BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 170/07

Verkündet am:
22. Juli 2010
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. Juli 2010 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Pokrant, Prof. Dr. Büscher, Dr. Schaffert und Dr. Kirchhoff
für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 14. September 2007 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Beklagten erkannt worden ist.

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln vom 22. September 2006 abgeändert.

Die Klage wird insgesamt abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Klägerin.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin organisiert und veranstaltet Lotterie- und Glücksspiele in Nordrhein-Westfalen, unter anderem seit 1999 die Sportwette ODDSET.

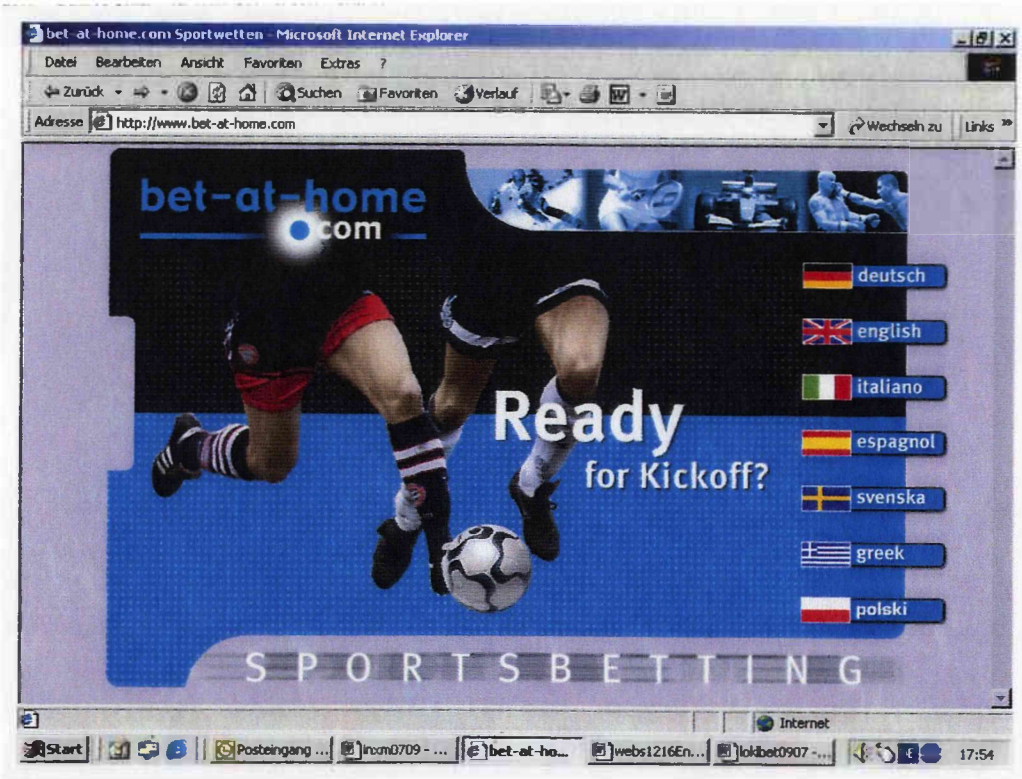
2 Die Beklagte zu 1, ein Unternehmen mit Sitz in Malta, ist Inhaberin der Internetseite "bet-at-home.com", auf der auch in deutscher Sprache Sportwetten gegen Einsatz angeboten werden. Zur Eröffnung eines Wettkontos muss sich der Spieler registrieren. Unter den zur Auswahl stehenden Ländern befindet sich auch Deutschland. Die Beklagte verfügt über keine Erlaubnis deutscher

Behörden für die Veranstaltung von Sportwetten. Die Beklagten zu 2 und 3 sind Vorstände der Beklagten zu 1.

3 Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, die Beklagten begingen einen Wettbewerbsverstoß nach §§ 3, 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 284 StGB, weil es sich bei ihrem Angebot um in Deutschland unerlaubte Glücksspiele handele, für die sie über keine behördliche Genehmigung verfügten. Auf die Genehmigung durch ausländische Behörden komme es nicht an.

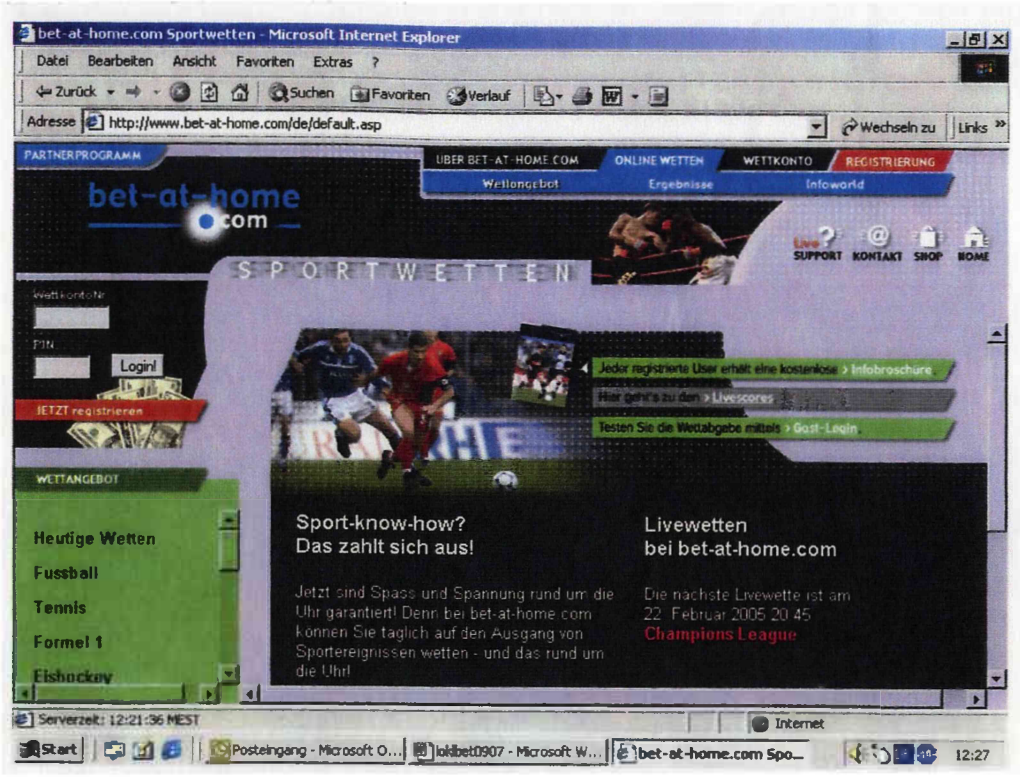
4 Mit ihrer im Juni 2005 erhobenen Klage hat die Klägerin beantragt,

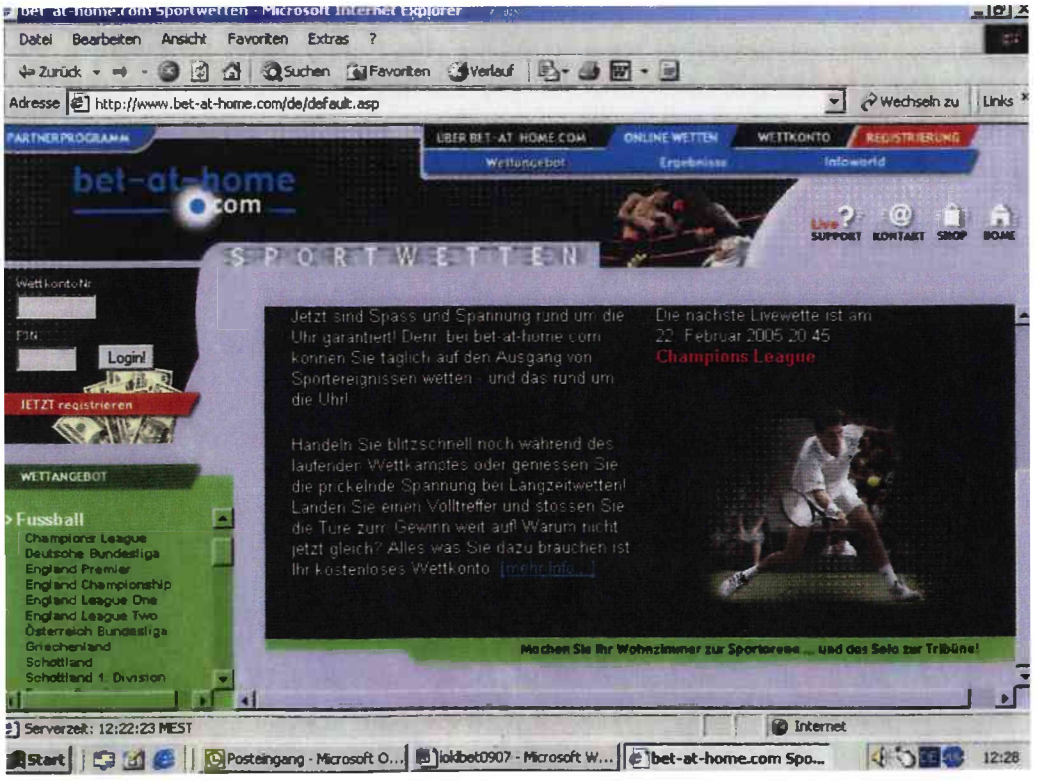
1. die Beklagten zu verurteilen, es unter Androhung von Ordnungsmitteln zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs wie nachfolgend wiedergegeben in der Bundesrepublik Deutschland Sportwetten zu bewerben und/oder anzubieten:

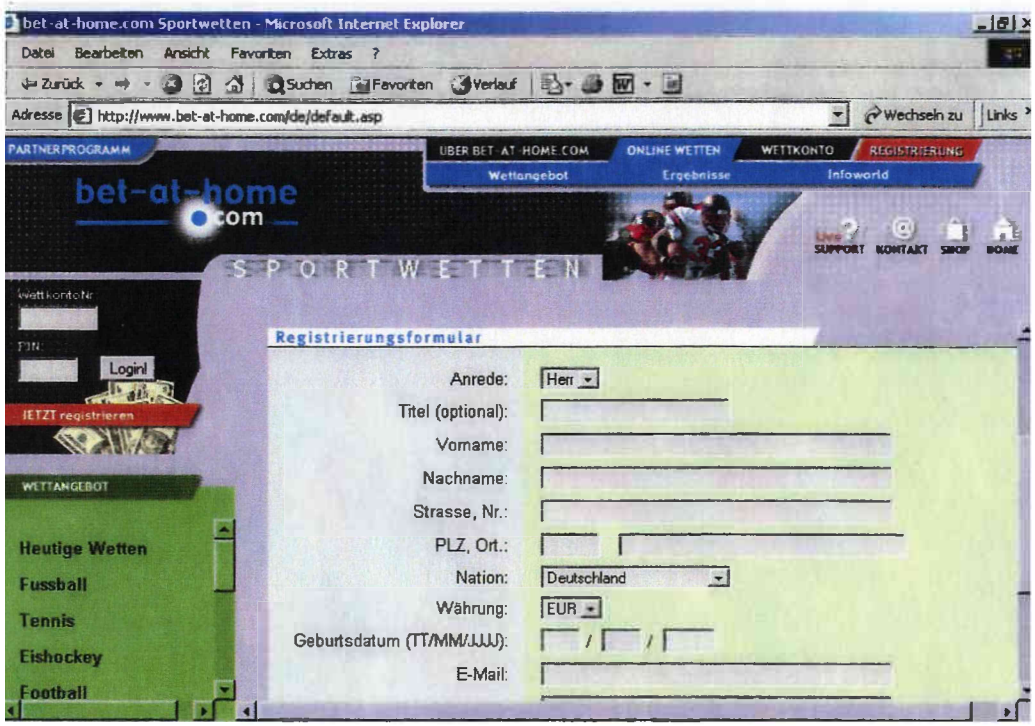


Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

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


bet-at-home.com Sportwetten - Microsoft Internet Explorer
Datei Bearbeiten Ansicht Favoriten Extras ?
Adresse http://www.bet-at-home.com/de/default.asp
PARTNERPROGRAMM
bet-at-home .com
SPORTWETTEN
Login!
JETZT registrieren
WETTANGEBOT
Heutige Wetten
Fussball
Tennis
Formel 1
Eishockey
Sport-know-how?
Das zahlt sich aus!
Jetzt sind Spass und Spannung rund um die Uhr garantiert! Denn bei bet-at-home.com können Sie täglich auf den Ausgang von Sportereignissen wetten - und das rund um die Uhr!
Livewetten
bei bet-at-home.com
Die nächste Livewette ist am
22. Februar 2005 20:45
Champions League
Serverzeit: 12:21:36 MEST
Internet
Start
12:27


Datei Bearbeiten Ansicht Favoriten Extras ?
Adresse http://www.bet-at-home.com/de/default.asp
PARTNERPROGRAMM
bet-at-home .com
SPORTWETTEN
Login!
JETZT registrieren
WETTANGEBOT
Fussball
Champions League
Deutsche Bundesliga
England Premier
England Championship
England League One
England League Two
Österreich Bundesliga
Griechenland
Schottland
Schottland 1. Division
Jetzt sind Spass und Spannung rund um die Uhr garantiert! Denn bei bet-at-home.com können Sie täglich auf den Ausgang von Sportereignissen wetten - und das rund um die Uhr!
Handeln Sie blitzschnell noch während des laufenden Wettkampfes oder genießen Sie die prickelnde Spannung bei Langzeitwetten! Landen Sie einen Volltreffer und stossen Sie die Türe zum Gewinn weit auf! Warum nicht jetzt gleich? Alles was Sie dazu brauchen ist Ihr kostenloses Wettkonto
Die nächste Livewette ist am
22. Februar 2005 20:45
Champions League
Machen Sie Ihr Wohnzimmer zur Sportarena ... und das Sofa zur Tribüne!
Serverzeit: 12:22:23 MEST
Internet
Start
12:28



2. festzustellen, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, der Klägerin sämtlichen Schaden zu ersetzen, der dieser aus den in Ziffer 1 beschriebenen Handlungen seit dem 1. November 2004 in Nordrhein-Westfalen entstanden ist oder künftig noch entstehen wird;

3. die Beklagten zu verurteilen, der Klägerin Auskunft zu erteilen über die Umsätze, die seit dem 1. November 2004 mit oder aufgrund von Handlungen nach Ziffer 1 in Nordrhein-Westfalen erzielt wurden.

5 Die Beklagten sind der Klage entgegengetreten. Sie haben geltend gemacht, die Glücksspiele unter der Internetadresse www.bet-at-home.com würden nicht von der Beklagten zu 1, sondern von deren Tochtergesellschaft angeboten, die über eine maltesische Konzession verfüge; daneben bedürfe es keiner Genehmigung einer deutschen Behörde. Das staatliche Glücksspielmonopol verstieße zudem gegen die höherrangige unionsrechtliche Dienstleistungsfreiheit.

6 Das Landgericht hat die Beklagten nach Maßgabe der Klageanträge mit einer zeitlichen Einschränkung der Folgeanträge verurteilt. Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen, soweit sie auf Auskunft und Feststellung der

Schadensersatzpflicht gerichtet war. Die weitergehende Berufung hat es zurückgewiesen.

7 Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgen die Beklagten ihr auf vollständige Klageabweisung gerichtetes Begehren weiter.

Entscheidungsgründe:

8 I. Das Berufungsgericht hat den geltend gemachten Unterlassungsanspruch bejaht. Dazu hat es ausgeführt:

9 Die Beklagte zu 1 hafte neben den Anbietern der Sportwetten als Störerin, weil sie ihre Internetseite bet-at-home.com für die Bewerbung der Sportwetten zur Verfügung stelle.

10 Der Unterlassungsanspruch der Klägerin ergebe sich aus §§ 3, 4 Nr. 11, § 8 Abs. 1 UWG i.V.m. § 284 Abs. 1 und 4 StGB, § 1 SportwettenG NW. Da die im Internet angebotenen Glücksspiele in Deutschland ohne die nach § 1 SportwettenG NW erforderliche Erlaubnis veranstaltet würden, sei § 284 StGB anwendbar. Eine in Malta erteilte Genehmigung entfalte im Inland keine Wirkung.

11 Zwar habe das Bundesverfassungsgericht in dem staatlichen Wettmonopol in Bayern einen nicht gerechtfertigten Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit gesehen. Diese Entscheidung sei auf die Rechtslage in Nordrhein-Westfalen übertragbar. In der vom Bundesverfassungsgericht eingeräumten Übergangszeit bis zum 31. Dezember 2007 dürfe jedoch die Durchführung von Sportwetten durch private Unternehmen weiterhin untersagt werden, sofern ein Mindestmaß an Konsistenz zwischen dem Ziel der Begrenzung der Wettleiden-

schaft und der Bekämpfung der Wettsucht einerseits und der tatsächlichen Ausübung des Monopols andererseits hergestellt werde.

12 Unionsrechtliche Gründe stünden einer Anwendung des objektiven Tatbestands des § 284 StGB nicht entgegen. Dabei könne offenbleiben, ob entsprechende Bedenken ohnehin nur in einem Verfahren auf behördliche Genehmigung geltend gemacht werden könnten. Beschränkungen der Grundfreiheiten aus Art. 43 und 49 EG (jetzt Art. 49 und 56 AEUV) könnten jedenfalls durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein. Dies sei der Fall, wenn die fraglichen Bestimmungen dem Ziel dienten, die sittlich und finanziell schädlichen Folgen der Wettleidenschaft einzudämmen, und nicht vorrangig darauf abzielten, dem Staat Einnahmen zu sichern.

13 Es könne nicht festgestellt werden, dass die in Nordrhein-Westfalen geltenden Regelungen und ihre praktische Umsetzung während der Übergangszeit nicht den vom Gerichtshof der Europäischen Union und vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Anforderungen genügten. Hierfür sei es nicht erforderlich, die Eindämmung der Spielsucht gesetzlich zu verankern. Es sei Sache der Beklagten, Gründe dafür vorzutragen, dass § 284 StGB nicht zur Anwendung komme. Dies hätten die Beklagten nicht getan. Es bestehe keine Vermutung dafür, dass die verfassungs- und unionsrechtswidrigen Zustände nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts fortbestanden hätten. Nordrhein-Westfalen habe vielmehr in erheblichem Umfang Maßnahmen zur Bekämpfung der Spielsucht ergriffen, wie sich unter anderem aus Feststellungen in einem Beschluss des Oberverwaltungsgerichts Münster ergebe.

14 Nicht maßgeblich sei, ob nicht nur im Bereich der Sportwetten, sondern im gesamten Glücksspielbereich die Spielsucht hinreichend bekämpft werde. Dieses Erfordernis könne nicht daraus abgeleitet werden, dass nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union die staatlichen Maßnah-

men "kohärent und systematisch" zur Begrenzung der Wetttätigkeiten beitragen müssten.

15 Die geltend gemachten Schadensersatz- und Auskunftsansprüche stünden der Klägerin hingegen weder aus eigenem noch aus abgetretenem Recht zu, da ein ersatzfähiger Schaden nicht ersichtlich sei.

16 II. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision führen zur Aufhebung des Berufungsurteils, soweit zum Nachteil der Beklagten erkannt worden ist, und zur vollständigen Abweisung der Klage. Der Klägerin steht gegen die Beklagten kein Anspruch auf Unterlassung des Anbietens und Bewerbens von Sportwetten nach § 8 Abs. 1 Satz 1, §§ 3, 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 284 Abs. 1 und 4 StGB zu.

17 1. Die Frage, ob die Klägerin die begehrte Unterlassung beanspruchen kann, ist nach dem zum Zeitpunkt der Entscheidung geltenden Recht zu beurteilen (BGHZ 141, 329, 336 - Tele-Info-CD; 175, 238 Rn. 14 - ODDSET, mwN), also nach den Bestimmungen des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb in der 2008 geänderten Fassung i.V.m. § 284 StGB und den Vorschriften für das Angebot und die Durchführung von 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. BGH, Urteil vom 20. Januar 2005 - I ZR 96/02, GRUR 2005, 442 = WRP 2005, 474 - Direkt ab Werk; Urteil vom 28. Juni 2007 - I ZR 153/04, GRUR 2008, 186 Rn. 17 = WRP 2008, 220 - Telefonaktion). Nichts anderes gilt für den Fall der Erstbegehungsgefahr, wenn sie auf einem Verhalten unter der Geltung früheren Rechts beruht (vgl. BGHZ 173, 188 Rn. 18 - Jugendgefährdende Medien bei eBay). Im Streitfall ist insofern auf das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb in der bis 2008 geltenden Fassung sowie auf die für Sportwetten geltende

Rechtslage im Zeitpunkt der Vornahme der Verletzungshandlungen abzustellen.

18 Die für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung des Streitfalls maßgebliche Vorschrift des § 4 Nr. 11 UWG hat durch die Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken keine Änderung erfahren. Der Anwendung des § 4 Nr. 11 UWG steht im vorliegenden Fall nicht entgegen, dass diese Richtlinie, die die vollständige Harmonisierung der verbraucherschützenden Vorschriften der Mitgliedstaaten über unlautere Geschäftspraktiken bezweckt, keinen vergleichbaren Unlauterkeitstatbestand kennt. Denn sie lässt - vorbehaltlich ihrer Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht - nationale Vorschriften unberührt, die sich auf Glücksspiele beziehen (Erwägungsgrund 9 der Richtlinie 2005/29/EG; vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, 28. Aufl., § 4 Rn. 11.6c). 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) und das Inkrafttreten des Glücksspielstaatsvertrages am 1. Januar 2008 zu beachten.

19 2. Im Streitfall kommt es auch auf die Rechtslage während der Übergangszeit an. Die Klägerin wendet sich gegen eine nach dem 28. März 2006 fortgesetzte Dauerhandlung der Beklagten, so dass es sich nicht um einen sogenannten Altfall handelt.

20 Die Klägerin hat als konkrete Verletzungshandlung das Angebot von Sportwetten unter der Internetadresse www.bet-at-home.com vorgetragen. Der entsprechende Internetauftritt ist Gegenstand des Klageantrags. Es ist nicht ersichtlich, dass die Klägerin nur den Internetauftritt zu einem bestimmten Zeitpunkt angreift.

21 Aus den Feststellungen des Berufungsgerichts ergibt sich entgegen der Ansicht der Revision nichts anderes für den Zeitraum der beanstandeten Dauerhandlung (Internetauftritt), der für die Beurteilung der Wiederholungsgefahr maßgeblich ist. Der Tatbestand des Berufungsurteils nimmt auf den Tatbestand des landgerichtlichen Urteils Bezug. Dieser stellt für den Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht am 1. Juni 2006 fest, dass unter der Internetadresse www.bet-at-home.com Sportwetten in Deutschland angeboten und beworben werden. Schon danach wurde das beanstandete Internetangebot während der Übergangszeit fortgesetzt. Nimmt das Berufungsgericht darauf uneingeschränkt Bezug, so liegt darin zudem die Feststellung, dass die Dauerhandlung des Internetauftritts jedenfalls bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht, hier dem 1. Juni 2007, fortgesetzt wurde.

22 Dauerhandlungen bilden einen einheitlichen Klagegrund, so dass auch die fortgesetzten Handlungsabschnitte zum Streitgegenstand gehören (vgl. v. Ungern-Sternberg, GRUR 2009, 1009, 1013).

23 3. Es kann dahinstehen, ob das Berufungsgericht die Beklagte zu 1 zu Recht als Störer behandelt hat oder ob es aufgrund seiner Feststellungen vielmehr eine Beteiligung als Mittäter oder Gehilfe hätte prüfen müssen. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts stellt das Sportwettenangebot auf der Internetseite der Beklagten schon keine unlautere Wettbewerbshandlung dar. Soweit die fraglichen Angebote in der Zeit vor dem 28. März 2006 erfolgten, verstießen die in Nordrhein-Westfalen geltenden Regelungen über die Veranstaltung, Durchführung und Vermittlung von öffentlichen Glücksspielen gegen nationales Verfassungsrecht und gegen Unionsrecht (nachfolgend a). Aber auch Wettangebote in der Übergangszeit nach dem 28. März 2006 waren weder nach § 284 StGB strafbar noch unlautere Wettbewerbshandlungen (nachfolgend b).

24 a) Die Beklagte zu 1 hat durch die beanstandete Verletzungshandlung in der Zeit vor dem 28. März 2006 keinen Wettbewerbsverstoß i.S.v. §§ 3, 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 284 StGB begangen.

25 aa) 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. Zugleich lag darin eine nicht gerechtfertigte Beschränkung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs nach Art. 49 und 56 AEUV. 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 (Kammerbeschluss vom 2. August 2006 - 1 BvR 2677/04, WM 2006, 1646 Rn. 16; Kammerbeschluss vom 29. August 2006 - 1 BvR 2772/04, WM 2006, 1930 Rn. 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 das nordrhein-westfälische Recht keine konsequente und aktive Ausrichtung des zulässigen Sportwettenangebots am Ziel der Begrenzung der Wettleidenschaft und Bekämpfung der Wettsucht materiell und strukturell gewährleistete (BVerfG, WM 2006, 1646 Rn. 17).

26 bb) Die Beklagte zu 1 hat daher mit ihrem Angebot von Sportwetten in der Zeit vor dem 28. März 2006 auch nicht unlauter i.S.v. §§ 3, 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 284 StGB gehandelt (vgl. für die Rechtslage in Bayern BGHZ 175, 238 Rn. 15 ff. - ODDSET; für Nordrhein-Westfalen BGH, Urteil vom 2. Dezember 2009 - I ZR 91/06 Rn. 14). Der Streitfall gibt keinen Anlass zu einer abweichenden Beurteilung dieser sogenannten "Altfälle". Auf besondere Umstände, die

das Angebot oder die Durchführung von Sportwetten seitens der Beklagten zu 1 aus anderen Gründen als unlauter erscheinen ließen, wie Irreführung oder unangemessene unsachliche Einflussnahme, hat sich die Klägerin nicht berufen.

27 b) Auch soweit sich die Klägerin gegen den Internetauftritt der Beklagten während der Übergangszeit ab dem 28. März 2006 wendet, liegt kein Wettbewerbsverstoß der Beklagten zu 1 vor.

28 aa) Für die Zeit nach der Entscheidung vom 28. März 2006 hat das Bundesverfassungsgericht gemäß § 35 BVerfGG bestimmt, die damals geltenden Regelungen des bayerischen Staatslotteriegesetzes dürften übergangsweise, längstens aber bis zum 31. Dezember 2007, angewandt werden, sofern der Freistaat Bayern unverzüglich ein Mindestmaß an Konsistenz zwischen dem Ziel der Begrenzung der Wettleidenschaft und der Bekämpfung der Wettsucht einerseits und der tatsächlichen Ausübung des staatlichen Monopols andererseits herstelle. Das gewerbliche Veranstalten von Sportwetten durch private Wettunternehmen und die Vermittlung von privat veranstalteten Wetten könnten weiterhin als verboten angesehen und ordnungsrechtlich unterbunden werden (BVerfGE 115, 276 Rn. 157 f.). Für die einschlägigen Regelungen des nordrhein-westfälischen Landesrechts galten während der Übergangszeit dieselben Grundsätze (vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 7. Dezember 2006 - 2 BvR 2428/06, NJW 2007, 1521 Rn. 26).

29 bb) Es kann dahinstehen, ob das Berufungsgericht im Streitfall verfahrensfehlerhaft zu der Feststellung gelangt ist, die vom Bundesverfassungsgericht formulierten Voraussetzungen für die Aufrechterhaltung des Sportwettenmonopols während der Übergangszeit seien in Nordrhein-Westfalen erfüllt. Jedenfalls kann das angegriffene Angebot von Glücksspielen durch die Beklagten im Internet während der Übergangszeit nicht als unlauter i.S.v. §§ 3, 4 Nr. 11 UWG 2004 i.V.m. § 284 Abs. 1 und 4 StGB angesehen werden.

30 Im Hinblick auf nach der mündlichen Verhandlung vor dem Senat ergangene Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Union bestehen gewichtige Zweifel, ob die Erfüllung der Bedingungen der Weitergeltungsanordnung des Bundesverfassungsgerichts durch die Klägerin in Nordrhein-Westfalen für die unionsrechtliche Beurteilung von Beschränkungen im Glücksspielsektor erheblich ist. Der Gerichtshof hat entschieden, dass aufgrund des Vorrangs des Unionsrechts ein nationales Sportwettenmonopol auch für eine Übergangszeit nicht weiter angewandt werden darf, wenn es nach den Feststellungen eines nationalen Gerichts mit Beschränkungen verbunden ist, die mit der Niederlassungsfreiheit und dem freien Dienstleistungsverkehr unvereinbar sind, weil sie nicht dazu beitragen, die Wetttätigkeiten in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen (EuGH, Urteil vom 8. September 2010 - C-409/06, RIW 2010, 720 Rn. 69 = GewArch 2010, 442 - Winner Wetten GmbH). Berechtigten Anlass, auf eine fehlende kohärente und systematische Begrenzung schließen zu können, hat das nationale Gericht bei einem staatlichen Monopol für Sportwetten und Lotterien, das bezweckt, der Spielsucht und Anreizen zu übermäßigen Ausgaben für das Spielen entgegenzuwirken, wenn

- andere Arten von Glücksspielen von privaten Veranstaltern mit Erlaubnis betrieben werden dürfen und

- in Bezug auf andere Arten von Glücksspielen, die nicht unter das Monopol fallen und zudem ein höheres Suchtpotential als die dem Monopol unterliegenden Spiele aufweisen, die zuständigen Behörden eine Politik der Angebotserweiterung betreiben, um insbesondere die aus diesen Tätigkeiten fließenden Einnahmen zu maximieren (EuGH, Urteil vom 8. September 2010 - C-46/08, RIW 2010, 719 Rn. 71 = GewArch 2010, 448 - Carmen Media Group).

31 Für eine unionsrechtliche Inkohärenz spricht auch, dass Werbemaßnahmen des Monopolinhabers für andere von ihm angebotene Arten von Glücks-

spielen nicht darauf begrenzt sind, Verbraucher zu seinem Angebot hinzulenken, sondern darauf abzielen, sie zwecks Einnahmenmaximierung zu aktiver Teilnahme am Spiel zu stimulieren (vgl. EuGH, Urteil vom 8. September 2010 - C-316/07 u.a., WRP 2010, 1338 Rn. 106 f. - Markus Stoß u.a.).

32 Das Berufungsgericht ist von einem abweichenden Verständnis der unionsrechtlichen Forderung nach einer "kohärenten und systematischen" Begrenzung der Wetttätigkeiten ausgegangen, indem es seine Prüfung auf das Regelungssystem für Sportwetten begrenzt und die Vorschriften für andere Glücksspiele sowie ihre tatsächliche Handhabung von vornherein außer Betracht gelassen hat. Infolgedessen hat es keine Feststellungen getroffen, die dem Senat eine Beurteilung auf der Grundlage der inzwischen ergangenen Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union ermöglichen.

33 Diese Feststellungen waren auch nicht etwa deshalb entbehrlich, weil der Gesetzgeber in Nordrhein-Westfalen keine Gesetzgebungskompetenz für alle Glücksspielarten hat. Die interne Zuständigkeitsverteilung innerhalb eines Mitgliedstaats kann ihn nicht davon entbinden, seinen unionsrechtlichen Verpflichtungen nachzukommen. Vielmehr haben Bund und Länder gemeinsam ihre Pflichten zu erfüllen (vgl. EuGH, RIW 2010, 719 Rn. 69 f. - Carmen Media Group).

34 cc) Gleichwohl bedarf es keiner Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Das Anbieten von Sportwetten im Internet durch die Beklagten während der Übergangszeit kann schon nach nationalem Recht nicht als unlauter i.S.v. §§ 3, 4 Nr. 11 UWG 2004 i.V.m. § 284 Abs. 1 und 4 StGB angesehen werden.

35 (1) Die Unlauterkeit eines Wettbewerbsverhaltens kann nur dann mit einem Verstoß gegen eine gesetzliche Vorschrift begründet werden, wenn die

Vorschrift für den Handelnden verbindlich ist (vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm aaO § 4 Rn. 11.24). Handelt es sich um eine Norm des Strafrechts, hängt ihre Verbindlichkeit unter anderem davon ab, ob sie dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG entspricht. Danach ist der Gesetzgeber verpflichtet, die Voraussetzungen der Strafbarkeit so genau zu umschreiben, dass Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände schon aus dem Gesetz selbst zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln lassen (vgl. BVerfGE 78, 374 ff.; 381; 75, 329 ff., 340; 25, 269 ff., st. Rspr.).

36 (2) Für die Übergangszeit vom 28. März 2006 bis zum 31. Dezember 2007 genügt § 284 StGB diesen Anforderungen nicht (ebenso OLG Karlsruhe, Urteil vom 11. Juli 2008 - 1 Ss 24/08; KG, ZfWG 2010, 94; vgl. auch OLG Frankfurt, Beschluss vom 30. September 2008 - 1 Ws 152/07, juris). Zwar mag die Norm des § 284 StGB als solche das Bestimmtheitsgebot erfüllen. Während der Übergangszeit bestand aber aufgrund des Sportwetten-Urteils des Bundesverfassungsgerichts eine besondere Situation. Die bisherige Rechtslage blieb auch aus ordnungsrechtlicher Sicht nur mit der Maßgabe anwendbar, dass unverzüglich ein Mindestmaß an Konsistenz zwischen dem Ziel der Begrenzung der Wettleidenschaft und der Bekämpfung der Wettsucht einerseits und der tatsächlichen Ausübung des staatlichen Monopols andererseits hergestellt wurde.

37 Danach durfte der Staat während der Übergangszeit insbesondere das Angebot staatlicher Wettveranstaltung nicht erweitern und keine Werbung betreiben, die über eine sachliche Information zur Art und Weise der Wettmöglichkeit hinausgehend gezielt zum Wetten auffordert; zudem war umgehend aktiv über die Gefahren des Wettens aufzuklären (vgl. BVerfGE 115, 276 Rn. 157, 160). Die vom Bundesverfassungsgericht für einen ordnungsrechtlichen Eingriff formulierten Anforderungen stellten zugleich schon wegen der erheblich höheren Eingriffsintensität für den Betroffenen jedenfalls die Mindestvoraussetzungen auch für eine Strafbarkeit nach § 284 StGB dar. Damit würde

aber die Strafbarkeit nach § 284 StGB von der tatsächlichen Umsetzung der Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts durch die zuständigen Verwaltungsbehörden abhängen. Das ist indes mit Art. 103 Abs. 2 GG nicht zu vereinbaren. Danach darf der Gesetzgeber es nicht den Organen der vollziehenden Gewalt überlassen, die Voraussetzungen der Strafbarkeit zu bestimmen (vgl. BVerfGE 47, 109 ff., 120). Nicht in Rede steht hier ein Fall auch im Strafrecht unvermeidlicher Verwendung von wertausfüllungsbedürftigen Begriffen oder Generalklauseln, bei denen keine überspannten Anforderungen an die Bestimmtheit gestellt werden dürfen (vgl. Eser/Hecker in Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 28. Aufl., § 1 Rn. 16 ff.).

38 (3) Zudem ist bei der Auslegung des Begriffs der Unlauterkeit auf die verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen Rücksicht zu nehmen. Die Auslegung muss insbesondere die Tragweite der Grundrechte berücksichtigen und darf im Ergebnis nicht zu einer unverhältnismäßigen Beschränkung grundrechtlicher Freiheiten führen (vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 1. August 2001 - 1 BvR 1188/92, GRUR 2001, 1058 = WRP 2001, 1160). Die wettbewerbsrechtliche Unterlassungspflicht stellt zwar keinen vergleichbar schwerwiegenden Eingriff in die Grundfreiheiten dar wie eine Kriminalstrafe. Die Lauterkeit des Wettbewerbs verlangt, dass ein Gewerbetreibender nicht ohne weiteres auf Kosten seiner Mitbewerber das Risiko rechtswidrigen Handelns eingeht (vgl. BGH, Urteil vom 11. Oktober 2001 - I ZR 172/99, GRUR 2002, 269, 270 = WRP 2002, 323 - Sportwetten-Genehmigung). Er muss sich über die Entwicklung der rechtlichen Grundlagen seiner Tätigkeit auf dem Laufenden halten. Voraussetzung dafür ist aber, dass ihm dies mit zumutbarem Aufwand möglich ist (vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 13. Juli 1992 - 1 BvR 310/90 u. 1 BvR 238/92, GRUR 1993, 751 - Großmarkt-Werbung I; Kammerbeschluss vom 4. Juni 1998 - 1 BvR 2652/95, GRUR 1999, 247, 249 - Metro). Gerichtliche Unterlassungsgebote sind damit an dem Verfassungsprinzip der Verhältnismäßigkeit zu messen.

39 Steht fest, dass die Ausgestaltung des staatlichen Wettmonopols bis zu einem bestimmten Zeitpunkt einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit privater Wettanbieter bedeutete, kann von den betroffenen Unternehmern nicht verlangt werden, dass sie in der Folgezeit schon aus Gründen der Vorsicht ihr Angebot einstellen. Daran ändert auch nichts, dass zu erwarten gewesen sein mag, die Länder würden bestrebt sein, den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts möglichst schnell Rechnung zu tragen. Denn auch eine solche Erwartung konnte nicht die Unsicherheit darüber beseitigen, ob und wann welches Bundesland tatsächlich ausreichende Maßnahmen umgesetzt hatte. Die Entwicklung der tatsächlichen Verhältnisse konnten die Beklagten nicht mit zumutbarem Aufwand verfolgen. Die Beklagten bieten ihre Sportwetten über das Internet bundesweit und darüber hinaus in vielen anderen Staaten an. Sie hätten in allen 16 Bundesländern beobachten müssen, ob und wann den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts jeweils Rechnung getragen wurde, um dann gegebenenfalls mit geeigneten Maßnahmen ihr Angebot räumlich einzugrenzen. Dies geht über die zumutbaren Sorgfaltsanforderungen hinaus, die an einen Unternehmer gestellt werden können.

40 (4) Unter diesen Umständen konnte der angegriffene Internetauftritt auch während der Übergangszeit nicht gegen § 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 284 StGB verstoßen. Vergeblich wendet die Klägerin dagegen ein, nach dem Kammerbeschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 7. Dezember 2006 (NJW 2007, 1521) stehe mit Gesetzeskraft (§ 31 Abs. 2 BVerfGG) die Fortgeltung des § 284 StGB und des Lotteriestaatsvertrags für Nordrhein-Westfalen fest. Bei der Entscheidung vom 7. Dezember 2006 handelt es sich um einen Sportwetten betreffenden Nichtannahmebeschluss, der keine Sachentscheidung ist. Er entfaltet keine materielle Rechtskraft und stellt keine Entscheidung i.S.v. § 31 Abs. 1 BVerfGG dar. Erst recht kommt diesem Beschluss keine Gesetzeskraft nach Absatz 2 dieser Vorschrift zu, die nur bestimmten der von Absatz 1 erfassten Entscheidungen innewohnt (vgl. Bethge in Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/

Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Stand 2009, § 31 Rn. 49, 84). Zwar hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Nichtannahmebeschluss vom 7. Dezember 2006 die Auffassung des Oberverwaltungsgerichts Münster unbeanstandet gelassen, das Land Nordrhein-Westfalen habe bereits entsprechend den Vorgaben des Sportwetten-Urteils ein Mindestmaß an Konsistenz zwischen dem Ziel der Begrenzung der Wettleidenschaft einerseits und der tatsächlichen Ausübung des Monopols andererseits hergestellt. Das konnte für sich allein aber weder zur Einhaltung des Bestimmtheitsgebots (Art. 103 Abs. 2 GG) durch § 284 StGB noch zur künftigen Zumutbarkeit verbotsgemäßen Verhaltens für die Beklagte zu 1 führen.

41 dd) Die verfassungsrechtliche Beurteilung hängt nicht davon ab, ob sich die Beklagte zu 1 als Gesellschaft maltesischen Rechts auf das Grundrecht aus Art. 12 GG berufen kann. Denn die aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts folgende Verfassungswidrigkeit des Sportwettenmonopols ist der lauterkeitsrechtlichen Beurteilung generell zu Grunde zu legen, unabhängig davon, ob sich der Unterlassungsanspruch gegen eine deutsche oder eine ausländische Gesellschaft richtet (BGHZ 175, 238 Rn. 23 - ODDSET).

42 c) Da es schon an einem die Wiederholungsgefahr begründenden Wettbewerbsverstoß fehlt, bedarf keiner Entscheidung, ob das Verhalten der Beklagten nach heutiger Rechtslage verboten wäre. Mit dem Inkrafttreten des Glücksspielstaatsvertrags am 1. Januar 2008 ist das staatliche Sportwettenmonopol auf eine neue rechtliche Grundlage gestellt worden. Handlungen der Beklagten nach diesem Zeitpunkt konnte die Klägerin naturgemäß vor Schluss der mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz am 1. Juni 2007 nicht vortragen. Aus der die Frage des Wegfalls der Wiederholungsgefahr nach einer Gesetzesänderung betreffenden Entscheidung des III. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 3. Dezember 2009 (III ZR 73/09, MMR 2010, 173 Rn. 11 f.), die

sich der Rechtsprechung des erkennenden Senats ausdrücklich anschließt, kann die Klägerin in diesem Zusammenhang nichts für sich ableiten.

43 III. Das Berufungsurteil ist somit aufzuheben, soweit zum Nachteil der Beklagten erkannt worden ist. Die Klage ist in vollem Umfang abzuweisen.

44 Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 ZPO.

Bornkamm Pokrant Büscher

Schaffert Kirchhoff

Vorinstanzen:
LG Köln, Entscheidung vom 22.09.2006 - 81 O 163/05 -
OLG Köln, Entscheidung vom 14.09.2007 - 6 U 200/06 -