BGH v. 14.02.2008 - I ZR 13/06

Leitsatz

[1] Diese Entscheidung enthält keinen zur Veröffentlichung bestimmten Leitsatz.

Gesetz(e):

UWG § 1 a.F.; UWG § 3; UWG § 4 Nr. 11; UWG § 8 Abs. 1 Satz 1; StGB § 17 Satz 1; StGB § 284; StGB § 284 Abs. 1; StGB § 284 Abs. 4

Instanzenzug:

LG Köln, 31 O 600/04 28.04.2005 OLG Köln, 6 U 91/05 09.12.2005

Tatbestand

Die Klägerin veranstaltet in Nordrhein-Westfalen die bundesweit von den 16 Landeslotteriegesellschaften gemeinsam durchgeführte Sportwette ODDSET. Sie beanstandet die Beteiligung der Beklagten an einer im Internet von der Interwetten C. Ltd. mit Sitz auf Zypern in Zusammenarbeit mit der Internet W. AG in Österreich angebotenen Sportwette als wettbewerbswidrig.

Der Beklagten zu 1 wurde vom Gewerbeamt der Stadt D. am 28. August 1990 unter ihrer damaligen Firma "Sportwetten D. GmbH" eine Erlaubnis zum Abschluss und zur Vermittlung von Wetten erteilt. Am 16. Februar 2004 erhielt sie von der Landesregierung des österreichischen Bundeslandes Steiermark die Bewilligung zum gewerbsmäßigen Abschluss von Wetten in diesem Bundesland. Der Beklagte zu 2 war seit dem 20. Januar 2003 als Geschäftsführer der Beklagten zu 1 in das Handelsregister eingetragen und hat die Internetseite www.i. .de betrieben. Inhaberin der Internetadresse ist die Beklagte zu 3, deren Geschäftsführer der Beklagte zu 5 ist. Der Beklagte zu 4 war früher Mitgeschäftsführer der Beklagten zu 3. Der Beklagte zu 6 war zeitweilig Administrator der Internetadresse, von der Nutzer über verschiedene Links auf die Internetseite www.i. .com geleitet wurden. Diese Seite enthielt in deutscher Sprache das Angebot der Interwetten C. Ltd. zur Teilnahme an Sportwetten.

Die Klägerin hält das Angebot der Interwetten C. Ltd. für ein auch in Deutschland durchgeführtes verbotenes Glücksspiel und hat die Beklagten als Mittäter der zypriotischen Veranstalterin wegen Wettbewerbsverstoßes in Anspruch genommen.

Die Klägerin hat, soweit in der Revisionsinstanz noch von Bedeutung, beantragt,

die Beklagten zu 2 bis 5 zu verurteilen, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs wie unter 1. des Tenors der landgerichtlichen Entscheidung wiedergegeben in der Bundesrepublik Deutschland ohne behördliche Erlaubnis Sportwetten anzubieten und/oder zu bewerben.

Ferner hat sie Auskunftserteilung und Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten zu 2 bis 5 - begrenzt auf den Zeitraum seit dem 1. Juli 2004 und auf das Gebiet von Nordrhein-Westfalen - begehrt.

Das Landgericht hat die Beklagten - den Beklagten zu 6 auf sein Anerkenntnis hin - antragsgemäß verurteilt. Hinsichtlich der Klage gegen die Beklagte zu 1 haben die Parteien den Rechtsstreit übereinstimmend für erledigt erklärt. Die Berufung der Beklagten zu 2 bis 5 ist erfolglos geblieben (OLG Köln ZUM 2006, 230 = MMR 2006, 230 = CR 2006, 553).

Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgen die Beklagten zu 2 bis 5 ihr auf Klageabweisung gerichtetes Begehren weiter.

1 Nachschlagewerk: nein; BGHZ: nein; BGHR: nein

© NWB Verlag. Das Dokument darf ausschließlich im vertraglich vereinbarten Rahmen und in den Grenzen des Urheberrechts genutzt werden. Die Veröffentlichung im Internet ist nicht gestattet.

Gründe

I. Das Berufungsgericht hat angenommen, der Klägerin stünden die geltend gemachten Ansprüche gegen die Beklagten zu 2 bis 5 aus §§ 3, 4 Nr. 11 UWG i.V. mit § 284 Abs. 1 und 4 StGB zu. Zur Begründung hat es ausgeführt:

Die Veranstaltung von Sportwetten durch die Interwetten C. Ltd. im Internet verstoße als Glücksspiel gegen § 284 StGB. Das Angebot der Interwetten C. Ltd. richte sich auch an deutsche Verbraucher. Weder die Beklagten noch die Interwetten C. Ltd. verfügten über eine Erlaubnis einer inländischen zuständigen Behörde. Auf eine in einem anderen Land erteilte Erlaubnis komme es nicht an. Die von der Stadt D. der Sportwetten D. GmbH erteilte Gewerbeerlaubnis gestatte nicht die Beteiligung an von anderen im Ausland durchgeführten Sportwetten und komme im Übrigen den Beklagten nicht zugute. Die Beklagten zu 2 bis 5 hafteten als Mittäter für ihr unzulässiges Mitwirken an der Durchführung der Sportwetten.

II. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision führen zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Abweisung der gegen die Beklagten zu 2 bis 5 (nachfolgend: die Beklagten) gerichteten Klage, soweit sie in der Revisionsinstanz noch anhängig ist.

1. Der Klägerin steht gegen die Beklagten kein Anspruch auf Unterlassung nach § 8 Abs. 1 Satz 1, §§ 3, 4 Nr. 11 UWG, § 1 UWG a.F. i.V. mit § 284 Abs. 1 und 4 StGB zu.

a) Die Frage, ob die Klägerin die geltend gemachte Unterlassung beanspruchen kann, ist nach dem zum Zeitpunkt der Entscheidung geltenden Recht zu beurteilen (BGHZ 141, 329, 336 - Tele-Info-CD, m.w.N.), also nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 3. Juli 2004 i.V. mit § 284 StGB und den Vorschriften für das Angebot und die Durchführung der in Rede stehenden Sportwetten in der gegenwärtig geltenden Fassung. Soweit der Unterlassungsanspruch auf Wiederholungsgefahr gestützt ist, besteht er allerdings nur, wenn das beanstandete Verhalten auch schon zur Zeit seiner Begehung wettbewerbswidrig war (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urt. v. 13.7.2006 - I ZR 234/03, GRUR 2006, 953 Tz. 14 = WRP 2006, 1505 - Warnhinweis II). Nichts anderes gilt für den Fall der Erstbegehungsgefahr, wenn sie auf einem Verhalten noch unter der Geltung früheren Rechts beruht (vgl. BGH, Urt. v. 12.7.2007 - I ZR 18/04, GRUR 2007, 890 Tz. 18 = WRP 2007, 1173 - Jugendgefährdende Medien bei eBay; zum Abdruck in BGHZ 173, 188 vorgesehen). Im Streitfall, in dem Verletzungshandlungen ab dem 1. Juli 2004 geltend gemacht werden, braucht zwischen den für die Beurteilung von Wettbewerbsverstößen durch Rechtsbruch maßgeblichen Vorschriften des alten und des neuen Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb nicht unterschieden zu werden, weil die Regelung nach § 4 Nr. 11 UWG der neueren Rechtsprechung zu § 1 UWG a.F. (vgl. BGHZ 150, 343, 347 f. - Elektroarbeiten) entspricht (vgl. Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucks. 15/1487, S. 19 zu § 4 Nr. 11 UWG). Hinsichtlich der die Durchführung von Sportwetten regelnden Vorschriften ist eine etwaige Änderung der Rechtslage durch das Sportwetten-Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 28. März 2006 (1 BvR 1054/01, BVerfGE 115, 276 = GRUR 2006, 688 = WRP 2006, 562) zu beachten.

b) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts haben die Beklagten durch die beanstandeten Verletzungshandlungen keine unlauteren Wettbewerbshandlungen i.S. von §§ 3, 4 Nr. 11 UWG, § 1 UWG a.F. begangen, weil die im Zeitpunkt der vor dem 28. März 2006 begangenen Verletzungshandlungen in Nordrhein-Westfalen geltenden Regelungen über die Veranstaltung, Durchführung und Vermittlung von öffentlichen Glücksspielen gegen nationales Verfassungsrecht und gegen Gemeinschaftsrecht verstießen. Die Unlauterkeit der beanstandeten Wettbewerbshandlungen der Beklagten ist zu verneinen, weil das in Nordrhein-Westfalen und in anderen deutschen Bundesländern errichtete staatliche Wettmonopol in seiner gesetzlichen und tatsächlichen Ausgestaltung in dem im Streitfall maßgeblichen Zeitraum einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Berufsfreiheit privater Wettanbieter darstellte und deshalb mit Art. 12 Abs. 1 GG unvereinbar war. Zugleich lag

© NWB Verlag. Das Dokument darf ausschließlich im vertraglich vereinbarten Rahmen und in den Grenzen des Urheberrechts genutzt werden. Die Veröffentlichung im Internet ist nicht gestattet.

darin eine nicht gerechtfertigte Beschränkung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs nach Art. 43 und 49 EG.

aa) Die Aufgabe, im Einzelnen zu konkretisieren, welche Handlungsweisen als unlauter i.S. von § 3 UWG, § 1 UWG a.F. anzusehen sind, obliegt der Rechtsprechung (vgl. Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucks. 15/1487, S. 16 zu § 3 UWG). Dabei ist sowohl auf die verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen Rücksicht zu nehmen als auch der Vorrang des Gemeinschaftsrechts zu beachten. Die Auslegung muss insbesondere die Tragweite der Grundrechte berücksichtigen und darf im Ergebnis nicht zu einer unverhältnismäßigen Beschränkung grundrechtlicher Freiheiten führen (vgl. BVerfG, Kammerbeschl. v. 17.4.2000 - 1 BvR 721/99, WRP 2000, 720, 721 - Sponsoring; Kammerbeschl. v. 1.8.2001 - 1 BvR 1188/92, GRUR 2001, 1058 = WRP 2001, 1160, 1161 - Therapeutische Äquivalenz). Aus diesem Grund kann der Verstoß gegen eine Regelung, die wegen eines unverhältnismäßigen Eingriffs in die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit verfassungswidrig ist und gegen Gemeinschaftsrecht (Art. 43 und 49 EG) verstößt, nicht als unlautere Wettbewerbshandlung i.S. von §§ 3, 4 Nr. 11 UWG, § 1 UWG a.F. angesehen werden (vgl. auch Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 26. Aufl., § 3 Rdn. 16, 18, 31; Link in jurisPK-UWG, § 4 Nr. 11 Rdn. 28 f.).

bb) Das Bundesverfassungsgericht hat mit seinem Sportwetten-Urteil vom 28. März 2006 (BVerfGE 115, 276) für die Rechtslage in Bayern entschieden, dass das dort errichtete staatliche Wettmonopol in seiner damaligen gesetzlichen und tatsächlichen Ausgestaltung und die dadurch begründete Beschränkung der Vermittlung von Sportwetten einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Berufsfreiheit darstellten und deshalb mit Art. 12 Abs. 1 GG nicht zu vereinbaren sind. Den an entsprechender beruflicher Tätigkeit interessierten Personen sei der - strafbewehrte - Ausschluss gewerblicher Wettangebote durch private Wettunternehmen nur dann zumutbar, wenn das bestehende Wettmonopol auch in seiner konkreten Ausgestaltung der Vermeidung und Abwehr von Spielsucht und problematischem Spielverhalten diene (BVerfGE 115, 276 Tz. 79, 119).

Das Bundesverfassungsgericht hat zwar anerkannt, dass dem staatlichen Wettmonopol und der dadurch beabsichtigten Begrenzung und Ordnung des Wettwesens legitime Gemeinwohlziele zugrunde liegen - vornehmlich die Bekämpfung der Spiel- und Wettsucht sowie der Schutz der Verbraucher, insbesondere vor irreführender Werbung - und dass die gesetzliche Errichtung eines staatlichen Wettmonopols grundsätzlich ein geeignetes und erforderliches Mittel zur Erreichung dieser Ziele ist (BVerfGE 115, 276 Tz. 97 f., 111, 115). Dagegen scheiden fiskalische Interessen des Staates als solche zur Rechtfertigung der Errichtung eines Wettmonopols aus (BVerfGE 115, 276 Tz. 107). Jedoch ist ein solches Monopol verfassungsrechtlich nur gerechtfertigt, wenn das in seinem Rahmen eröffnete Sportwettenangebot ODDSET in seiner konkreten gesetzlichen und tatsächlichen Ausgestaltung konsequent an seinem legitimen Hauptzweck ausgerichtet ist, nämlich an dem Ziel der Begrenzung der Wettleidenschaft und der Bekämpfung der Spiel- und Wettsucht. An einer solchen konsequenten Ausrichtung der Regelung des Sportwettenrechts an den legitimen Gemeinwohlzielen fehlte es in Bayern vor 2006. Weder das Gesetz über die vom Freistaat Bayern veranstalteten Lotterien und Wetten (Staatslotteriegesetz) vom 29. April 1999 (BayGVBl. S. 226) noch die Vorschrift des § 284 StGB sowie die Regelungen in dem am 1. Juli 2004 in Kraft getretenen Staatsvertrag zum Lotteriewesen in Deutschland (BayGVBl. 2004, S. 230; im Folgenden: Lotteriestaatsvertrag 2004) gewährleisteten hinreichend, dass das staatliche Wettangebot konsequent in den Dienst einer aktiven Suchtbekämpfung und der Begrenzung der Wettleidenschaft gestellt sei und ein Konflikt mit fiskalischen Interessen des Staates, der durch das eigene Wettangebot erhebliche Einnahmen erziele, nicht zugunsten dieser aufgelöst werde (BVerfGE 115, 276 Tz. 127). Auch die Strafvorschrift des § 284 StGB beseitige das verwaltungsrechtliche Regelungsdefizit einer konsequent am Ziel der Begrenzung der Wettleidenschaft und der Bekämpfung der Suchtgefahren ausgerichteten Gesamtregelung nicht, weil sie keine inhaltlichen Vorgaben für die Ausgestaltung des Wettangebots enthalte (BVerfGE 115, 276 Tz. 129). Dieses Regelungsdefizit spiegele

© NWB Verlag. Das Dokument darf ausschließlich im vertraglich vereinbarten Rahmen und in den Grenzen des Urheberrechts genutzt werden. Die Veröffentlichung im Internet ist nicht gestattet.

sich auch in der tatsächlichen Ausgestaltung des staatlichen Wettmonopols in Bayern wider, weil vor allem der Vertrieb der Sportwette ODDSET nicht aktiv an einer Bekämpfung von Spielsucht und problematischem Spielverhalten ausgerichtet sei, sondern das tatsächliche Erscheinungsbild dem der wirtschaftlich effektiven Vermarktung einer grundsätzlich unbedenklichen Freizeitbeschäftigung entspreche (BVerfGE 115, 276 Tz. 134).

Diese verfassungsrechtliche Beurteilung trifft, wie das Bundesverfassungsgericht im Anschluss an sein Urteil vom 28. März 2006 entschieden hat, auf die Rechtslage in Nordrhein-Westfalen gleichermaßen zu (Kammerbeschlüsse v. 2.8.2006 - 1 BvR 2677/04, WM 2006, 1646 Tz. 16 und v. 29.8.2006 - 1 BvR 2772/04, WM 2006 1930 Tz. 17). Danach ist die Ausgestaltung des staatlichen Sportwettenmonopols in Nordrhein-Westfalen vor dem 28. März 2006 als mit Art. 12 Abs. 1 GG unvereinbar anzusehen, weil es dem entsprechenden nordrhein-westfälischen Sportwettenrecht vor und nach dem Inkrafttreten des von sämtlichen Bundesländern ratifizierten Lotteriestaatsvertrags am 1. Juli 2004 an Regelungen fehlte, die eine konsequente und aktive Ausrichtung des in Nordrhein-Westfalen zulässigen Sportwettenangebots am Ziel der Begrenzung der Wettleidenschaft und Bekämpfung der Wettsucht materiell und strukturell gewährleisteten (BVerfG WM 2006, 1646 Tz. 17).

cc) Hinsichtlich der Folgen, die sich daraus für die strafrechtliche Beurteilung ergeben, hat der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs inzwischen entschieden, dass § 284 StGB auf die in der Zeit vor dem Sportwetten-Urteil des Bundesverfassungsgerichts ohne Vorliegen einer behördlichen Genehmigung betriebene gewerbliche Vermittlung von Sportwetten aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht anwendbar ist (BGH, Urt. v. 16.8.2007 - 4 StR 62/07, WRP 2007, 1363 = NJW 2007, 3078 Tz. 12, 20). Der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat dabei in der von ihm entschiedenen Strafsache nicht nur die Entscheidung des Landgerichts bestätigt, das den Angeklagten aus tatsächlichen Gründen vom Vorwurf unerlaubter Veranstaltung eines Glücksspiels mit der Begründung freigesprochen hatte, es sei wegen der unklaren Rechtslage von einem unvermeidbaren Verbotsirrtum des Angeklagten i.S. des § 17 Satz 1 StGB auszugehen. Er hat vielmehr auf der Grundlage der die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 28. März 2006 tragenden Erwägungen weiter ausgeführt, dass auch das Sportwettengesetz des betreffenden Bundeslandes (Saarland) im Tatzeitraum mit dem Grundgesetz unvereinbar gewesen sei und deshalb die Strafnorm des § 284 StGB auf den zu beurteilenden Sachverhalt aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht anwendbar, der Angeklagte mithin (auch) aus rechtlichen Gründen freizusprechen gewesen wäre (BGH WRP 2007, 1363 Tz. 12). Das Bundesverfassungsgericht habe zwar das (bayerische) Staatslotteriegesetz nicht für nichtig erklärt, was wegen der Verwaltungsakzessorietät des § 284 StGB auch eine Strafbarkeit nach dieser Vorschrift ausgeschlossen hätte. Vielmehr habe das Bundesverfassungsgericht es als nach Maßgabe der Gründe mit Art. 12 Abs. 1 GG unvereinbar erklärt, dass nach dem Staatslotteriegesetz Sportwetten nur staatlicherseits veranstaltet und nur derartige Wetten gewerblich vermittelt werden dürften, ohne dabei das Monopol konsequent am Ziel der Bekämpfung der Suchtgefahren auszurichten. Auch wenn die in der Entscheidungsformel enthaltene Unvereinbarkeitserklärung des Bundesverfassungsgerichts die Strafvorschrift des § 284 StGB nicht unmittelbar betreffe, diese Strafvorschrift als solche vielmehr verfassungsrechtlich unbedenklich sei, schränke die Entscheidung "nach Maßgabe der Gründe" auch deren Anwendungsbereich ein. Denn das durch § 284 StGB begründete strafrechtliche Verbot der Veranstaltung unerlaubten Glücksspiels sei Teil der Gesamtregelung, die zumindest in der Vergangenheit das den verfassungswidrigen, mit Art. 12 GG unvereinbaren Eingriff in die Berufsfreiheit begründende staatliche Wettmonopol ausgemacht habe. Dieser Zustand würde aufrechterhalten, wäre die Strafvorschrift auf abgeschlossene Sachverhalte weiterhin uneingeschränkt anwendbar (BGH WRP 2007, 1363 Tz. 21).

Aus der verwaltungsakzessorischen Natur des § 284 StGB folge, dass die Frage der Strafbarkeit nicht losgelöst von der verfassungsrechtlichen Beurteilung der landesrechtlichen Gesamtregelung

© NWB Verlag. Das Dokument darf ausschließlich im vertraglich vereinbarten Rahmen und in den Grenzen des Urheberrechts genutzt werden. Die Veröffentlichung im Internet ist nicht gestattet.

des Sportwettenrechts zu beantworten sei. Ein Anbieter von Sportwetten, der in der Vergangenheit nicht zunächst den Verwaltungsrechtsweg beschritten habe, um eine behördliche Erlaubnis i.S. von § 284 StGB zu erlangen, sei daher nicht nach dieser Strafvorschrift strafbar, wenn die fehlende Erlaubnis auf einem Rechtszustand beruhe, der seinerseits die Rechte des Betreibers von Glücksspielen in verfassungswidriger Weise verletze. So verhalte es sich nach Maßgabe der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zumindest im Zeitraum vor dem Sportwetten-Urteil des Bundesverfassungsgerichts. Zu jener Zeit habe der Staat unter Androhung von Strafe verboten, was er selbst betrieben habe, ohne rechtlich und organisatorisch sichergestellt zu haben, dass er sich nicht mit den von ihm selbst für das Verbot geltend gemachten Zielen in Widerspruch setzte. Zudem sei im Saarland ebenso wie in Bayern von vornherein kein auf eine präventive Kontrolle gerichtetes Genehmigungsverfahren für die private Vermittlung von Sportwetten vorgesehen, sondern diese auch im Falle ihrer Unbedenklichkeit ohne die Möglichkeit einer Erlaubniserteilung unter Androhung von Strafe verboten gewesen. Gerade für diesen Fall habe das Bundesverfassungsgericht aber den strafbewehrten Ausschluss als für den an entsprechender beruflicher Tätigkeit Interessierten unzumutbar bezeichnet (BGH WRP 2007, 1363 Tz. 22).

dd) Der erkennende Senat folgt für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung nach den §§ 3, 4 Nr. 11 UWG, § 1 UWG a.F. der vorstehend dargestellten Auffassung des 4. Strafsenats des Bundesgerichtshofs. Danach sind vor der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 28. März 2006 begangene Handlungen der privaten Vermittlung und Veranstaltung von Sportwetten nicht strafbar, auch wenn sie den Tatbestand des § 284 StGB erfüllen.

Die Nichtanwendbarkeit des § 284 StGB aus den dargelegten verfassungsrechtlichen Gründen führt dazu, dass ein entsprechendes Verhalten kein nach den §§ 3, 4 Nr. 11 UWG, § 1 UWG a.F. unzulässiges Handeln im Wettbewerb darstellt. Die bei der Auslegung des Rechtsbruchtatbestands zu berücksichtigenden Schutzzwecke des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb in der alten und neuen Fassung gebieten es nicht, das Anbieten, Veranstalten oder Vermitteln von Sportwetten trotz der verfassungswidrigen Regelung des staatlichen Wettmonopols gleichwohl als unlauter zu beurteilen, wenn diese Handlungen ohne (deutsche) behördliche Genehmigung vorgenommen worden sind. Zum Schutz der Mitbewerber ist dies nicht erforderlich, weil es sich bei den Mitbewerbern aufgrund des Wettmonopols nur um staatliche Wettanbieter handeln kann und somit durch die Gewährung wettbewerbsrechtlicher Ansprüche letztlich der verfassungswidrige Eingriff in die Grundrechte der privaten Wettanbieter vertieft würde. Soweit mit dem Angebot oder der Durchführung von Sportwetten Nachteile für die Verbraucherinnen und Verbraucher verbunden sein können, wie beispielsweise bei irreführender Werbung, Täuschung über die Gewinnchancen oder sonstiger unangemessener unsachlicher Einflussnahme (vgl. BVerfGE 115, 276 Tz. 103), kann solchen Gefahren hinreichend mit wettbewerbsrechtlichen Ansprüchen begegnet werden, die sich auf die im Einzelfall vorliegenden unlauterkeitsbegründenden Umstände stützen (§ 3 i.V. mit § 4 Nr. 1 und 5, § 5 UWG, §§ 1, 3 UWG a.F.). Das Unterlassungsbegehren der Klägerin stellt jedoch auf solche besonderen Umstände nicht ab. Sie beanstandet das Verhalten der Beklagten vielmehr allein wegen des Fehlens einer (deutschen) behördlichen Genehmigung.

ee) Aus den oben dargelegten Gründen verstieß die im Zeitraum der Vornahme der Verletzungshandlungen bestehende gesetzliche Regelung des staatlichen Wettmonopols in Nordrhein-Westfalen auch gegen Gemeinschaftsrecht (Art. 43 und 49 EG). Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften ist die Unterbindung der Vermittlung von Sportwetten in andere Mitgliedstaaten nur dann mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar, wenn ein Staatsmonopol dem Ziel dient, die Gelegenheiten zum Spiel zu vermindern, und die Finanzierung sozialer Aktivitäten mit Hilfe einer Abgabe auf die Einnahmen aus genehmigten Spielen nur eine nützliche Nebenfolge, nicht aber der eigentliche Grund der betriebenen restriktiven Politik ist (vgl. EuGH, Urt. v. 6.11.2003 - C-243/01, Slg. 2003, I-13076 Tz. 62, 67 = NJW 2004, 139 - Gambelli u.a.; Urt. v. 6.3.2007 - C-338/04, C-359/04 und C-360/04, WRP 2007, 525 Tz. 53 - Placanica u.a.). Die Vorgaben

© NWB Verlag. Das Dokument darf ausschließlich im vertraglich vereinbarten Rahmen und in den Grenzen des Urheberrechts genutzt werden. Die Veröffentlichung im Internet ist nicht gestattet.

des Gemeinschaftsrechts entsprechen insoweit denjenigen des Grundgesetzes (BVerfGE 115, 276 Tz. 144), so dass aus der vom Bundesverfassungsgericht festgestellten Verfassungswidrigkeit des in Bayern und Nordrhein-Westfalen bestehenden staatlichen Wettmonopols folgt, dass es auch gegen Gemeinschaftsrecht verstieß. Aus einem Verstoß gegen eine Marktverhaltensregelung, die mit Gemeinschaftsrecht nicht vereinbar ist, kann die Unlauterkeit einer Wettbewerbshandlung nach den §§ 3, 4 Nr. 11 UWG, § 1 UWG a.F. gleichfalls nicht hergeleitet werden. Soweit der früheren Senatsrechtsprechung eine im Hinblick auf die Anwendbarkeit des § 284 StGB abweichende wettbewerbsrechtliche Beurteilung entnommen werden könnte (vgl. BGHZ 158, 343, 352 - Schöner Wetten; BGH, Urt. v. 14.3.2002 - I ZR 279/99, GRUR 2002, 636, 637 = WRP 2002, 688 - Sportwetten), wird daran nicht festgehalten.

c) Können die von der Klägerin beanstandeten, vor dem 28. März 2006 begangenen Verletzungshandlungen der Beklagten folglich nicht als nach §§ 3, 4 Nr. 11 UWG, § 1 UWG a.F. i.V. mit § 284 StGB wettbewerbswidrig angesehen werden, so scheidet ein darauf unter dem Gesichtspunkt der Wiederholungsgefahr gestützter Unterlassungsanspruch der Klägerin aus. Dieser Beurteilung steht nicht entgegen, dass das Bundesverfassungsgericht die gesetzliche Regelung des staatlichen Wettmonopols in Bayern für verfassungswidrig, nicht aber für nichtig erklärt hat (BVerfGE 115, 276 Tz. 146; entsprechendes gilt für Nordrhein-Westfalen, vgl. BVerfG WM 2006, 1646 Tz. 18). Zwar hat das Bundesverfassungsgericht gleichzeitig ausgesprochen, dass für eine gesetzliche Neuregelung eine Übergangszeit bis zum 31. Dezember 2007 angemessen sei und die bisherige Rechtslage bis dahin anwendbar bleibe, so dass das gewerbliche Veranstalten von Wetten durch private Wettunternehmen und deren Vermittlung weiterhin als verboten angesehen und ordnungsrechtlich unterbunden werden könnten (BVerfGE 115, 276 Tz. 157 f.). Dies führt jedoch nicht dazu, dass der vor der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts begangene Verstoß der Beklagten gegen § 284 StGB als unlauter i.S. von §§ 3, 4 Nr. 11 UWG, § 1 UWG a.F. anzusehen ist. Zum einen wird die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der in Rede stehenden Regelungen von der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, die verfassungswidrige Regelung nicht für nichtig, sondern für eine Übergangszeit weiterhin für anwendbar zu erklären, nicht berührt. Wegen des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts ist eine mit ihm unvereinbare nationale Regelung ohne weiteres unbeachtlich. Zum anderen hat das Bundesverfassungsgericht die weitere Anwendbarkeit der bisherigen Rechtslage für die Übergangszeit bis zum 31. Dezember 2007 "mit der Maßgabe" verknüpft, dass unverzüglich ein Mindestmaß an Konsistenz zwischen dem Ziel der Begrenzung der Wettleidenschaft und der Bekämpfung der Wettsucht einerseits und der tatsächlichen Ausübung des Monopols hergestellt wird (BVerfGE 115, 276 Tz. 157). Die Weitergeltung des Verbots für die Übergangszeit und die daran anknüpfenden ordnungsrechtlichen Sanktionen setzten demnach eine Änderung zumindest der konkreten tatsächlichen Ausgestaltung des staatlichen Wettmonopols voraus, wie das Bundesverfassungsgericht mittlerweile in weiteren Entscheidungen mehrfach bestätigt hat (vgl. BVerfG, Kammerbeschl. v. 4.7.2006 - 1 BvR 138/05, WM 2006, 1644 Tz. 17 f.; Kammerbeschl. v. 19.10.2006 - 2 BvR 2023/06, WM 2006, 2326 Tz. 19; Beschl. v. 7.12.2006 - 2 BvR 2428/06, NJW 2007, 1521 Tz. 27). Daraus folgt im Gegenschluss, dass die (frühere) Rechtslage ohne eine solche tatsächliche Änderung der Ausgestaltung des staatlichen Wettmonopols, also auch die Rechtslage zum Zeitpunkt der im Streitfall in Rede stehenden Verletzungshandlungen, (weiterhin) als verfassungswidrig anzusehen ist und als Grundlage für ein Verbot ausscheidet (im Ergebnis ebenso BVerfG, Kammerbeschl. v. 22.11.2007 - 1 BvR 2218/06, WM 2008, 274 Tz. 30 ff. zur Unvereinbarkeit einer vor dem 28. März 2006 ergangenen ordnungsrechtlichen Untersagungsverfügung mit Art. 12 Abs. 1 GG). Das bedeutet, dass der vor der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts liegende Verstoß der Beklagten gegen § 284 StGB nicht als unlauter angesehen werden und folglich eine Wiederholungsgefahr nicht begründen kann.

Für eine Erstbegehungsgefahr bestehen keine hinreichenden Anhaltspunkte. Der Umstand, dass die Beklagten im vorliegenden Fall im Rahmen der Rechtsverteidigung geltend gemacht haben, zur Durchführung von Sportwetten ohne entsprechende (deutsche) Genehmigung berechtigt zu

© NWB Verlag. Das Dokument darf ausschließlich im vertraglich vereinbarten Rahmen und in den Grenzen des Urheberrechts genutzt werden. Die Veröffentlichung im Internet ist nicht gestattet.

sein, begründet noch keine Erstbegehungsgefahr (vgl. BGH, Urt. v. 16.3.2006 - I ZR 92/03, GRUR 2006, 879 Tz. 18 = WRP 2006, 1027 - Flüssiggastank). Dem Vorbringen der Beklagten kann zudem nicht entnommen werden, dass sie für sich das Recht, ohne Genehmigung Sportwetten in Deutschland durchzuführen oder anzubieten, selbst dann in Anspruch nehmen wollten, wenn nach einer Änderung der rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse - inzwischen haben die Länder einen neuen Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland unterzeichnet und in die jeweiligen Landesrechte übernommen, vgl. etwa für Baden-Württemberg das Gesetz vom 11. Dezember 2007 (GBl. v. 14.12.2007, S. 571) - von einer verfassungsgemäßen und gemeinschaftsrechtskonformen Rechtslage auszugehen wäre. Da Verhaltensweisen der Beklagten nach Erlass der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 28. März 2006 im Streitfall nicht zur Beurteilung stehen, braucht der Frage nicht nachgegangen zu werden, ob die inzwischen eingetretene Veränderung der rechtlichen (und tatsächlichen) Ausgestaltung des staatlichen Wettmonopols den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts genügt und wie sich die veränderte Rechtslage zu den aus dem Gemeinschaftsrecht folgenden Vorgaben verhält.

d) Die sich aus dem Sportwetten-Urteil des Bundesverfassungsgerichts ergebende Rechtslage ist nicht auf Bayern und Nordrhein-Westfalen beschränkt, sondern auf alle anderen Bundesländer zu übertragen, sodass der Klägerin auch hinsichtlich des übrigen Bundesgebiets der geltend gemachte Unterlassungsanspruch nicht zusteht. Die Notwendigkeit einer einheitlichen rechtlichen Beurteilung folgt zum einen daraus, dass die im Deutschen Lotto- und Totoblock zusammengeschlossenen Lotterieunternehmen der Länder die Sportwette ODDSET schon seit 1999 im Rahmen dieses Zusammenschlusses in einer gegen Art. 12 Abs. 1 GG, Art. 43 und 49 EG verstoßenden Weise betrieben haben (vgl. BVerfGE 115, 276 Tz. 2, 5 und 133). Zum anderen haben die Länder in dem am 1. Juli 2004 in Kraft getretenen Lotteriestaatsvertrag bundesweit einen einheitlichen Regelungsstand für die Veranstaltung, Durchführung und gewerbliche Vermittlung öffentlicher Glücksspiele vereinbart. Diese Vereinbarung haben alle Bundesländer in ihr jeweiliges Landesrecht umgesetzt, indem die Landtage dem Lotteriestaatsvertrag innerhalb der in ihm bestimmten Frist zugestimmt und im Zusammenhang damit den Lotteriestaatsvertrag mit Gesetzeskraft verkündet, durch eine Neuregelung oder Anpassung des bestehenden Landesrechts umgesetzt oder durch landesgesetzliche Ausfüllung der in ihm vorgesehenen Regelungsspielräume ausgeführt haben (BVerfG, Kammerbeschl. v. 10.1.2006 - 1 BvR 939/05 Tz. 4; vgl. auch Kammerbeschl. v. 2.8.2007 - 1 BvR 1896/99, Tz. 38, 74). Entsprechend hat das Bundesverfassungsgericht inzwischen auch für weitere Bundesländer ausdrücklich ausgesprochen, dass die dortige Rechtslage aus denselben Gründen gegen Art. 12 Abs. 1 GG verstößt, wie sie für Bayern angeführt worden sind (vgl. BVerfG, Kammerbeschl. v. 4.7.2006 - 1 BvR 138/05, WM 2006, 1644 Tz. 10 zur Rechtslage in Baden-Württemberg; Beschl. v. 18.12.2006 - 1 BvR 874/05, MMR 2007, 168 Tz. 8 zu Sachsen-Anhalt). Folglich verstoßen die betreffenden landesrechtlichen Regelungen aus den oben dargelegten Gründen auch gegen Gemeinschaftsrecht. Da schon deshalb die Unlauterkeit der Verletzungshandlung zu verneinen ist, kommt es für die Entscheidung auf die Verfassungswidrigkeit wegen eines Verstoßes gegen Art. 12 Abs. 1 GG nicht an. Hinsichtlich der Bundesländer, für deren Rechtslage das Bundesverfassungsgericht die Verfassungswidrigkeit der jeweiligen Vorschriften bisher noch nicht ausdrücklich festgestellt hat, ist daher eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht gemäß Art. 100 Abs. 1 Satz 2 GG nicht geboten.

Im Übrigen stehen der Klägerin auch aus einem anderen Grund keine wettbewerbsrechtlichen Ansprüche hinsichtlich des Sportwettenangebots der Beklagten außerhalb Nordrhein-Westfalens zu. Denn die Klägerin bietet die von ihr betriebenen Glücksspiele ihrem eigenen Vortrag nach nur in Nordrhein-Westfalen an. Entsprechend ist das Angebot der anderen Gesellschaften des Deutschen Lotto- und Totoblocks räumlich auf ihr jeweiliges Konzessionsgebiet beschränkt. Die Klägerin kann daher weder als unmittelbar Verletzte noch als Mitbewerberin wettbewerbsrechtliche Ansprüche gegen die Beklagten wegen eines Sportwettenangebots der Beklagten außerhalb Nordrhein-Westfalens geltend machen, weil sich die Parteien in den anderen Bundesländern nicht als Wett-

© NWB Verlag. Das Dokument darf ausschließlich im vertraglich vereinbarten Rahmen und in den Grenzen des Urheberrechts genutzt werden. Die Veröffentlichung im Internet ist nicht gestattet.

bewerber gegenüberstehen (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 UWG; § 13 Abs. 2 Nr. 1 UWG a.F.; vgl. dazu BGH, Urt. v. 24.5.2000 - I ZR 222/97, GRUR 2001, 78 = WRP 2000, 1402 - Falsche Herstellerpreisempfehlung). Auf die Rechtsprechung des Senats, nach der ein aufgrund eines Wettbewerbsverhältnisses in einem bestimmten räumlichen Markt (dort) begründeter Unterlassungsanspruch bundesweit durchsetzbar ist (vgl. BGH, Urt. v. 10.12.1998 - I ZR 141/96, GRUR 1999, 509, 510 = WRP 1999, 421 - Vorratslücken; Urt. v. 29.6.2000 - I ZR 29/98, GRUR 2000, 907, 909 = WRP 2000, 1258 - Filialleiterfehler), kann sich die Klägerin im vorliegenden Fall nicht berufen. Dieser Rechtsprechung liegt der Gedanke zugrunde, dass es unabhängig davon, ob der klagende Mitbewerber nur regional tätig ist, im Interesse der anderen Marktteilnehmer und der Allgemeinheit liegt, ein Verhalten, das nicht nur regional, sondern bundesweit als unlauterer Wettbewerb anzusehen ist, auch bundesweit zu bekämpfen (BGH GRUR 1999, 509, 510 - Vorratslücken). Dieser Grundsatz greift hier nicht ein, weil das Sportwettenangebot der Beklagten zu 1 jedenfalls in Bayern und Nordrhein-Westfalen aus den oben dargelegten Gründen nicht als wettbewerbswidrig beurteilt werden kann und daher - selbst wenn man unterstellt, die Rechtslage in anderen Bundesländern habe sich in dem maßgeblichen Zeitraum von derjenigen Bayerns und Nordrhein-Westfalens unterschieden - eine bundesweit einheitliche Beurteilung des betreffenden Wettbewerbsgeschehens als wettbewerbswidrig schon deshalb ausscheidet. Ein Bedürfnis, der Klägerin die Verfolgung etwaiger Wettbewerbsverstöße der Beklagten zu ermöglichen, die diese außerhalb ihres räumlichen Tätigkeitsbereichs begangen haben könnte, besteht unter diesen Umständen nicht.

2. Aus den vorstehenden Ausführungen folgt, dass die auf Auskunftserteilung und Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten gerichteten Anträge der Klägerin gleichfalls nicht begründet sind.

III. Das Berufungsurteil ist somit aufzuheben. Die Klage ist in dem Umfang abzuweisen, in dem die Beklagten zu 2 bis 5 ihre Verurteilung mit der Berufung angegriffen haben.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1, § 92 Abs. 1, § 100 Abs. 4 ZPO.

Auf diese Entscheidung wird Bezug genommen in folgenden Gerichtsentscheidungen:
BGH 27.2.2020 - 3 StR 327/19

Fundstelle(n):
NWB OAAAC-75187

© NWB Verlag. Das Dokument darf ausschließlich im vertraglich vereinbarten Rahmen und in den Grenzen des Urheberrechts genutzt werden. Die Veröffentlichung im Internet ist nicht gestattet.