Kommunikation & Recht

Betriebs-Berater für
• Medien • Telekommunikation • Multimedia

6
K&R

Editorial: Warum wir ein NetGB brauchen · *Brigitte Zypries*

361 Umfassende Änderung der Vorschriften über den Widerruf von Fernabsatzverträgen · *Dr. Thomas Engels*

364 Lizenzgebühren für Public Viewing? · *Fabian Reinholz*

368 Aktuelle Entwicklungen in der Providerhaftung im Jahr 2009 *Dr. Christian Volkmann*

375 Medienrechtliche Einordnung des NVOD *Prof. Dr. Hubertus Gersdorf*

383 Der Kampf um die Netzneutralität oder die Frage, warum ein Netz neutral sein muss · *Dr. Frederic Ufer*

389 FIFA vs. Ferrero – Letzte Runde oder nur weitere Etappe im Streit um WM-Marken? *Dr. André Soldner* und *Willem Rottstegge*

392 Länderreport Brüssel/EU · *Robert Klotz*

394 EuGH: Hinsendekosten dürfen nicht dem Widerrufenden auferlegt werden mit Kommentar von *Dr. Michael L. Ultsch*

407 BGH: Anforderungen an Leistungsaufforderung bei Software-Vertrag

411 OLG Hamm: Wettbewerbsverstoß durch fehlende Rücksendekostenvereinbarung und missverständlichen Hinweis zur Entsiegelung mit Kommentar von *Sebastian Dehißelles*

13. Jahrgang **Juni 2010** Seiten 361 – 432

Verlag Recht und Wirtschaft · Frankfurt am Main

nach sind Größenangaben in anderen als metrischen Einheiten nur zulässig, wenn die Angaben der gesetzlichen Einheit gleichzeitig erfolgt.

Dieser Verstoß fällt ausnahmsweise aber unter die Bagatellklausel des § 3 UWG, weil ihm jedenfalls zurzeit noch die Eignung fehlt, die Interessen von Mitbewerbern, Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen. Denn eine dahingehende Eignung ist nur anzunehmen, wenn eine objektive Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass die konkrete Handlung zu einer spürbaren Beeinträchtigung dieser Interessen führt (Köhler/Bornkamm, UWG, 28. Aufl., § 3 Rn. 116). Die Eignung zur spürbaren Beeinträchtigung fehlt nach Überzeugung des Gerichts, weil die Teilnehmer am hier relevanten Markt – zu denen auch die Mitglieder der Kammer gehören – in hohem Maße an Größenangaben in Zoll gewöhnt sind. Anders als bei Fernsehern wird die Bildschirmgröße im Computerbereich, etwa bei Monitoren, Laptops und Zubehör, wie digitalen Bilderrahmen bislang nahezu ausschließlich in Zoll angegeben. Erst seit wenigen Wochen ist eine zunehmende gleichzeitige Verwendung von Zentimeter- und Zollangaben in diesem Bereich festzustellen. Bezogen auf den Zeitpunkt des hier streitgegenständlichen Internetauftritts der Antragstellerin Ende Januar 2010 ist daher festzuhalten, dass die Marktteilnehmer durch die langjährige Praxis, Angaben nur in Zoll zu machen bzw. vorzufinden, derzeit durch ausschließliche Zollangaben noch nicht tangiert werden. Vielmehr liegt es sogar nahe, dass eine ausschließliche metrische Größenangabe bei diesen Produkten zurzeit bei vielen Marktteilnehmern eher verwirrend wirken würde. Nach alledem war der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung hier zurückzuweisen. … Gegenstandswert: 10 000,00 EUR

Verkauf von Trikots mit aufgedrucktem Schriftzug eines Wettveranstalters zulässig

OVG Bremen, Beschluss vom 23. 3. 2010 – 1 B 356/09 (rechtskräftig)

Vorinstanz: VG Bremen, 15. 10. 2009 – 5 V 1467/09

§ 9 GlüStV

Das Vertreiben von Fußballtrikots mit der Aufschrift eines gewerblichen Wettveranstalters, der keine Glücksspielerlaubnis besitzt, stellt keine Werbung für unerlaubte Glücksspiele dar. (Leitsatz der Redaktion)

Sachverhalt

Die Antragstellerin betreibt bundesweit Warenhäuser. Sie bietet in ihrer Sportartikelabteilung in Bremen Fußballtrikots unter anderem der Vereine AC Mailand und Real Madrid an. Die Trikots sind mit der Aufschrift „b." versehen. Bei „b." bzw. der b. Ltd. handelt es sich um einen Veranstalter von Sportwetten, der im Bundesland Bremen nicht konzessioniert ist. Mit Verfügung vom 4. 9. 2009 untersagte die Antragsgegnerin der Antragstellerin, in ihrem Warenhaus Sportwetten zu bewerben, für die von der in der Freien Hansestadt Bremen zuständigen Behörde keine Genehmigung erteilt worden ist (Ziffer 1). Für jeden Fall der Zuwiderhandlung wurde die Festsetzung eines Zwangsgeldes in Höhe von 10 000,00 Euro angedroht (Ziffer 2); insoweit wurde die sofortige Vollziehung angeordnet. Die Antragstellerin hat am 21. 9. 2009 Klage erhoben und zugleich die Aussetzung der sofortigen Vollziehung beantragt. Mit Schriftsatz vom 13. 10. 2009 hat die Antragsgegnerin die Höhe des angedrohten Zwangsgeldes auf 1000,00 Euro herabgesetzt. Das VG Bremen – 5. Kammer – hat mit Beschluss vom 15. 10. 2009 die aufschiebende Wirkung der Klage hinsichtlich Ziffer 1 der Verfügung vom 4. 9. 2009 angeordnet und hinsichtlich Ziffer 2 wiederhergestellt. Zur Begründung hat das VG ausgeführt, dass die Antragstellerin zwar nicht für unerlaubte Glücksspiele werbe, eine solche Werbung aber zumindest bedingt vorsätzlich ermögliche und die Untersagungsverfügung deshalb tatbestandlich nicht zu beanstanden sei. Die Verfügung sei aber ermessensfehlerhaft, weil die Antragsgegnerin keine ausreichenden Ermittlungen zum Absatz der Trikots angestellt habe. Dagegen richtet sich die Beschwerde der Antragsgegnerin.

Aus den Gründen

Die Beschwerde der Antragsgegnerin ist zulässig, aber unbegründet. Das OVG gelangt bei der im Rahmen eines Verfahrens nach § 80 Abs. 5 VwGO gebotenen Interessenabwägung ebenso wie das VG zu den Ergebnis, dass das Interesse der Antragstellerin, einstweilen von der Durchsetzung der Verfügung vom 4. 9. 2009 verschont zu bleiben, das öffentliche Interesse an der Aufrechterhaltung der sofortigen Vollziehung überwiegt. Denn es erscheint überwiegend wahrscheinlich, dass die Verfügung im Klageverfahren keinen Bestand haben wird.

Nach den Bestimmungen des Glücksspielstaatsvertrags – GlüStV, der am 18. 12. 2007 von der Bremischen Bürgerschaft ratifiziert worden ist (BremGBl. Seite 499) und am 1. 1. 2008 in Kraft getreten ist, dürfen Glücksspiele, zu denen auch Sportwetten gehören (§ 3 Abs. 1 S. 3 GlüStV), nur mit Erlaubnis der zuständigen Behörde des jeweiligen Landes veranstaltet werden (§ 4 Abs. 1 S. 1 GlüStV). Der Vertrag bestimmt weiter, dass Werbung nur für Glücksspiele zulässig ist, die mit einer entsprechenden Erlaubnis veranstaltet werden (§ 5 Abs. 4 GlüStV). Der gewerbliche Wettveranstalter „b." besitzt keine Glücksspielerlaubnis der zuständigen bremischen Behörde, so dass in Bremen nicht für ihn geworben werden darf. Gemäß § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 3 GlüStV ist die zuständige Behörde befugt, die Werbung für unerlaubte Glücksspiele zu verbieten. Die Antragstellerin betreibt durch den Verkauf von Fußballtrikots der Vereine AC Mailand und Real Madrid, die mit der Aufschrift „b." versehen sind, indes keine Werbung für diesen Wettveranstalter. Deshalb sind bereits die tatbestandlichen Voraussetzungen für ein Einschreiten nach § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 3 GlüStV nicht gegeben. Nach der Definition des BGH ist Werbung „jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtung zu fördern" (U. v. 9. 6. 2005 – I ZR 279/02 – NJW 2005, 3716). Ihr ist insoweit ein „gewisses Aufforderungs- bzw. Anreizmoment immanent" (Begründung zum Glücksspielstaatsvertrag, Mitteilung des Senats vom 13. 2. 2007, Drs. 16/1304, Seite 22). Nach diesem Maßstab kann in dem Verkauf der beanstanden Fußballtrikots keine unerlaubte Werbung gesehen werden. Bei den Trikots handelt es sich um sogenannte Fansportartikel. Sie entsprechen den Originaltrikots der betreffenden Fußballvereine und werden von Anhängern dieser Vereine gekauft. Die Antragstellerin bietet in ihrem

Warenhaus vergleichbare Trikots von zahlreichen weiteren Fußballvereinen an, die ebenfalls mit Aufschriften von Vereinssponsoren versehen sind. In keinem Fall geht es der Antragstellerin darum, Werbung für die jeweiligen Sponsoren zu betreiben. Ihr Ziel ist es allein, die Nachfrage nach entsprechenden Fansportartikeln zu befriedigen und dadurch einen Verkaufserlös zu erzielen. Das einer Werbung innewohnende subjektive Element ist ersichtlich nicht gegeben. Entgegen der Ansicht des VG kann die Verfügung vom 4. 9. 2009 auch nicht auf die allgemeine Befugnisnorm des § 9 Abs. 1 S. 2 GlüStV gestützt werden. Diese Vorschrift sieht – generalklauselartig – vor, dass die zuständige Behörde berechtigt ist, die zur Durchsetzung des Glücksspielstaatsvertrags erforderlichen Maßnahmen im Einzelfall zu treffen. Die Antragsgegnerin hat im konkreten Fall ausdrücklich ein Werbeverbot erlassen und sich hierbei auf § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 3 GlüStV gestützt. Das untersagte Verhalten ist durch die Verfügung klar umrissen, es betrifft das Betreiben von Werbung. Ein Verhalten im „Vorfeld" der Werbung wird der Antragstellerin mit der Verfügung nicht untersagt. Einer Umdeutung der Verfügung steht nicht nur die erkennbare Absicht der Antragsgegnerin (vgl. § 47 Abs. 2 BremVwVfG), sondern auch das Gebot der hinreichenden Bestimmtheit des Verwaltungsakts (§ 37 Abs. 1 BremVwVfG) entgegen. Aus diesem Grund mag dahinstehen, ob ein Rückgriff auf § 9 Abs. 1 S. 2 GlüStV in einem Fall wie dem vorliegenden überdies am Vorrang der speziellen Regelung des § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 3 GlüStV scheitern würde. …

Hinweis der Redaktion:

Die Entscheidung wurde eingesandt von RA Dr. Wulf Hambach, München.

Kommentar

RA Dr. Wulf Hambach, RA Dr. Bernd Berberich, München*

Die vorliegende Entscheidung des OLG Bremen überzeugt sowohl hinsichtlich des Ergebnisses als auch in der Begründung. Wie schon die Vorinstanz erkennt das Gericht, dass der Begriff der „Werbung" maßgeblich davon geprägt ist, dass ein Handeln darauf gerichtet sein muss, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen zu fördern (subjektives Element). In der Sache stellt das OVG mit erfreulich klaren Worten fest, dass es einem Warenkaufhaus beim Verkauf von Fußballtrikots regelmäßig allein um die Erzielung eines eigenen Verkaufserlöses geht. Eine werbende Zielrichtung hinsichtlich des auf dem Fußballtrikot erkennbaren Logos eines Sponsors ist eindeutig zu verneinen. Anders als die Vorinstanz beging das OVG nicht den Fehler, in einem zweiten Schritt den Begriff der „Werbung" künstlich aufzuspalten. So wurde noch vom VG Bremen argumentiert, dass es sich bei der Aufschrift „b." auf den Trikots durchaus um Werbung handele und es lediglich eine Frage der Störerauswahl auf Ermessensebene sei, ob die Behörde auch gegen das die Trikots verkaufende Warenhaus vorgehen könne.[1] Zu Recht ist das OVG Bremen dieser verfassungsrechtlich bedenklichen Aufspaltung des Begriffs der „Werbung" entgegengetreten. Es ist schon bei der Auslegung des Begriffs „Werbung" schlichtweg unmöglich, den konkreten Kontext des Handelnden außer Acht zu lassen. Ein und dieselbe Handlung kann demzufolge Werbung sein oder auch nicht, je nachdem, von wem in welchem Kontext die Handlung vorgenommen wird. Etwa bezogen auf das Tragen von Fußballtrikots mit aufgedrucktem Werbelogo kommt es entscheidend darauf an, wer ein solches Trikot in welchem Kontext trägt oder vertreibt. Gegenüber einem Warenverkaufshaus, welches – wie festgestellt – selbst keine werbende Zielrichtung verfolgt, ist demzufolge ein Werbeverbot schon mangels „Werbung" unmöglich und geht damit ins Leere.

Ein solches Begriffsverständnis von „Werbung" im Sinne des GlüStV kann über den Fall hinaus fruchtbar gemacht werden. Etwa bei der Werbung für kostenlose Pokerschulen wird darin teilweise auch eine Werbung für unerlaubtes Glücksspiel gesehen. Begründet wird dies vor allem damit, dass wesentliche Begriffsmerkmale des Logos identisch sind.[2] Auch insoweit wird verkannt, dass es nicht primär auf die objektive Ähnlichkeit eines Logos ankommt, sondern vielmehr darauf, in welchem Kontext ein Logo von wem mit welchem Ziel eingesetzt wird (subjektives Element). Jedenfalls wenn ein wirtschaftlich selbständiges Unternehmen wie z. B. die Rational Poker School Ltd. in Deutschland ausschließlich für eine eigene kostenlose Pokerplattform wie www.PokerStars.de wirbt, darf nicht ohne weiteres unterstellt werden, dass damit zwingend eine werbende Zielrichtung für ein anderes Unternehmen bzw. deren Seiten – wie beispielsweise die Seiten www.Pokerstars.it oder www.Pokerstars.com der Rational Entertainment Enterprises Ltd. – einhergeht.[3] Insoweit muten die teilweise verzweifelten Versuche deutscher Behörden, Werbung für Glücksspiele selbst im entgrenzten Bereich des Internet verbieten zu wollen, anachronistisch an. Das Vorhaben deutscher Glücksspielaufsichtsbehörden zuletzt Sportbekleidung zensieren zu wollen, um ein fragwürdiges Werbeverbot durchzusetzen, ist rechtlich haltlos und in seiner Aus(-sen)wirkung schlichtweg peinlich. Andere europäische Staaten wie Dänemark, Frankreich oder Italien haben die Zeichen der Zeit erkannt, wenn sie eine Kanalisierung des Spieltriebs über eine kontrollierte Zulassung von kommerzieller Werbung ausgewählter privater Anbieter erreichen wollen.[4]

Hinweise der Redaktion:

Siehe auch den Beitrag von *Hambach/Berberich*, „Kostenlose Online-Pokerschulen – ‚Werbung' für unerlaubtes Glücksspiel?", K&R 2010, 237 ff. (Heft 4) sowie den Beitrag von *Hambach/Münstermann*, „50-Cent-Gewinnspiele: Im TV erlaubt, im Internet verboten?", K&R 2009, 457 ff.

* Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. VIII.

1 Die Vorinstanz bejahte dies unter Heranziehung eines weiten Störer-Begriffsverständnisses und nahm lediglich dahingehend einen Ermessensfehler der Behörde an, dass diese sich nicht mit der Anzahl der verkauften Trikots und damit der Schwere des Verstoßes hinreichend auseinandergesetzt hatte.

2 In diese Richtung etwa VG München, 7. 9. 2009 – M 22 S 09.3403, mit Kommentar von *Liesching*, MMR 2010, 59 ff. sowie LG Hamburg, 5. 3. 2010 – 406 O 43/09. Ausführlich zu diesem Problemfeld vgl. *Hambach/Berberich*, K&R, 2010, 237 ff.

3 Im Ergebnis: so auch Prof. Dr. *Günter Heine* in „Rechtsgutachten zur Strafbarkeit des Bewerbens einer Online-Pokerschule ohne Geldeinsatz" vom 18. 2. 2009; vgl. auch *Hambach/Berberich*, K&R, 2010, 237 ff.

4 Instruktiv insoweit die Pressemitteilung vom 21. 4. 2010 zu einer Veranstaltung der Friedrich-Naumann-Stiftung, abrufbar unter http://www.timelaw.de/cms/front_content.php?idcat=7&idart=551.