# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

I ZR 52/11

Verkündet am:
24. Januar 2013
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. Januar 2013 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Prof. Dr. Büscher, Prof. Dr. Schaffert, Dr. Kirchhoff und Dr. Löffler

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 29. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 17. März 2011 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 2008 gegründete GIG - Verband für Gewerbetreibende im Glücksspielwesen e.V. Der Beklagte zu 1 ist der Freistaat Bayern, der über seine Staatliche Lotterieverwaltung in Bayern Sofortlotterien veranstaltet. Der Kläger nimmt den Beklagten zu 1 und den Geschäftsführer der Staatlichen Lot-

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law



terieverwaltung in Bayern, den Beklagten zu 2, wegen Verstößen gegen das Verbot der Teilnahme Minderjähriger an öffentlichen Glücksspielen in Anspruch.

2 Die Satzung des Klägers bestimmt in § 5 Nr. 1, dass "juristische Personen des öffentlichen Rechts oder privatrechtliche Gesellschaften, an denen juristische Personen des öffentlichen Rechts unmittelbar oder mittelbar maßgeblich beteiligt sind ..." von der Mitgliedschaft ausgeschlossen sind. Gemäß § 3 Nr. 1 der Satzung bezweckt der Kläger ausschließlich die Förderung der Interessen privater Gewerbetreibender im Glücksspielwesen; zu diesem Zweck will er den lauteren Wettbewerb fördern und das Marktverhalten von Marktteilnehmern beobachten.

3 Der Kläger hat behauptet, er habe am 17. und 18. April 2009 von einer Minderjährigen bei verschiedenen Lottoannahmestellen des Beklagten zu 1 in Würzburg Testkäufe durchführen lassen. In neun von elf Fällen konnte die Testkäuferin am öffentlichen Glücksspiel teilnehmen.

4 Der Kläger hat, soweit für die Revisionsinstanz noch von Interesse, beantragt,

> den Beklagten unter Androhung von Ordnungsmitteln zu verbieten, bei geschäftlichen Handlungen im Bereich des Glücksspielwesens Personen unter 18 Jahren (Minderjährigen) den Erwerb von Sofortlotterielosen, insbesondere Astro- und/oder Bayernlose, und insoweit die Teilnahme an öffentlichen Glücksspielen zu ermöglichen und/oder diese Handlung durch Dritte zu begehen,
>
> hilfsweise,
>
> den Beklagten aufzugeben, geeignete Maßnahmen im Glücksspielwesen zu ergreifen und das Verbot der Teilnahme von Personen unter 18 Jahren (Minderjährigen) an öffentlichen Glücksspielen sicherzustellen und durchzusetzen.

5 Das Landgericht hat die Beklagten nach dem Unterlassungsantrag verurteilt. Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht die Klage als

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

unzulässig abgewiesen, weil sie rechtsmissbräuchlich sei. Mit der vom Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagten beantragen, verfolgt der Kläger seinen Unterlassungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

6 I. Das Berufungsgericht hat die Unzulässigkeit der Klage damit begründet, dass es rechtsmissbräuchlich sei, wenn der Kläger die Klagebefugnis gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG allein zu dem Zweck einsetze, unlauterem Wettbewerbsverhalten der staatlichen Lottogesellschaften entgegenzuwirken, sich aber kategorisch weigere, Wettbewerbsverstöße seiner Mitglieder zu verfolgen.

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

8 1. Wie der Senat nach Verkündung des Berufungsurteils entschieden hat, handelt der Kläger nicht rechtsmissbräuchlich, wenn er sich dauerhaft auf die Verfolgung von Wettbewerbsverstößen der staatlichen Lottogesellschaften beschränkt. Denn diese Beschränkung folgt bereits aus seinem - rechtlich unbedenklichen - Verbandszweck, ausschließlich die Interessen privater Gewerbetreibender im Glücksspielwesen zu vertreten und zu diesem Zweck den lauteren Wettbewerb zu fördern und das Marktverhalten von Marktteilnehmern zu beobachten (BGH, Urteil vom 17. August 2011 - I ZR 148/10, GRUR 2012, 411 Rn. 25 = WRP 2012, 453 - Glücksspielverband).

9 Besondere Umstände, die im Streitfall die Rechtsverfolgung durch den Kläger rechtsmissbräuchlich erscheinen lassen könnten, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt und sind auch sonst nicht ersichtlich.

10 2. Das Berufungsurteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar. Der Unterlassungsanspruch des Klägers ist zwar nur begründet, wenn er auch nach dem zum Zeitpunkt der Entscheidung geltenden Recht besteht (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 25. April 2012 - I ZR 105/10, GRUR 2012, 1279 Rn. 16 = WRP 2012, 1517 - DAS GROSSE RÄTSELHEFT). Der Verkauf von Lotterielosen an Minderjährige ist nach § 4 Abs. 3 des für Bayern seit dem 1. Juli 2012 geltenden Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrags aber weiterhin verboten.

11 3. Das Berufungsurteil ist somit aufzuheben. Der Senat kann nicht in der Sache selbst entscheiden, so dass sie zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen ist (§ 563 Abs. 1 ZPO). Das Berufungsgericht hat keine Feststellungen zur Begründetheit der Klage getroffen.

12 III. Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

13 Die Beklagten haben die vom Kläger geltend gemachten Verstöße mit Nichtwissen bestritten, weil die Annahmestellenleiter und deren Personal wegen der starken Kundenfrequenz keine Erinnerung an die Testbesuche mehr gehabt hätten. Die Vorgänge in den Annahmestellen, die selbständige Handelsvertreter des Beklagten zu 1 sind, sind nicht Gegenstand der eigenen Wahrnehmung der Beklagten. Deshalb ist ihr Bestreiten mit Nichtwissen nicht von vornherein unzulässig (§ 138 Abs. 4 ZPO). Allerdings handelt es sich bei den vom Kläger vorgetragenen Testkäufen um einen Vorgang im eigenen Ge-

schäfts- und Verantwortungsbereich der Beklagten zu 1. Das Berufungsgericht wird daher zu prüfen haben, ob die Beklagten rechtzeitig und in ausreichendem Umfang Erkundigungen zu diesen Vorfällen eingeholt haben (vgl. BGH, Urteil vom 19. April 2001 - I ZR 238/98, GRUR 2002, 190, 191 - DIE PROFIS).

Bornkamm Büscher Schaffert

Kirchhoff Löffler

Vorinstanzen:
LG München I, Entscheidung vom 25.02.2010 - 4 HKO 13834/09 -
OLG München, Entscheidung vom 17.03.2011 - 29 U 2820/10 -