



# **BUNDESGERICHTSHOF**

**IM NAMEN DES VOLKES**

## **URTEIL**

I ZR 187/04

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

in dem Rechtsstreit

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

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Bremen - 2. Zivilsenat - vom 11. November 2004 aufgehoben.

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil der 2. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Bremen vom 4. März 2004 abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin ist Gesellschafterin des Deutschen Lotto- und Totoblocks und veranstaltet mit behördlicher Erlaubnis im Gebiet der Freien Hansestadt Bremen eine Vielzahl von Glücksspielen und Lotterien, darunter auch die Sportwette ODDSET. Sie hat die Beklagte mit Anwaltsschreiben vom 14. Mai 2003 wegen Verstoßes gegen § 1 UWG a.F. abgemahnt, weil die Beklagte in ihrem Geschäftslokal in Bremen eine Wettannahmestelle betreibe, in der sie Sportwetten von Wettinteressenten entgegengenommen und weitergeleitet habe. Auf den von ihr erteilten Spielquittungen habe sie angegeben, die von ihr entgegengenommenen Angebote der Wettkunden an ein Unternehmen auf der Isle of Man weiterzureichen.
- 2 Die Klägerin hat in dem Verhalten der Beklagten einen Wettbewerbsverstoß gesehen, weil der Beklagten die notwendige behördliche Erlaubnis fehle, derartige Sportwetten zu veranstalten, und sie deshalb dem in § 284 Abs. 1 StGB niedergelegten Verbot zuwiderhandele.
- 3 Die Klägerin hat beantragt,  
  
die Beklagte zu verurteilen, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken ohne die erforderliche behördliche Genehmigung Sportwetten, insbesondere wie in der Anlage zum Klageantrag wiedergegeben, zu veranstalten und/oder zu bewerben und/oder entgegenzunehmen und/oder etwaige Gewinne auszuzahlen.
- 4 Die Beklagte hat geltend gemacht, sie sei nicht Veranstalterin eines Glücksspiels. Sie schließe den Vertrag mit dem Wettkunden nicht selbst ab, sondern vermittele lediglich den Abschluss mit dem auf der Isle of Man ansässigen Wettveranstalter. Ferner fehle es nicht an einer behördlichen Zulassung, da

der Wettveranstalter im Besitz einer von der zuständigen Behörde der Isle of Man erteilten Erlaubnis sei, die europaweit wirksam sei.

5            Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt. Die Berufung der Beklagten ist ohne Erfolg geblieben (OLG Bremen OLG-Rep 2005, 171).

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

#### Entscheidungsgründe:

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

8            Die Vorschrift des § 284 Abs. 1 StGB sei auch dazu bestimmt, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln. In der Veranstaltung der Sportwetten sei ein Glücksspiel i.S. von § 284 Abs. 1 StGB zu sehen. Die Beklagte sei Gehilfin i.S. von § 27 Abs. 1 StGB. Der Umstand, dass der Haupttäter im Ausland gehandelt habe, entlaste sie nicht, weil für den Beteiligten an einer Auslandstat, der im Inland gehandelt habe, nach § 9 Abs. 2 Satz 2 StGB das deutsche Strafrecht gelte, auch wenn die Tat nach dem Recht des Tatorts nicht mit Strafe bedroht sei. Auf eine dem auf der Isle of Man ansässigen Veranstalter erteilte Genehmigung der dortigen Behörden könne sich die Beklagte nicht berufen, weil nach § 284 Abs. 1 StGB die Erlaubnis einer zuständigen

deutschen Behörde verlangt werde. Die in § 284 Abs. 1 StGB getroffene Regelung sei mit Art. 43 und 49 EG vereinbar.

9 II. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision haben Erfolg. Sie führen zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Abweisung der Klage. Der Klägerin steht gegen die Beklagte kein Anspruch auf Unterlassung nach § 8 Abs. 1, §§ 3, 4 Nr. 11 UWG, § 1 UWG a.F. i.V. mit § 284 Abs. 1 und 4 StGB zu.

10 1. Die Frage, ob die Klägerin die geltend gemachte Unterlassung beanspruchen kann, ist nach dem zum Zeitpunkt der Entscheidung geltenden Recht zu beurteilen (BGHZ 141, 329, 336 - Tele-Info-CD, m.w.N.), also nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 3. Juli 2004 i.V. mit § 284 StGB und den Vorschriften für das Angebot und die Durchführung der in Rede stehenden Sportwetten in der gegenwärtig geltenden Fassung. Soweit der Unterlassungsanspruch auf Wiederholungsgefahr gestützt ist, besteht er allerdings nur, wenn das beanstandete Verhalten auch schon zur Zeit seiner Begehung wettbewerbswidrig war (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urt. v. 13.7.2006 - I ZR 234/03, GRUR 2006, 953 Tz. 14 = WRP 2006, 1505 - Warnhinweis II). Nichts anderes gilt für den Fall der Erstbegehungsgefahr, wenn sie auf einem Verhalten noch unter der Geltung früheren Rechts beruht (vgl. BGH, Urt. v. 12.7.2007 - I ZR 18/04, GRUR 2007, 890 Tz. 18 = WRP 2007, 1173 - Jugendgefährdende Medien bei eBay; zum Abdruck in BGHZ 173, 188 vorgesehen). Im Streitfall, in dem im Jahre 2003 begangene Verletzungshandlungen geltend gemacht werden, braucht zwischen den für die Beurteilung von Wettbewerbsverstößen durch Rechtsbruch maßgeblichen Vorschriften des alten und des neuen Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb nicht unterschieden zu werden, weil die Regelung nach § 4 Nr. 11 UWG der neueren Rechtsprechung zu § 1 UWG a.F. (vgl. BGHZ 150, 343, 347 f. - Elektroarbeiten) entspricht (vgl. Begründung des

Regierungsentwurfs, BT-Drucks. 15/1487, S. 19 zu § 4 Nr. 11 UWG). Hinsichtlich der die Durchführung von Sportwetten regelnden Vorschriften ist eine etwaige Änderung der Rechtslage durch das Sportwetten-Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 28. März 2006 (1 BvR 1054/01, BVerfGE 115, 276 = GRUR 2006, 688 = WRP 2006, 562) zu beachten.

11           2. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts hat die Beklagte durch die beanstandeten Verletzungshandlungen keine unlauteren Wettbewerbshandlungen i.S. von §§ 3, 4 Nr. 11 UWG, § 1 UWG a.F. begangen, weil die im Zeitpunkt der Verletzungshandlungen im Land Bremen geltenden Regelungen über die Veranstaltung, Durchführung und Vermittlung von Sportwetten gegen nationales Verfassungsrecht verstießen. Die Unlauterkeit der beanstandeten Wettbewerbshandlungen der Beklagten ist zu verneinen, weil das in Bremen und in den 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.

12           a) 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.).

13            b) 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).

14            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 Rechtferti-

gung 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).



- 15            Diese verfassungsrechtliche Beurteilung trifft, wie das Bundesverfassungsgericht im Anschluss an sein Urteil vom 28. März 2006 entschieden hat, auf die Rechtslage in anderen Bundesländern gleichermaßen zu (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). Danach ist die Ausgestaltung des staatlichen Sportwettenmonopols in den betreffenden Bundesländern vor dem 28. März 2006 als mit Art. 12 Abs. 1 GG unvereinbar anzusehen, weil es dem jeweiligen Sportwettenrecht vor und nach dem Inkrafttreten des von sämtlichen Bundesländern ratifizierten Lotteriestatsvertrags 2004 am 1. Juli 2004 an Regelungen fehlte, die eine konsequente und aktive Ausrichtung des in den einzelnen Ländern zulässigen Sportwettenangebots am Ziel der Begrenzung der Wettleidenschaft und Bekämpfung der Wettsucht materiell und strukturell gewährleisten (BVerfG WM 2006, 1646 Tz. 17).
- 16            Im Gebiet der Freien Hansestadt Bremen wies das Sportwettenrecht im Zeitpunkt der im Streitfall in Rede stehenden Verletzungshandlungen gleichfalls ein verfassungswidriges Regelungsdefizit auf. Nach § 1 Abs. 1 des Gesetzes über Wetten und Lotterien in der Fassung der Bekanntmachung vom 30. April 1974 (Brem.GBl. S. 229) konnten zwar für das Land Bremen Veranstalter von Wetten zugelassen werden, die nach § 2 Abs. 1 auch juristische Personen des privaten Rechts sein konnten. Aus welchen Anlässen Zulassungen für Veranstalter von Wetten erteilt werden konnten, hatte der Senat der Freien Hansestadt Bremen nach § 1 Abs. 2 des Gesetzes durch Rechtsverordnung zu bestimmen. Diese Bestimmungsbefugnis ist durch die Verordnung über die Zulassung von Wetten im Lande Bremen vom 11. Januar 2000 (Brem.GBl. S. 7) dahin ausgeübt worden, das für das Land Bremen eine (einzige) Zulassung für Sportwetten mit festen Gewinnquoten erteilt und für Wetten mit variablen Ge-

winnquoten je ein Totalisator für Fußballwetten, Zahlwetten (Zahlenlotto) und Pferdewetten zugelassen werden konnte. Die nach der Verordnung vom 11. Januar 2000 einzig erteilbare Zulassung für Sportwetten wurde an die Klägerin vergeben. Diese veranstaltete daraufhin gemeinsam mit den anderen im Deutschen Lotto- und Totoblock zusammengeschlossenen Lotterieunternehmen der Länder die Sportwette ODDSET im Rahmen des staatlichen Wettmonopols, das vom Bundesverfassungsgericht insbesondere auch wegen seiner tatsächlichen Ausgestaltung seit der Einführung der Sportwette ODDSET im Jahre 1999 als unverhältnismäßiger Eingriff in die Berufsfreiheit angesehen worden ist (vgl. BVerfGE 115, 276 Tz. 2, 120, 133). Hinreichende Vorgaben, die eine Ausrichtung des staatlichen Angebots der Sportwette ODDSET am Ziel der Begrenzung der Wettleidenschaft und der Bekämpfung der Wettsucht gewährleisten, enthielt auch das für Sportwetten geltende Bremer Recht in dem hier maßgeblichen Zeitraum vor 2006 nicht. Nach Ansicht des erkennenden Senats bedarf es im Streitfall einer Vorlage an das Bundesverfassungsgericht nach Art. 100 Abs. 1 GG nicht, weil sich die Verfassungswidrigkeit des staatlichen Wettmonopols im Land Bremen für den hier maßgeblichen Zeitraum nicht aus dem Landesgesetz über Wetten und Lotterien vom 30. April 1974, sondern aus der Verordnung über die Zulassung von Wetten im Lande Bremen vom 11. Januar 2000 ergibt, die die Erteilung lediglich einer einzigen Zulassung vorsah. Das Landesgesetz über Wetten und Lotterien vom 30. April 1974 sah dagegen eine solche Beschränkung nicht vor und hätte daher in einer nicht gegen Art. 12 Abs. 1 GG verstoßenden Weise angewendet werden können.

17

c) Hinsichtlich der Folgen, die sich aus der verfassungswidrigen rechtlichen und tatsächlichen Ausgestaltung des staatlichen Monopols für Sportwetten 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 ei-

ner behördlichen Genehmigung betriebene gewerbliche Vermittlung von Sportwetten aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht anwendbar ist (BGH, Urt. v. 16.8.2007 - 4 StR 62/07, WRP 2007, 1363 = NJW 2007, 3078 Tz. 12, 20). Der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat dabei in der von ihm entschiedenen Strafsache nicht nur die Entscheidung des Landgerichts bestätigt, das den Angeklagten aus tatsächlichen Gründen vom Vorwurf unerlaubter Veranstaltung eines Glücksspiels mit der Begründung freigesprochen hatte, es sei wegen der unklaren Rechtslage von einem unvermeidbaren Verbotsirrtum des Angeklagten i.S. des § 17 Satz 1 StGB auszugehen. Er hat vielmehr auf der Grundlage der die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 28. März 2006 tragenden Erwägungen weiter ausgeführt, dass auch das Sportwettengesetz des betreffenden Bundeslandes (Saarland) im Tatzeitraum mit dem Grundgesetz unvereinbar gewesen sei und deshalb die Strafnorm des § 284 StGB auf den zu beurteilenden Sachverhalt aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht anwendbar, der Angeklagte mithin (auch) aus rechtlichen Gründen freizusprechen gewesen wäre (BGH WRP 2007, 1363 Tz. 12). Das Bundesverfassungsgericht habe zwar das (bayerische) Staatslotteriesgesetz 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 Staatslotteriesgesetz Sportwetten nur staatlicherseits veranstaltet und nur derartige Wetten gewerblich vermittelt werden dürften, ohne dabei das Monopol konsequent am Ziel der Bekämpfung der Suchtgefahren auszurichten. Auch wenn die in der Entscheidungsformel enthaltene Unvereinbarkeitserklärung des Bundesverfassungsgerichts die Strafvorschrift des § 284 StGB nicht unmittelbar betreffe, diese Strafvorschrift als solche vielmehr verfassungsrechtlich unbedenklich sei, schränke die Entscheidung "nach Maßgabe der Gründe" auch deren Anwendungsbereich ein. Denn das durch § 284 StGB begründete strafrechtliche Verbot der Veranstaltung unerlaubten Glücksspiels

sei Teil der Gesamtregelung, die zumindest in der Vergangenheit das den verfassungswidrigen, mit Art. 12 GG unvereinbaren Eingriff in die Berufsfreiheit begründende staatliche Wettmonopol ausgemacht habe. Dieser Zustand würde aufrechterhalten, wäre die Strafvorschrift auf abgeschlossene Sachverhalte weiterhin uneingeschränkt anwendbar (BGH WRP 2007, 1363 Tz. 21).

18            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 setze. 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).

19 d) 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.

20 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 der Klägerin stellt je-

doch auf solche besonderen Umstände nicht ab. Sie beanstandet das Verhalten der Beklagten vielmehr allein wegen des Fehlens einer (deutschen) behördlichen Genehmigung.

21 e) Die Frage, ob die Beklagte sich aus den oben dargelegten Gründen ferner darauf berufen kann, die rechtliche und tatsächliche Ausgestaltung des staatlichen Wettmonopols im Land Bremen habe im Zeitraum der Vornahme der Verletzungshandlungen auch gegen Gemeinschaftsrecht (Art. 43 und 49 EG) verstoßen, kann ebenso offenbleiben wie die Frage, ob Gemeinschaftsrecht im Hinblick darauf nicht zur Anwendung kommt, dass der Veranstalter der Sportwetten, die die Beklagte vermittelt hat, auf der Isle of Man ansässig ist (vgl. dazu VGH Kassel NVwZ 2005, 99, 100 f., m.w.N.). Bereits wegen der Verfassungswidrigkeit des staatlichen Sportwettenmonopols kann die Unlauterkeit der Wettbewerbshandlungen der Beklagten nach den §§ 3, 4 Nr. 11 UWG, § 1 UWG a.F. nicht aus einem Verstoß gegen § 284 StGB hergeleitet werden.

22 3. Können die von der Klägerin beanstandeten, vor dem 28. März 2006 begangenen Verletzungshandlungen der Beklagten nicht als nach §§ 3, 4 Nr. 11 UWG, § 1 UWG a.F. i.V. mit § 284 StGB wettbewerbswidrig angesehen werden, so scheidet ein darauf unter dem Gesichtspunkt der Wiederholungsgefahr gestützter Unterlassungsanspruch der Klägerin aus. Dieser Beurteilung steht nicht entgegen, dass das Bundesverfassungsgericht die gesetzliche Regelung des staatlichen Wettmonopols in Bayern für verfassungswidrig, nicht aber für nichtig erklärt hat (BVerfGE 115, 276 Tz. 146; entsprechendes gilt für die anderen Bundesländer, vgl. für Nordrhein-Westfalen BVerfG WM 2006, 1646 Tz. 18). Zwar hat das Bundesverfassungsgericht gleichzeitig ausgesprochen, dass für eine gesetzliche Neuregelung eine Übergangszeit bis zum 31. Dezember 2007 angemessen sei und die bisherige Rechtslage bis dahin anwendbar bleibe, so dass das gewerbliche Veranstalten von Wetten durch

private Wettunternehmen und deren Vermittlung weiterhin als verboten angesehen und ordnungsrechtlich unterbunden werden könnten (BVerfGE 115, 276 Tz. 157 f.). Dies führt jedoch nicht dazu, dass der vor der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts begangene Verstoß der Beklagten gegen § 284 StGB als unlauter i.S. von §§ 3, 4 Nr. 11 UWG, § 1 UWG a.F. anzusehen ist. Denn das Bundesverfassungsgericht hat die weitere Anwendbarkeit der bisherigen Rechtslage für die Übergangszeit bis zum 31. Dezember 2007 "mit der Maßgabe" verknüpft, dass unverzüglich ein Mindestmaß an Konsistenz zwischen dem Ziel der Begrenzung der Wettleidenschaft und der Bekämpfung der Wertsucht einerseits und der tatsächlichen Ausübung des Monopols hergestellt wird (BVerfGE 115, 276 Tz. 157). Die Weitergeltung des Verbots für die Übergangszeit und die daran anknüpfenden ordnungsrechtlichen Sanktionen setzten demnach eine Änderung zumindest der konkreten tatsächlichen Ausgestaltung des staatlichen Wettmonopols voraus, wie das Bundesverfassungsgericht mittlerweile in weiteren Entscheidungen mehrfach bestätigt hat (vgl. BVerfG, Kammerbeschl. v. 4.7.2006 - 1 BvR 138/05, WM 2006, 1644 Tz. 17 f.; Kammerbeschl. v. 19.10.2006 - 2 BvR 2023/06, WM 2006, 2326 Tz. 19; Beschl. v. 7.12.2006 - 2 BvR 2428/06, NJW 2007, 1521 Tz. 27). Daraus folgt im Gegenschluss, dass die (frühere) Rechtslage ohne eine solche tatsächliche Änderung der Ausgestaltung des staatlichen Wettmonopols, also auch die Rechtslage im Zeitpunkt der im Streitfall in Rede stehenden Verletzungshandlungen, (weiterhin) als verfassungswidrig anzusehen ist und als Grundlage für ein Verbot ausscheidet (im Ergebnis ebenso BVerfG, Kammerbeschl. v. 22.11.2007 - 1 BvR 2218/06, WM 2008, 274 Tz. 30 ff. zur Unvereinbarkeit einer vor dem 28. März 2006 ergangenen ordnungsrechtlichen Untersagungsverfügung mit Art. 12 Abs. 1 GG). Das bedeutet, dass der vor der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts liegende Verstoß der Beklagten gegen § 284 StGB nicht als unlauter angesehen werden und folglich eine Wiederholungsgefahr nicht begründen kann.

23 Für eine Erstbegehungsgefahr bestehen keine hinreichenden Anhaltspunkte. Der Umstand, dass die Beklagte im vorliegenden Fall im Rahmen der Rechtsverteidigung geltend gemacht hat, zur Durchführung von Sportwetten ohne entsprechende (deutsche) Genehmigung berechtigt zu sein, begründet noch keine Erstbegehungsgefahr (vgl. BGH, Urt. v. 16.3.2006 - I ZR 92/03, GRUR 2006, 879 Tz. 18 = WRP 2006, 1027 - Flüssiggastank). Dem Vorbringen der Beklagten kann zudem nicht entnommen werden, dass sie für sich das Recht, ohne Genehmigung Sportwetten in Deutschland durchzuführen oder anzubieten, selbst dann in Anspruch nehmen wollte, wenn nach einer Änderung der rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse - inzwischen haben die Länder einen neuen Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland unterzeichnet und in die jeweiligen Landesrechte übernommen, vgl. etwa für Baden-Württemberg das Gesetz vom 11. Dezember 2007 (GBl. v. 14.12.2007, S. 571) - von einer verfassungsgemäßen und gemeinschaftsrechtskonformen Rechtslage auszugehen wäre. Da Verhaltensweisen der Beklagten nach Erlass der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 28. März 2006 im Streitfall nicht zur Beurteilung stehen, braucht der Frage nicht nachgegangen zu werden, ob die inzwischen erfolgte Veränderung der rechtlichen (und tatsächlichen) Ausgestaltung des staatlichen Wettmonopols den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts genügt und wie sich die veränderte Rechtslage zu den aus dem Gemeinschaftsrecht folgenden Vorgaben verhält.

24 4. Die sich aus dem Sportwetten-Urteil des Bundesverfassungsgerichts ergebende Rechtslage ist nicht auf einzelne Bundesländer beschränkt, sondern ist auf das gesamte Bundesgebiet zu übertragen, so dass der Klägerin auch hinsichtlich des übrigen Bundesgebiets der geltend gemachte Unterlassungsanspruch nicht zusteht. Die Einheitlichkeit der rechtlichen Beurteilung folgt zum einen daraus, dass die im Deutschen Lotto- und Totoblock zusammenge-



schlossenen Lotterieuunternehmen der Länder die Sportwette ODDSET schon seit 1999 im Rahmen dieses Zusammenschlusses in einer gegen Art. 12 Abs. 1 GG verstoßenden Weise betrieben haben (vgl. BVerfGE 115, 276 Tz. 2, 5 und 133). Zum anderen haben die Länder in dem am 1. Juli 2004 in Kraft getretenen Lotteriestaatsvertrag bundesweit einen einheitlichen Regelungsstand für die Veranstaltung, Durchführung und gewerbliche Vermittlung öffentlicher Glücksspiele vereinbart. Diese Vereinbarung haben alle Bundesländer in ihr jeweiliges Landesrecht umgesetzt, indem die Landtage dem Lotteriestaatsvertrag innerhalb der in ihm bestimmten Frist zugestimmt und im Zusammenhang damit den Lotteriestaatsvertrag mit Gesetzeskraft verkündet, durch eine Neuregelung oder Anpassung des bestehenden Landesrechts umgesetzt oder durch landesgesetzliche Ausfüllung der in ihm vorgesehenen Regelungsspielräume ausgeführt haben (BVerfG, Kammerbeschl. v. 10.1.2006 - 1 BvR 939/05 Tz. 4; vgl. auch Kammerbeschl. v. 2.8.2007 - 1 BvR 1896/99, Tz. 38, 74).

25 Im Übrigen stehen der Klägerin auch aus einem anderen Grund keine wettbewerbsrechtlichen Ansprüche hinsichtlich des Sportwettenangebots der Beklagten außerhalb des Landes Bremen zu. Denn die Klägerin bietet die von ihr betriebenen Glücksspiele ihrem eigenen Vortrag nach nur im Land Bremen an. Entsprechend ist das Angebot der anderen Gesellschaften des Deutschen Lotto- und Totoblocks räumlich auf ihr jeweiliges Konzessionsgebiet beschränkt. Die Klägerin kann daher weder als unmittelbar Verletzte noch als Mitbewerberin wettbewerbsrechtliche Ansprüche gegen die Beklagte wegen eines Sportwettenangebots der Beklagten außerhalb des Landes Bremen geltend machen, weil sich die Parteien in den anderen Bundesländern nicht als Wettbewerber gegenüber stehen (§ 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 be-

stimmten 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 die Klägerin 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 jedenfalls für die Gebiete der Länder Bremen, Baden-Württemberg, Bayern, Nordrhein-Westfalen und Sachsen-Anhalt aus den oben dargelegten Gründen nicht als wettbewerbswidrig beurteilt werden kann und daher - selbst wenn man unterstellt, die Rechtslage sei in anderen Bundesländern in dem maßgeblichen Zeitraum verfassungskonform gewesen - eine bundesweit einheitliche Beurteilung des betreffenden Wettbewerbsgeschehens als wettbewerbswidrig schon deshalb ausscheidet. Ein Bedürfnis, der Klägerin die Verfolgung etwaiger Wettbewerbsverstöße der Beklagten außerhalb des räumlichen Tätigkeitsbereichs der Klägerin zu ermöglichen, besteht unter diesen Umständen nicht.

26 III. Danach ist das angefochtene Urteil aufzuheben und die Klage abzuweisen.

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

Bornkamm

Pokrant

Schaffert

Bergmann

Koch

Vorinstanzen:

LG Bremen, Entscheidung vom 04.03.2004 - 12 O 405/03 -

OLG Bremen, Entscheidung vom 11.11.2004 - 2 U 39/04 -