BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 77/06

Verkündet am:
2. Dezember 2009
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 2. Dezember 2009 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Prof. Dr. Büscher, Dr. Schaffert, Dr. Bergmann und Dr. Kirchhoff

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten zu 1 bis 3 wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 21. April 2006 aufgehoben.

Auf die Berufung der Beklagten zu 1 bis 3 wird das Urteil der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln vom 14. Juli 2005 im Kostenpunkt und insoweit abgeändert, als zum Nachteil der Beklagten zu 1 bis 3 erkannt worden ist.

Die Klage wird auch insoweit abgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin richtet in Nordrhein-Westfalen mit behördlicher Erlaubnis unter anderem die Sportwette ODDSET aus. Sie nimmt die Beklagten wegen ihrer Ansicht nach rechtswidrig veranstalteter Glücksspiele in Anspruch.

2 Die Beklagte zu 1, deren Geschäftsführer der Beklagte zu 2 ist, ist eine Gesellschaft zypriotischen Rechts mit Sitz in Nikosia, die gewerbsmäßig Sportwetten anbot. Die in Österreich ansässige Beklagte zu 3 ist die Muttergesell-

schaft der Beklagten zu 1; sie betreibt die Website www.interwetten.com, auf der Wetten der Beklagten zu 1 angeboten werden. Keiner der Beklagten verfügt über eine Erlaubnis deutscher Behörden für die Veranstaltung von Sportwetten.

3 Die Klägerin ist der Ansicht, die Beklagten verstießen durch das Angebot von Sportwetten unter "www.interwetten.com" gegen § 284 StGB und verhielten sich damit wettbewerbswidrig. Mit ihrer im September 2004 erhobenen Klage hat die Klägerin beantragt,

> die Beklagten unter Androhung von Ordnungsmitteln zu verurteilen, es zu unterlassen, wie nachfolgend wiedergegeben in der Bundesrepublik Deutschland Sportwetten zu veranstalten oder zu bewerben oder zu vermitteln oder Anträge zur Beteiligung an solchen Sportwetten entgegenzunehmen
> (es folgt die Wiedergabe von vier Bildschirmseiten, die unter www.interwetten.com aufrufbar waren).

4 Ferner hat die Klägerin Auskunftserteilung und Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten begehrt.

5 Das Landgericht hat die Folgeansprüche zeitlich auf den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit begrenzt und die Beklagten im Übrigen antragsgemäß verurteilt. Das Berufungsgericht (OLG Köln ZUM 2006, 648) hat die Berufung der Beklagten mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass es die Beklagte nach dem in der Berufungsinstanz gestellten Antrag der Klägerin verurteilt hat,

> es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs wie nachfolgend wiedergegeben in der Bundesrepublik Deutschland ohne behördliche Erlaubnis Sportwetten anzubieten und/oder zu bewerben
> (es folgen die im Urteil erster Instanz wiedergegebenen vier Bildschirmseiten, die unter www.interwetten.com aufrufbar waren).

6 Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgen die Beklagten ihr Klageabweisungsbegehren weiter.

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

Entscheidungsgründe:

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

8 Das Verhalten der Beklagten sei wettbewerbswidrig i.S. von §§ 3, 4 Nr. 11 UWG i.V. mit § 284 StGB, weil sie als Mittäter gemeinschaftlich im Internet Sportwetten veranstalteten, ohne über eine entsprechende deutsche behördliche Genehmigung zu verfügen. Auch die Beklagte zu 3 sei Mittäter, weil sie die Internet-Domain www.interwetten.com zur Verfügung stelle und im Innenverhältnis zu der Beklagten zu 1 bestimmte mit der Durchführung der Sportwetten zusammenhängende Dienstleistungen erbringe. Darauf, ob einem der Beklagten in Zypern oder Österreich eine Erlaubnis zur Veranstaltung von Sportwetten erteilt worden sei, komme es nicht an.

9 II. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision haben Erfolg. Sie führen zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Abweisung der Klage. Dem Kläger steht gegen die Beklagten - auf der Grundlage des hier maßgeblichen Sachverhalts - kein Anspruch auf Unterlassung nach § 8 Abs. 1 Satz 1, §§ 3, 4 Nr. 11 UWG i.V. mit § 284 Abs. 1 und 4 StGB, § 1 SportwettenG NRW, § 3 Abs. 2 Glücksspiel-Staatsvertrag AG NRW zu.

10 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 Tz. 14 - ODDSET, m.w.N.), also nach den Bestimmungen des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb in der 2008 geänderten Fassung (BGBl. I, S. 2949) i.V. mit § 284 StGB und den Vorschriften für das Angebot und die Durchführung von Sport-

wetten 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, Urt. v. 20.1.2005 - I ZR 96/02, GRUR 2005, 442 = WRP 2005, 474 - Direkt ab Werk; Urt. v. 28.6.2007 - I ZR 153/04, GRUR 2008, 186 Tz. 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 Tz. 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 Verletzungshandlung (Internetangebot für von der Beklagten zu 1 veranstaltete Sportwetten im September 2004) abzustellen.

11 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 Gemeinschaftsrecht - nationale Vorschriften unberührt, die sich auf Glücksspiele beziehen (Erwägungsgrund 9 der Richtlinie 2005/29/EG; vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, 28. Aufl., § 4 Rdn. 11.6c). Hinsichtlich der die Durchführung von Sportwetten regelnden Vorschriften ist eine etwaige Änderung der Rechtslage durch das Sportwetten-Urteil des Bundesverfassungsgerichts (1 BvR 1054/01, BVerfGE 115, 276 = GRUR 2006, 688 = WRP 2006, 562) zu beachten.

12 2. Die Klägerin hat als konkrete Verletzungshandlung allein den in den Klageantrag aufgenommenen Internetauftritt der Beklagten im September 2004 vorgetragen. Sie hat nicht deutlich gemacht, sich gegen eine Dauerhandlung der Beklagten zu wenden. Die Klägerin hat sich auch weder auf Verletzungshandlungen der Beklagten während der sogenannten Übergangszeit zwischen dem Sportwetten-Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 28. März 2006 und dem Inkrafttreten des Glücksspielstaatsvertrag am 1. Januar 2008 berufen, noch hätte sie dies im vorliegenden Verfahren tun können. Der für die Beurteilung der Begehungsgefahr maßgebliche Zeitpunkt war der Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht am 17. Februar 2006 (§ 296a ZPO). Das Verhalten der Beklagten nach diesem Zeitpunkt konnte deshalb von vornherein nicht berücksichtigt werden. Aus den Grundsätzen zur Berücksichtigung unstreitigen Vorbringens in der Revisionsinstanz (vgl. BGHZ 139, 214, 221; BGH, Urt. v. 21.11.2001 - XII ZR 162/99, NJW 2002, 1130, 1131) ergibt sich schon deshalb nichts anderes, weil sie keinen Einfluss auf den maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt haben. Zudem haben die Beklagten den entsprechenden Vortrag der Klägerin in der Verhandlung vor dem Senat bestritten.

13 3. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts hat die Beklagte zu 1 durch die beanstandete Verletzungshandlung (Internetauftritt im September 2004) keine unlautere Wettbewerbshandlung i.S. von §§ 3, 4 Nr. 11 UWG begangen, weil die im Zeitpunkt der Vornahme der Verletzungshandlung in Nordrhein-Westfalen geltenden Regelungen über die Veranstaltung, Durchführung und Vermittlung von öffentlichen Glückspielen gegen nationales Verfassungsrecht und gegen Gemeinschaftsrecht verstießen. Das in Nordrhein-Westfalen und den anderen deutschen Bundesländern errichtete staatliche Wettmonopol griff in seiner gesetzlichen und tatsächlichen Ausgestaltung in dem im Streitfall maßgeblichen Zeitraum unverhältnismäßig in die Berufsfreiheit privater Wettanbieter ein und war deshalb mit Art. 12 Abs. 1 GG unvereinbar. Zugleich lag dar-

in eine nicht gerechtfertigte Beschränkung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs nach Art. 43 und 49 EG. Dies hat der Bundesgerichtshof bereits für die Rechtslage in Bayern entschieden und ausführlich begründet (BGHZ 175, 238 Tz. 15 ff. - ODDSET). Für Nordrhein-Westfalen gilt nichts anderes (vgl. BVerfG, Kammerbeschl. v. 2.8.2006 - 1 BvR 2677/04, WM 2006, 1646 Tz. 16; BGHZ 175, 238 Tz. 27 - ODDSET). Der Streitfall gibt keinen Anlass zu einer abweichenden Beurteilung sogenannter "Altfälle", also vor der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 28. März 2006 begangener Verletzungshandlungen.

14 Vor dieser Entscheidung begangene Handlungen der privaten Vermittlung und Veranstaltung von Sportwetten sind schon aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht strafbar, auch wenn sie den Tatbestand des § 284 StGB erfüllen (BGH, Urt. v. 16.8.2007 - 4 StR 62/07, WRP 2007, 1363 Tz. 12, 20 f.). Die Unanwendbarkeit des § 284 StGB führt dazu, dass ein entsprechendes Verhalten kein nach den §§ 3, 4 Nr. 11 UWG unzulässiges Handeln im Wettbewerb darstellt. Auf besondere Umstände, die das Angebot oder die Durchführung von Sportwetten seitens der Beklagten zu 1 unlauter erscheinen ließen, wie Irreführung oder unangemessene unsachliche Einflussnahme, hat die Klägerin nicht abgestellt. Sie beanstandet das Verhalten der Beklagten zu 1 vielmehr allein wegen des Fehlens einer (deutschen) behördlichen Genehmigung (vgl. BGHZ 175, 238 Tz. 22 - ODDSET).

15 Kann die von der Klägerin beanstandete Verletzungshandlung der Beklagten zu 1 (Internetauftritt im September 2004) nicht als Verstoß gegen §§ 3, 4 Nr. 11 UWG i.V. mit § 284 StGB angesehen werden, so scheidet ein auf dieses Verhalten unter dem Gesichtspunkt der Wiederholungsgefahr gestützter Unterlassungsanspruch der Klägerin aus. Dieser Beurteilung steht - wie der Senat gleichfalls bereits entschieden hat (BGHZ 175, 238 Tz. 25 - ODDSET) -

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).

16 4. Die Revision der Klägerin kann sich auch nicht auf Erstbegehungsgefahr stützen. Die Klägerin hat ihr Unterlassungsbegehren bisher nur mit Wiederholungsgefahr begründet. Sie hat in der Tatsacheninstanz keinen Sachverhalt vorgetragen, aus dem sich ergäbe, dass die Beklagte zu 1 den beanstandeten Wettbetrieb in einer Zeit fortgesetzt hätte, in der die Rechtslage in der Weise geklärt gewesen wäre, dass eine Fortsetzung gegen geltendes Recht verstößt. Da eine solche Klärung jedenfalls mit dem Inkrafttreten des Glücksspielstaatsvertrag am 1. Januar 2008 eingetreten ist, könnte nur eine Fortsetzung des Wettbetriebs nach diesem Zeitpunkt eine auch heute noch bestehende Begehungsgefahr begründen. Einen entsprechenden Vortrag konnte die Klägerin naturgemäß vor Schluss der mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz am 17. Februar 2006 nicht halten.

17 5. Aus der Verfassungs- und Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der zum Zeitpunkt der Verletzungshandlung geltenden Gesetzeslage folgt, dass der Klägerin der geltend gemachte Unterlassungsanspruch gegen die Beklagten nicht zusteht und die auf Auskunftserteilung und Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten gerichteten Anträge ebenfalls unbegründet sind.

18 III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1, § 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO.

Bornkamm Büscher Schaffert

Bergmann Kirchhoff

Vorinstanzen:
LG Köln, Entscheidung vom 14.07.2005 - 81 O 30/05 -
OLG Köln, Entscheidung vom 21.04.2006 - 6 U 145/05 -