BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 207/05

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

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ : ja
BGHR : ja

ODDSET

UWG §§ 3, 4 Nr. 11

Die Zuwiderhandlung gegen eine (hier: wegen eines unverhältnismäßigen Eingriffs in die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit) verfassungswidrige und gegen Gemeinschaftsrecht (hier: Art. 43 und 49 EG) verstoßende Marktverhaltensregelung ist keine unlautere Wettbewerbshandlung i.S. von §§ 3, 4 Nr. 11 UWG.

UWG § 8 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Nr. 1

Wendet sich ein ausschließlich in einem Bundesland tätiger Kläger unter dem Gesichtspunkt eines Verstoßes gegen eine auf Landesrecht beruhende Marktverhaltensregelung (§ 4 Nr. 11 UWG) gegen ein Verhalten eines bundesweit tätigen Mitbewerbers, so steht ihm kein bundesweiter Unterlassungsanspruch zu, wenn im Hinblick auf die verschiedenen landesrechtlichen Regelungen eine einheitliche Beurteilung des beanstandeten Wettbewerbsgeschehens ausscheidet (Ergänzung zu 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).

BGH, Urt. v. 14. Februar 2008 - I ZR 207/05 - OLG München
LG München I

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 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 27. Oktober 2005 aufgehoben.

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts München I, 33. Zivilkammer, vom 21. September 2004 im Kostenpunkt und insoweit abgeändert, als die Beklagten nach dem Klageantrag I 1 sowie den darauf bezogenen Klageanträgen II und III verurteilt worden sind.

Die Klage wird auch insoweit abgewiesen.

Die Kosten des landgerichtlichen Verfahrens werden gegeneinander aufgehoben. Im Übrigen trägt der Kläger die Kosten des Rechtsstreits.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Kläger ist der Freistaat Bayern. Er nimmt die Beklagten wegen seiner Ansicht nach rechtswidrig veranstalteter Glücksspiele auf Unterlassung, Auskunftserteilung, Rechnungslegung und Feststellung der Schadensersatzpflicht in Anspruch.

2 Die Beklagte zu 1 ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach österreichischem Recht mit Sitz in Salzburg, die gewerbsmäßig Sportwetten anbietet. Für ihren Geschäftsgegenstand hat sie von der Salzburger Landesregierung die nach österreichischem Recht erforderliche Konzession erhalten. Sie unterhält außerhalb ihres Sitzes in Salzburg keine Niederlassung.

3 Die Beklagte zu 1 bietet auch potentiellen Teilnehmern in Deutschland Sportwetten an und wirbt entsprechend. So führte die Beklagte zu 1 im Januar 2003 eine Versandaktion durch, in deren Rahmen sie jeweils einen ihrer Spielscheine mit einem Werbeschreiben auch an Teilnehmer in Bayern verschickte. Sportwetten von Wettinteressenten aus Bayern werden von ihr entgegengenommen. Auf den von der Beklagten zu 1 nach Deutschland versandten Spielscheinen befand sich der Hinweis: "Wetten im Internet www … .com".

4 Der Beklagte zu 2 war bis einschließlich 11. März 2003 Geschäftsführer der Beklagten zu 1.

5 Der Kläger, der seinerseits in Bayern eine Vielzahl von Glücksspielen, darunter die Sportwette ODDSET, betreibt, ist der Auffassung, die Beklagte zu 1 verstoße durch das entgeltliche Angebot und die Bewerbung ihrer Sportwetten gegen § 284 Abs. 1 und 4 StGB und verhalte sich somit wettbewerbs-

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

widrig. Der Beklagte zu 2 sei hierfür mitverantwortlich, da er zur Zeit der Verletzungshandlung im Januar 2003 Geschäftsführer der Beklagten zu 1 gewesen sei.

6 Der Kläger hat, soweit in der Revisionsinstanz noch von Bedeutung, beantragt,

> die Beklagten zu verurteilen, es zu unterlassen,
>
> im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs in Deutschland ohne eine entsprechende Genehmigung entgeltliche Wetten aus Anlass von sportlichen Veranstaltungen oder sonstigen Ereignissen, insbesondere wie auf den Anlagen zum Klageantrag I 1 wiedergegeben, anzubieten und/oder anbieten zu lassen und/oder entgegenzunehmen und/oder zu bewerben.

7 Ferner hat er Auskunftserteilung, Rechnungslegung und Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten begehrt.

8 Das Landgericht hat die Beklagten antragsgemäß verurteilt. Die Berufung der Beklagten ist erfolglos geblieben (OLG München GRUR-RR 2006, 137).

9 Mit der vom Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, verfolgen die Beklagten ihr auf Klageabweisung gerichtetes Begehren weiter.

Entscheidungsgründe:

10 I. Das Berufungsgericht hat angenommen, dem Kläger stünden die geltend gemachten Ansprüche aus § 8 Abs. 1 und 3 Nr. 1, §§ 9, 3, 4 Nr. 11 UWG i.V. mit § 284 Abs. 1 und 4 StGB, § 242 BGB zu. Zur Begründung hat es ausgeführt:

11 Das Verhalten der Beklagten zu 1 sei wettbewerbswidrig i.S. von § 4 Nr. 11 UWG i.V. mit § 284 StGB, weil die Beklagte zu 1 Sportwetten veranstalte, ohne über eine entsprechende deutsche behördliche Genehmigung zur Veranstaltung von Glücksspielen zu verfügen. Die ihr von der Salzburger Landesregierung erteilte Konzession zur Veranstaltung von Sportwetten in Österreich reiche nicht aus, um eine Strafbarkeit nach § 284 StGB zu verneinen. Der Beklagte zu 2 habe als zumindest mitverantwortlich Handelnder selbst einen Wettbewerbsverstoß begangen.

12 II. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision führen zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Abweisung der Klage, soweit sie in der Revisionsinstanz noch anhängig ist.

13 1. Dem Kläger steht gegen die Beklagte zu 1 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.

14 a) Die Frage, ob der Kläger 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 ist insofern auf das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb in der bis zum 8. Juli 2004 geltenden Fassung sowie auf die für Sportwetten geltende Rechtslage im Zeitpunkt der Vornahme der Verletzungshandlung (Versand der Spielscheine im Januar 2003) abzustellen. Die danach für die Beurteilung von Wettbewerbsverstößen durch Rechtsbruch maßgeblichen Vorschriften des alten und des neuen Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb unterscheiden sich inhaltlich nicht, 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.

15 b) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts hat die Beklagte zu 1 durch die beanstandete Verletzungshandlung (Versand der Spielscheine im Januar 2003) keine unlautere Wettbewerbshandlung i.S. von §§ 3, 4 Nr. 11 UWG, § 1 UWG a.F. begangen, weil die im Zeitpunkt der Vornahme der Verletzungshandlung in Bayern 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 zu 1 ist zu verneinen, weil das in Bayern 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 darin eine nicht gerechtfertigte Beschränkung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs nach Art. 43 und 49 EG.

16 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.).

17 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).

18 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 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).

19 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 Ent-

scheidung 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 aufrechterhal-

ten, wäre die Strafvorschrift auf abgeschlossene Sachverhalte weiterhin uneingeschränkt anwendbar (BGH WRP 2007, 1363 Tz. 21).

20 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).

21 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.

22 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 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 des Klägers stellt jedoch auf solche besonderen Umstände nicht ab. Er beanstandet das Verhalten der Beklagten zu 1 vielmehr allein wegen des Fehlens einer (deutschen) behördlichen Genehmigung.

23 Die verfassungsrechtliche Beurteilung hängt nicht davon ab, ob sich die Beklagte zu 1 als Gesellschaft österreichischen Rechts auf das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG berufen kann. Denn die aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts folgende Verfassungswidrigkeit betrifft die Norm des § 284 StGB als solche und ist der lauterkeitsrechtlichen Beurteilung generell zugrunde zu legen, ungeachtet ob sich der Unterlassungsanspruch gegen eine deutsche oder eine ausländische Gesellschaft richtet.

24 ee) Aus den oben dargelegten Gründen verstieß die im Zeitraum der Vornahme der Verletzungshandlung bestehende gesetzliche Regelung des staatlichen Wettmonopols in Bayern 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 des Gemeinschaftsrechts entsprechen insoweit denjenigen des Grundgesetzes (BVerfGE 115, 276 Tz. 144), so dass aus der vom Bundesverfassungsgericht festgestellten Verfassungswidrigkeit des in Bayern 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 wettbewerbs-

rechtliche 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.

25 c) Kann die vom Kläger beanstandete Verletzungshandlung der Beklagten zu 1 (Versand von Spielscheinen im Januar 2003) folglich nicht als ein Verstoß gegen § 1 UWG a.F. i.V. mit § 284 StGB angesehen werden, so scheidet ein auf dieses Verhalten unter dem Gesichtspunkt der Wiederholungsgefahr gestützter Unterlassungsanspruch des Klägers aus. Dieser Beurteilung steht nicht entgegen, dass das Bundesverfassungsgericht die gesetzliche Regelung des staatlichen Wettmonopols in Bayern für verfassungswidrig, aber nicht für nichtig erklärt hat (BVerfGE 115, 276 Tz. 146). 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 zu 1 gegen § 284 StGB als unlauter i.S. von § 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 Wettleiden-

schaft und der Bekämpfung der Wettsucht einerseits und der tatsächlichen Ausübung des Monopols andererseits 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 Verletzungshandlung im Jahre 2003, (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 zu 1 gegen § 284 StGB nicht als unlauter angesehen werden und folglich eine Wiederholungsgefahr nicht begründen kann.

26 Für eine Erstbegehungsgefahr bestehen keine hinreichenden Anhaltspunkte. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts begründet 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 sein, 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.

27 d) Aus der Verfassungs- und Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der zum Zeitpunkt der Verletzungshandlung geltenden Rechtslage in Bayern folgt, dass dem Kläger der geltend gemachte Unterlassungsanspruch insgesamt nicht zusteht. Der Kläger hat zwar vorgetragen, die Beklagte zu 1 habe für ihr Angebot für Sportwetten über Bayern hinaus geworben, und hat dementsprechend sein Unterlassungsbegehren räumlich auf Deutschland erstreckt. Die sich aus dem Sportwetten-Urteil des Bundesverfassungsgerichts ergebende Beurteilung der Rechtslage ist jedoch nicht auf Bayern beschränkt, sondern auf alle anderen Bundesländer zu übertragen. Die Notwendigkeit einer einheitlichen rechtlichen Beurteilung folgt 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; zur verfassungswidrigen Rechtslage in ein-

zelnen Bundesländern vgl. BVerfG, 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). 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 im hier maßgeblichen Zeitraum geltenden jeweiligen Vorschriften über die Veranstaltung und Vermittlung von Sportwetten noch nicht ausdrücklich festgestellt hat, ist eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht gemäß Art. 100 Abs. 1 Satz 2 GG daher nicht geboten.

28 Im Übrigen stehen dem Kläger auch aus einem anderen Grund keine wettbewerbsrechtlichen Ansprüche hinsichtlich des Sportwettenangebots der Beklagten zu 1 außerhalb Bayerns zu. Denn der Kläger bietet die von ihm betriebenen Glücksspiele seinem eigenen Vortrag nach nur in Bayern an. Entsprechend ist das Angebot der anderen Gesellschaften des Deutschen Lotto- und Totoblocks räumlich auf ihr jeweiliges Konzessionsgebiet beschränkt. Der Kläger kann daher weder als unmittelbar Verletzter noch als Mitbewerber wettbewerbsrechtliche Ansprüche gegen die Beklagten wegen eines Sportwettenangebots der Beklagten zu 1 außerhalb Bayerns geltend machen, weil sich die Parteien in den anderen Bundesländern nicht als Wettbewerber 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 der Kläger 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 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 unterschieden - eine bundesweit einheitliche Beurteilung des betreffenden Wettbewerbsgeschehens als wettbewerbswidrig schon deshalb ausscheidet. Ein Bedürfnis, dem Kläger die Verfolgung etwaiger Wettbewerbsverstöße der Beklagten zu 1 zu ermöglichen, die diese außerhalb seines räumlichen Tätigkeitsbereichs begangen haben könnte, besteht unter diesen Umständen nicht.

29 2. Aus den vorstehenden Ausführungen folgt, dass dem Kläger auch kein Unterlassungsanspruch gegen den Beklagten zu 2 zusteht und die auf Auskunftserteilung, Rechnungslegung und Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten gerichteten Anträge ebenfalls nicht begründet sind.

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

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

Bornkamm Pokrant Schaffert

Bergmann Koch

Vorinstanzen:
LG München I, Entscheidung vom 21.09.2004 - 33 O 10180/03 -
OLG München, Entscheidung vom 27.10.2005 - 6 U 5104/04 -