



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 163/07

in dem Rechtsstreit

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

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 aufgehoben.

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil der 31. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 2. Februar 2006 abgeändert.

Die Klage wird 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 LOTTO, TOTO und die Sportwette ODD-SET.
- 2 Die Beklagte zu 1 ist ein Wettunternehmen mit Sitz in Österreich, das Sportwetten unterschiedlicher Art gegen Einsatz anbietet. Sie verfügt über keine Erlaubnis deutscher Behörden für die Veranstaltung von Sportwetten, jedoch über eine Glücksspielkonzession der Salzburger Landesregierung. Der Beklagte zu 2 war bis zum 10. März 2003 ihr Geschäftsführer. Die Abgabe der Wetten, die ausdrücklich auch Kunden aus Deutschland angeboten werden, ist schrift-

lich, telefonisch, digital, per Fax, per Internet, per E-Mail und per WAP möglich. Im Mai 2002 versandte die Beklagte eine Werbebroschüre, deren Inhalt aus dem Klageantrag ersichtlich ist, samt Spielschein an einen Adressaten in Münster. Sie verweist darin für ihre Kunden aus Deutschland auf eine deutsche Bankverbindung.

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 Mai 2005 erhobenen Klage hat die Klägerin beantragt,

die Beklagten zu verurteilen, es unter Androhung von Ordnungsmitteln zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs

im Gebiet des Bundeslandes Nordrhein-Westfalen Wetten aus Anlass von sportlichen Veranstaltungen und sonstigen Ereignissen gegen Entgelt anzubieten und/oder anbieten zu lassen und/oder entgegenzunehmen und/oder zu bewerben, wie nachstehend wiedergegeben [es folgen Abbildungen der vier Seiten der Broschüre, von denen nachfolgend die zweite und dritte eingefügt sind]:

Einzahlung

Cash Direct
Einfach telefonisch Bankkonto und BLZ bekanntgeben.

Gewinne und Einzahlungen werden direkt online gebucht.

Kreditkarte
Mastercard, VISA

Banküberweisung

SFR-Kunden:
Nur bei UBS AG einzahlen
Kto.-Nr. 50-533.720.0
BLZ 272

Kunden aus Österreich:
Volksbank Salzburg
Kto.-Nr. 321 097 6
BLZ 45 010
immer Originalzahlungsbeleg und Originalbankstempel oder Originalkontostempel (KEINE Fotokopien - mitsenden)



Höhere Gewinne
- BESSERE QUOTEN
- NEHMEN AB 1 TIPP
- EINZELWETTEN
- SCHON AB 2 TIPPS
- KOMBIWETTEN

Ihre Wettvorteile

Einzelwetten
Mitfiebern & gewinnen: 1 Tipp genügt

Kombiwetten schon ab 2 Tipps
Mehr Spannung/höherer Gewinn
Zer Kombi: 2 Tipps in einer Reihe
Ser Kombi: 3 Tipps in einer Reihe
(maximal 40 Spiele in einer Reihe)

Extrawetten
Tennis, Boxen, Formel 1, Golf usw.

Steuerfrei wetten
Einsatz x Quote = Nettogewinn

Wetten im Internet
www.intertops.com

Cash Direct
Bargeldlos wetten und gewinnen

Einfach von zu Hause
Wetten per Telefon, Fax, Digital, Wap und Post

Viel Glück,
Spaß und Spannung
beim Wetten!

Wettkontonummer:

Auszug der Woche: 20

Alter Kontostand: 36

Einzahlung: 0

Einsatz: 0

Gewinn: 0

Auszahlung: 0

Gutschrift: 0

Neuer Kontostand EUR: 36

BONUSPUNKTE: 0

Ihr PIN:

Bitte die Felder A-D nicht beschriften!

A	00	01	02	03	04	05	06	07	08	09	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23	24	25	26	27	28	29	30	31	32	33	34	35	36	37	38	39	40	41	42	43	44	45	46	47	48	49	50	51	52	53	54	55	56	57	58	59	60	61	62	63	64	65	66	67	68	69	70	71	72	73	74	75	76	77	78	79	80	81	82	83	84	85	86	87	88	89	90	91	92	93	94	95	96	97	98	99
B	00	01	02	03	04	05	06	07	08	09	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23	24	25	26	27	28	29	30	31	32	33	34	35	36	37	38	39	40	41	42	43	44	45	46	47	48	49	50	51	52	53	54	55	56	57	58	59	60	61	62	63	64	65	66	67	68	69	70	71	72	73	74	75	76	77	78	79	80	81	82	83	84	85	86	87	88	89	90	91	92	93	94	95	96	97	98	99
C	00	01	02	03	04	05	06	07	08	09	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23	24	25	26	27	28	29	30	31	32	33	34	35	36	37	38	39	40	41	42	43	44	45	46	47	48	49	50	51	52	53	54	55	56	57	58	59	60	61	62	63	64	65	66	67	68	69	70	71	72	73	74	75	76	77	78	79	80	81	82	83	84	85	86	87	88	89	90	91	92	93	94	95	96	97	98	99
D	00	01	02	03	04	05	06	07	08	09	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23	24	25	26	27	28	29	30	31	32	33	34	35	36	37	38	39	40	41	42	43	44	45	46	47	48	49	50	51	52	53	54	55	56	57	58	59	60	61	62	63	64	65	66	67	68	69	70	71	72	73	74	75	76	77	78	79	80	81	82	83	84	85	86	87	88	89	90	91	92	93	94	95	96	97	98	99

Jetzt bargeldlos wetten!

GASSET

Einfach telefonisch Bankkonto und BLZ bekanntgeben.

Gewinne und Einzahlungen werden direkt online gebucht!

00 800 103 103 103

Jetzt neu: auch per Wap und Wetmail-Center

Wetten Sie jetzt auch während des Spiels!

1. TIPPS

plus: Jede WM-Wette nimmt an der Parochie Verlosung teil!

85% AUSZAHLUNG

AM KIOSK

INTERTOPS

Hätten Sie's gewusst?

TOP 5 WINNERS 2001

THOMAS W. HANAUER
BOB M. KROEMER
JÜRGER ELLERBÜS
JÜRGEN S. MOYER
DIETMAR WINKLER

Wettgewinne im Fußball, Soft, Tennis und in der Formel 1 (Saison 2001)

Begeistem Sie Ihren Freund = € 5,- für ihn!

Vorname: _____
Nachname: _____
Straße/Nr.: _____
PLZ/Ort: _____

Bitte in Blockbuchstaben ausfüllen, Ihr Freund erhält einen Wetbonus von € 5,-. (siehe Info-Broschüre)

Intertops® ist ein eingetragenes Markenname

Die INTERTOPS Fußball WM 2002

Mit Super-Gewinnspiel!

Wetten Sie jetzt auch während des Spiels!

1. TIPPS

00 800 103 103 103

SYSTEM

REIHE 1	REIHE 2	REIHE 3	REIHE 4	REIHE 5
00	01	02	03	04
05	06	07	08	09
10	11	12	13	14
15	16	17	18	19
20	21	22	23	24
25	26	27	28	29
30	31	32	33	34
35	36	37	38	39
40	41	42	43	44
45	46	47	48	49
50	51	52	53	54
55	56	57	58	59
60	61	62	63	64
65	66	67	68	69
70	71	72	73	74
75	76	77	78	79
80	81	82	83	84
85	86	87	88	89
90	91	92	93	94
95	96	97	98	99

Einzahlung: _____

GESAMTEINSATZ: _____

min. 10 € / 20 SFR

Anzahl der gültigen: _____

System-Nr.: _____

Ihre Kopie (Bitte blaupap. r. benutzen)

Der Wetbonus auf Grund dieses Angebotes ist durch die Einrichtung des Wetmeinsatzes, sowie durch den Zugang des Intertops-Wettkontosatzes bedingt.

5 Die Beklagten sind der Klage entgegengetreten. Sie haben die Auffassung vertreten, neben der salzburgischen Konzession bedürfe es keiner Genehmigung einer deutschen Behörde. Das staatliche Glücksspielmonopol verstieße insoweit gegen die höherrangige Dienstleistungsfreiheit des Unionsrechts.

6 Das Landgericht hat die Beklagten antragsgemäß verurteilt. Die Berufung der Beklagten ist ohne Erfolg geblieben. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgen die Beklagten ihr auf Klageabweisung gerichtetes Begehren weiter.

Entscheidungsgründe:

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

8 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 Sportwetten in Deutschland ohne die nach § 1 SportwettenG NW erforderliche Erlaubnis veranstaltet würden, sei § 284 StGB anwendbar. Eine der Beklagten zu 1 in Österreich erteilte Genehmigung entfalte im Inland keine Wirkung.

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

10 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.

11 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.

12 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 Recht-

sprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union die staatlichen Maßnahmen "kohärent und systematisch" zur Begrenzung der Wettttätigkeiten beitragen müssten.

13 II. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision führen zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur 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.

14 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.

- 15 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 verbraucher-schützenden 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.
- 16 2. Im Streitfall kommt es ausschließlich auf die Rechtslage vor dem Sportwetten-Urteil des Bundesverfassungsgerichts an, so dass es sich um einen sogenannten Altfall handelt.
- 17 Die Klägerin hat als konkrete Verletzungshandlung allein die in den Klageantrag aufgenommene Werbebroschüre der Beklagten, die im Mai 2002 versandt wurde, vorgetragen. Sie hat nicht deutlich gemacht, sich gegen eine Dauerhandlung der Beklagten zu wenden, die auch während der Übergangszeit fortgesetzt wurde. Eine Dauerhandlung lässt sich entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung nicht daraus ableiten, dass sich die Klägerin darauf berufen hat, die Beklagte halte eine deutsche Bankverbindung für Wetteinsätze vor, werbe mit dem Slogan "Deutschlands beste Wettquoten" und betreibe Freundschafswerbung, bei der an erster Stelle der Ländercode D für Deutschland angekreuzt werden kann. Hierbei handelt es sich - auch nach Auffassung der Klä-

gerin - um die näheren Umstände der vorgetragenen konkreten Verletzungshandlung vom Mai 2002, die aus der beanstandeten Broschüre ersichtlich sind, nicht jedoch um jeweils selbständig geltend gemachte Verletzungshandlungen.

18 Zwar ist tatbestandlich festgestellt, dass die Abgabe von Wetten bei der Beklagten auch über das Internet möglich ist. Daraus ergibt sich aber nicht, dass ein konkreter Internetauftritt der Beklagten als Verletzungshandlung in Form einer Dauerhandlung zur Begründung der Klage vorgetragen worden ist. Die Klägerin hat sich insbesondere nicht auf konkrete Inhalte bezogen, die auf einer bestimmten Internetseite bereitgehalten werden, und keine Ausdrücke von Bildschirmseiten als Beleg für Verletzungshandlungen vorgelegt.

19 Das Berufungsgericht hatte deshalb im Streitfall keinen Anlass, die Rechtslage während der Übergangszeit zu prüfen. Daraus, dass es dies gleichwohl getan hat, kann nicht entnommen werden, dass es von einer Dauerhandlung ausgegangen ist. Es hat insoweit lediglich seine Ausführungen aus den Parallelsachen übernommen.

20 Die Revisionserwiderung beruft sich auch nicht darauf, die Klage sei außer mit Wiederholungsgefahr auch mit Erstbegehungsgefahr für Handlungen in der Übergangszeit begründet worden.

21 3. Die Beklagten haben durch die Verteilung der beanstandeten Broschüre, die vor dem 28. März 2006 erfolgte, keinen Wettbewerbsverstoß i.S.v. §§ 3, 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 284 StGB begangen.

22 a) 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 Beschrän-

kung 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 Wertsucht materiell und strukturell gewährleistete (BVerfG, WM 2006, 1646 Rn. 17).

23 b) Die Beklagten haben 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.

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

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

Bornkamm

Pokrant

Büscher

Schaffert

Kirchhoff

Vorinstanzen:

LG Köln, Entscheidung vom 02.02.2006 - 31 O 578/02 -

OLG Köln, Entscheidung vom 14.09.2007 - 6 U 61/06 -