1 GlüStV, dass die Spieler und Spielinteressierten erfahren können, welcher Betrag der Spieleinnahmen als Gewinn ausgeschüttet wird und für welche sonstigen Zwecke sie verwendet werden. Auch eine sachliche Information über Art und Höhe der im Einzelnen ausgelobten Preise ist erlaubt.
- 31 Unzulässig ist es dagegen, den Hinweis auf die gemeinnützige Verwendung der Spieleinnahmen mit einer Aufforderung zur Spielteilnahme zu verknüpfen, die dadurch als wünschenswertes, positiv zu beurteilendes und sozial verantwortliches Handeln erscheint. Nicht erlaubt ist beispielsweise auch die Darstellung des Glücksspiels als aussichtsreiche Möglichkeit materiellen Zuge-

winns, als attraktive Unterhaltung oder als sozialadäquate Beschäftigung (vgl. BVerwGE 138, 201 Rn. 51).

Bornkamm

Pokrant

Büscher

Kirchhoff

Koch

Vorinstanzen:

LG Magdeburg, Entscheidung vom 06.11.2009 - 36 O 88/09 (014) -

OLG Naumburg, Entscheidung vom 18.06.2010 - 10 U 61/09 Hs -