BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 140/04

Verkündet am:
14. Februar 2008
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. November 2007 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Pokrant, Dr. Schaffert, Dr. Bergmann und Dr. Koch

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg, 5. Zivilsenat, vom 12. August 2004 aufgehoben.

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Hamburg, Zivilkammer 12, vom 19. August 2003 abgeändert.

Die Klage wird unter Aufhebung des Versäumnisurteils vom 31. März 2003 abgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin bietet Internet-Nutzern unter der Internet-Adresse www.t. .de die Möglichkeit, online Tipps für die Gewinnspiele "LOTTO" und "ODDSET" des Deutschen Lotto- und Totoblocks zur Weiterleitung an eine Lottoannahmestelle abzugeben.

2 Die Beklagte, eine Gesellschaft englischen Rechts mit Sitz in London, bietet unter den Internet-Adressen www.s. .com und www.e. .com in deutscher Sprache die entgeltliche Teilnahme an Sportwetten unterschiedlicher Art an. Sie ist im Besitz einer in England von dem "Betting Licensing Committee" ausgestellten "Bookmaker's Permit" vom 11. April 2003. Ferner hat sie mit der Sportwetten D. GmbH, die Inhaberin einer am 28. August 1990 vom Gewerbeamt der Stadt D. erteilten Erlaubnis zum Abschluss und zur Vermittlung von Wetten ist, einen Vermittlungslizenzvertrag geschlossen. Die Beklagte warb ab Ende Mai 2002 im Inland per Briefpost sowie per E-Mail bundesweit für eine Teilnahme an den von ihr im Internet angebotenen Sportwetten.

3 Die Klägerin ist der Ansicht, die Beklagte handele wettbewerbswidrig, weil sie Glücksspiele anbiete, vermittle und bewerbe, für die keine inländische Erlaubnis erteilt sei. Auf die Berechtigung der Sportwetten D. GmbH und auf die ihr in England erteilte Erlaubnis könne sie sich nicht berufen.

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

4 Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, es zu unterlassen,

1. im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs über das Internet, insbesondere über eine unter den Internet-Adressen www.s. .com oder www.e. .com abrufbare Website, entgeltliche Glücksspiele für Kunden aus Deutschland anzubieten, solange keine behördliche Erlaubnis zur Veranstaltung von Glücksspielen in Deutschland erteilt wurde,

2. im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs in Deutschland für die Teilnahme an entgeltlichen Glücksspielen zu werben, solange für das beworbene Glücksspiel keine behördliche Erlaubnis zur Veranstaltung in Deutschland erteilt wurde.

5 Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt. Die Berufung der Beklagten ist erfolglos geblieben (OLG Hamburg MMR 2004, 752 = K&R 2005, 85).

6 Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt die Beklagte ihr auf Klageabweisung gerichtetes Begehren weiter.

Entscheidungsgründe:

7 I. Das Berufungsgericht hat angenommen, der Klägerin stehe der geltend gemachte Unterlassungsanspruch nach den §§ 3, 4 Nr. 11, § 8 Abs. 1 und 3 Nr. 1 UWG, § 1 UWG a.F. i.V. mit § 284 Abs. 1 und 4 StGB zu. Zur Begründung hat es ausgeführt:

8 Sportwetten seien Glücksspiele i.S. von § 284 Abs. 1 StGB. Die Beklagte veranstalte diese selbst, ohne im Besitz einer Erlaubnis zur Veranstaltung von Glücksspielen in Deutschland zu sein. Der mit der Sportwetten D. GmbH geschlossene Vertrag enthalte eine reine Vermittlungslizenz, die für eine solche Veranstaltung unzureichend sei. Im Übrigen habe die Klägerin substantiiert bestritten, dass die Sportwetten D. GmbH zur Vergabe von Lizenzen befugt gewesen sei. Die Beklagte sei dem nicht hinreichend entgegengetreten. Auf die ihr in England erteilte Erlaubnis könne sich die Beklagte schon deshalb nicht berufen, weil eine ausländische Genehmigung nicht genüge, um die Rechtsfolgen des § 284 StGB abzuwenden.

9 II. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision haben Erfolg und führen zur Abweisung der Klage.

10 1. Der Einspruch der Beklagten gegen das landgerichtliche Versäumnisurteil vom 31. März 2003 war zulässig. Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung ist das Versäumnisurteil der Beklagten nicht am 11. April 2003, sondern am 21. April 2003 zugestellt worden. Die Zustellung des Versäumnisurteils ist gemäß § 184 Abs. 1 Satz 2 ZPO durch Aufgabe zur Post erfolgt, so dass es gemäß § 184 Abs. 2 Satz 1 ZPO zwei Wochen nach Aufgabe als zugestellt gilt. Die Aufgabe zur Post war am 7. April 2003, so dass als Zeitpunkt der Zustellung der 21. April 2003 gilt. Die Einspruchsfrist war vom Gericht gemäß § 339 Abs. 2 ZPO im Versäumnisurteil auf einen Monat festgesetzt worden. Sie lief somit am 21. Mai 2003 ab. Der am 14. Mai 2003 bei Gericht eingegangene Einspruch der Beklagten war folglich rechtzeitig.

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

12 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 Mitte 2002 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.

13 b) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts hat die Beklagte durch die beanstandete Verletzungshandlung keine unlautere Wettbewerbs-

handlung i.S. von §§ 3, 4 Nr. 11 UWG, § 1 UWG a.F. begangen, weil die im Zeitpunkt der Vornahme der Verletzungshandlung in den einzelnen Ländern der Bundesrepublik Deutschland geltenden Regelungen über die Veranstaltung, Durchführung und Vermittlung von öffentlichen Glücksspielen gegen nationales Verfassungsrecht und gegen Gemeinschaftsrecht verstießen. Die Unlauterkeit der beanstandeten Wettbewerbshandlung der Beklagten ist zu verneinen, weil das in den 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 darin eine nicht gerechtfertigte Beschränkung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs nach Art. 43 und 49 EG.

14 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.).

15 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).

16 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 Wettlei-

denschaft 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 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).

17 Diese verfassungsrechtliche Beurteilung trifft nicht nur auf Bayern, sondern auch auf die Regelungen der anderen Bundesländer zu, die vor dem 28. März 2006 dieselben Regelungsdefizite aufwiesen. Das Bundesverfassungsgericht hat dies für einzelne Bundesländer im Anschluss an sein Urteil vom 28. März 2006 ausdrücklich ausgesprochen (vgl. Kammerbeschl. v.

4.7.2006 - 1 BvR 138/05, WM 2006, 1644 Tz. 10 zur Rechtslage in Baden-Württemberg; Kammerbeschl. v. 2.8.2006 - 1 BvR 2677/04, WM 2006, 1646 Tz. 16 zu Nordrhein-Westfalen; Beschl. v. 18.12.2006 - 1 BvR 874/05, MMR 2007, 168 Tz. 8 zu Sachsen-Anhalt). Danach ist die Ausgestaltung des staatlichen Sportwettenmonopols in Baden-Württemberg, Nordrhein-Westfalen und Sachsen-Anhalt vor dem 28. März 2006 als mit Art. 12 Abs. 1 GG unvereinbar anzusehen, weil es dem entsprechenden Sportwettenrecht dieser Länder 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 diesen Ländern zulässigen Sportwettenangebots am Ziel der Begrenzung der Wettleidenschaft und Bekämpfung der Wettsucht materiell und strukturell gewährleisteten (BVerfG WM 2006, 1644 Tz. 12; WM 2006, 1646 Tz. 17; MMR 2007, 168 Tz. 8). Dies gilt auch für die rechtliche und tatsächliche Ausgestaltung des Sportwettenrechts in den übrigen Bundesländern, einschließlich Berlin und Hamburg, wo vor 2004 keine besonderen Regelungen über die Veranstaltung von Sportwetten bestanden. Die Einheitlichkeit der rechtlichen und tatsächlichen Beurteilung beruht darauf, dass die im Deutschen Lotto- und Totoblock zusammengeschlossenen Lotterieunternehmen der Länder die Sportwette ODDSET schon seit 1999 im Rahmen dieses Zusammenschlusses in der vom Bundesverfassungsgericht als Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG angesehenen Weise betrieben haben (vgl. BVerfGE 115, 276 Tz. 2, 5 und 133).

18 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).

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

20 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 schon aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht strafbar, auch wenn sie den Tatbestand des § 284 StGB erfüllen.

21 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 Rechtsbruchstatbestands 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 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.

22 ee) Aus den oben dargelegten Gründen verstieß die im Zeitraum der Vornahme der Verletzungshandlungen bestehende gesetzliche Regelung des staatlichen Wettmonopols 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 Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs durch ein staatliches Wettmonopol sind nur dann mit Art. 43 und 49 EG vereinbar, wenn es in seiner rechtlichen und tatsächlichen Ausgestaltung mit dem Ziel einer Begrenzung der Spielleidenschaft der Verbraucher oder der Eindämmung des Spielangebots gerechtfertigt werden kann (EuGH WRP 2007, 525 Tz. 54 - Placanica u.a.). Die Vorgaben des Gemeinschaftsrechts entsprechen insoweit denjenigen des Grundgesetzes (BVerfGE 115, 276 Tz. 144), so dass aus der vom Bundesverfassungsgericht festgestellten Verfassungswidrigkeit des staatlichen Wettmonopols in Deutschland 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 wettbe-

werbsrechtliche 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.

23 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 die anderen Bundesländer, vgl. für Nordrhein-Westfalen 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.

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

25 d) Da die Unlauterkeit der Verletzungshandlung der Beklagten schon deshalb zu verneinen ist, weil die betreffenden landesrechtlichen Regelungen über Sportwetten aus den oben dargelegten Gründen auch gegen Gemeinschaftsrecht verstoßen, kommt es für die Entscheidung auf die Verfassungswidrigkeit dieser Regelungen wegen 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, bedarf es daher nicht der Vorlage gemäß Art. 100 Abs. 1 Satz 2 GG.

26 III. Das Berufungsurteil ist somit aufzuheben. Auf die Berufung der Beklagten ist die Klage unter Abänderung und Aufhebung der landgerichtlichen Entscheidungen abzuweisen.

27 Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO. Die Kosten der Säumnis sind der Beklagten nicht aufzuerlegen, weil das Versäumnisurteil nicht in gesetzlicher Weise ergangen ist (§ 344 ZPO). Die Klage war wegen der Gemeinschaftsrechtswidrigkeit des staatlichen Wettmonopols unschlüssig (§ 331 Abs. 2 ZPO).

Bornkamm Pokrant Schaffert

Bergmann Koch

Vorinstanzen:
LG Hamburg, Entscheidung vom 19.08.2003 - 312 O 689/02 -
OLG Hamburg, Entscheidung vom 12.08.2004 - 5 U 131/03 -