
Datum: 14.09.2007
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 200/06
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2007:0914.6U200.06.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 81 O 163/05

Tenor:

1.) Auf die Berufung der Beklagten wird das am 22.9.2006 verkündete Urteil der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln - 81 O 163/05 - teilweise abgeändert und unter Aufrechterhaltung der Verurteilung im übrigen die Klage auch insoweit abgewiesen, als sie gegen die Beklagten zu 4) und 5) gerichtet ist und als die Klägerin Auskunft über die mit dem Anbieten von Sportwetten erzielten Umsätze sowie die Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten begehrt (Klageanträge zu I 2 und II).

Die weitergehende Berufung der Beklagten zu 1) - 3) wird zurückgewiesen.

2.) Die Kosten des Rechtsstreits beider Instanzen verteilen sich wie folgt:

Von den Gerichtskosten und den außergerichtlichen Kosten der Klägerin tragen die Klägerin 52 % und die Beklagten zu 1) - 3) je 16 %.

Die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 1) - 3) tragen die Klägerin zu 20 % und im übrigen die Beklagten zu 1) - 3) selbst.

Die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 4) und 5) trägt die Klägerin.

3.) Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagten können jedoch die Vollstreckung des Unterlassungsanspruches durch Sicherheitsleistung in Höhe von 250.000 € abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Vollstreckung des Kostenerstattungsanspruches kann der jeweilige Vollstreckungsschuldner durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der jeweilige Vollstreckungsgläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

4.) Die Revision wird zugelassen, soweit die Entscheidung zu Lasten der Beklagten zu 1) - 3) ergeht.

Begründung

A

Wegen des Sachverhaltes wird gem. § 540 Abs. 1 S. 1 Ziff. 1 ZPO auf den Tatbestand der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen. Gegen dieses Urteil haben die Beklagten Berufung eingelegt, mit der sie unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens das Ziel der vollständigen Abweisung der Klage weiterverfolgen.

Die Beklagten erheben verfahrensrechtliche Einwände und meinen, insbesondere aus europarechtlichen Gründen zur Durchführung der streitgegenständlichen Sportwetten berechtigt zu sein, die sich nach ihrer Auffassung u.a. aus der Entscheidung "Q." des EuGH vom 06.03.2007 in den verbundenen Rechtssachen C-338/04, C-359/04 und C-360/04 (WRP 07, 525) ergeben. Nachdem auch nach Verkündung jenes Urteils von anderen Gerichten gem. Artikel 234 EGV weitere Vorlagefragen an den EuGH gerichtet worden sind, die die Rechtmäßigkeit des Verbots von Sportwetten betreffen, vertreten die Beklagten die Auffassung, das Verfahren sei bis zur Entscheidung über jene Vorlagen auszusetzen, bzw. es sei auch im vorliegenden Verfahren eine derartige Vorlagefrage an den EuGH zu richten.

Die Beklagte zu 1) behauptet, sie sei nicht Inhaberin der streitgegenständlichen Internet-Domain. Die Beklagten zu 4) und 5 behaupten, sie seien lediglich als Anlagevermittler tätig und an der Durchführung von Sportwetten nicht beteiligt.

Die Beklagten rügen weiter die fehlende Aktivlegitimation der Klägerin. Diese sei – was im Laufe des Berufungsverfahrens unstreitig geworden ist – selber nicht Inhaberin einer Erlaubnis gem. § 2 Sportwettengesetz NW.

Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil. Nach ihrer Auffassung ist die Durchführung der Sportwetten durch die Beklagten auch im Lichte der jüngsten EuGH-Rechtsprechung

1

2

3

4

5

6

7

rechtswidrig.

Zur Frage der Aktivlegitimation trägt sie unwidersprochen vor, die Oddset-Sportwetten würden in Nordrhein-Westfalen von ihr selbst durchgeführt. Mit Blick auf die geltend gemachten Schadensersatzansprüche legt die Klägerin einen Abtretungsvertrag vom 12.03.2007 mit ihrer Gesellschafterin, der O. in Nordrhein-Westfalen GmbH, sowie zwei Gesellschafterbeschlüsse der NRW Bank vom 25.05.2007 vor. 8

B 9

Die Berufung ist zulässig und hat auch in einigem Umfang, nämlich soweit die Klage sich gegen die Beklagten zu 4) und 5) richtet insgesamt und soweit die übrigen Beklagten zur Auskunftserteilung verurteilt worden sind und ihre Verpflichtung zum Schadensersatz festgestellt worden ist, Erfolg. Im Übrigen ist sie unbegründet. Zu Recht hat das Landgericht den Beklagten untersagt, Sportwetten in der Weise, wie dies bisher geschehen und konkret angegriffen ist, anzubieten oder zu bewerben. Ein Anlass, das Verfahren bis zur Entscheidung des EuGH über gem. Artikel 234 EGV an ihn gerichtete Vorlageverfahren auszusetzen oder eine eigene Vorlagefrage an den EuGH zu richten, besteht nicht. 10

I. Unterlassungsantrag zu 1.1 gegen die Beklagten zu 1) – 3) 11

Der Unterlassungsantrag ist, soweit er sich gegen die Beklagten zu 1) – 3) (*im Folgenden: "die Beklagten"*) richtet, begründet. 12

Die Beklagten rügen, das Landgericht habe das Versäumnisurteil nicht ausdrücklich aufrechterhalten dürfen, da mangels Zustellung der Klageschrift ein Fall der Säumnis nicht vorgelegen habe. Der Einwand geht fehl: Nachdem die Beklagten gegen das formal wirksame Versäumnisurteil in zulässiger Weise Einspruch eingelegt hatten, war der Prozess gem. § 342 ZPO in die Lage zurückversetzt, in der er sich vor Eintritt der (von dem LG angenommenen) Säumnis befand. Das Landgericht hatte daher auf den zulässigen Einspruch in der Sache über die Frage zu befinden, ob der durch das Versäumnisurteil titulierte Anspruch bestehe oder nicht. War diese Frage zu bejahen, so hatte das Landgericht – wie geschehen – das Versäumnisurteil ungeachtet der Frage zu bestätigen, ob die Voraussetzungen für seinen Erlass vorgelegen haben. 13

1.) Die Klägerin ist als Mitbewerberin der Beklagten gem. § 8 Abs. 3 Ziff. 1 UWG befugt, die streitgegenständlichen Unterlassungsansprüche gegen diese geltend zu machen. Sie führt – was die Beklagten nicht in Abrede stellen und senatsbekannt ist – in Nordrhein-Westfalen Oddset Sportwetten durch und steht daher mit den über das Internet bundesweit auftretenden Beklagten in einem konkreten, gem. § 2 Abs. 1 Ziff. 3 UWG ihre Stellung als Mitbewerberin begründenden Wettbewerbsverhältnis. Allerdings ist die für eine eigenverantwortliche Veranstaltung von Sportwetten gem. § 2 Sportwettengesetz NRW erforderliche Erlaubnis nicht ihr, sondern einer ihrer Gesellschafterinnen, der O. in Nordrhein-Westfalen GmbH, erteilt worden. Das ändert indes an ihrer aus den geschilderten tatsächlichen Gründen bestehenden Stellung als Mitbewerberin der Beklagten nichts. Ob das Anbieten von Sportwetten durch die Klägerin von der ihrer Gesellschafterin erteilten Erlaubnis gedeckt ist, hat der Senat bei der Prüfung des Unterlassungsanspruches nicht zu entscheiden. Denn wenn das nicht der Fall sein sollte, wäre der in Betracht kommende Einwand der sog. "unclean hands" nicht geeignet, der Klägerin die Klagebefugnis zu nehmen. Es entspricht gefestigter Rechtsprechung, von der abzuweichen kein Anlass besteht, dass der Einwand des Verletzers, der Verletzte handele ebenso wettbewerbswidrig, jedenfalls dann unerheblich ist, wenn – wie im Streitfall - Interessen Dritter oder der Allgemeinheit berührt werden (vgl. 14

BGH GRUR 67, 430, 432 – "Grabsteinaufträge I"; GRUR 71, 582, 584 – "Koppelung im Kaffeehandel"; GRUR 77, 494, 497 – "Dermatex"; KG GRUR 2000, 93 f – "Zugabeverstöß"; Piper/Ohly § 8 Rz 219; Hefermehl/Köhler/Bornkamm § 11 Rz 2.39).

2.) Der Unterlassungsantrag ist aus den zutreffenden Gründen der landgerichtlichen Entscheidung, auf die einleitend zustimmend Bezug genommen wird, auch begründet. Das beanstandete Angebot der Beklagten zu 1) im Internet zur Teilnahme an Sportwetten verstößt gegen § 284 Abs. 1 und 4 StGB i.V.m. § 1 SportwettenG NW, weswegen der Klägerin der geltendgemachte Unterlassungsanspruch aus §§ 3, 4 Nr. 11, 8 Abs. 1 und Abs. 3 Nr. 1 UWG zusteht. Das gilt auch vor dem Hintergrund der vorgebrachten verfassungs- und europarechtlichen Aspekte der Auseinandersetzung. 15

a) Auf den vorliegenden Fall des Anbietens und Bewerbens von Sportwetten im Internet aus dem Ausland ist das deutsche Strafrecht anwendbar. Hierfür reicht es aus, wenn der Erfolg nach der Vorstellung des Täters (auch) in Deutschland eintreten soll (§§ 3, 9 Abs. 1 StGB). Das ist indes der Fall. Die im Internet und damit öffentlich veranstalteten Glücksspiele werden in Deutschland durchgeführt. Denn der Internetauftritt ist zumindest auch für das deutsche Publikum bestimmt. Er ist optional in deutscher Sprache gehalten und sieht eine Teilnahme durch Spieler in Deutschland ausweislich der vorgegebenen Länderauswahl ausdrücklich vor. Es werden auch – was unstreitig ist – Anmeldungen und Wetteinsätze aus Deutschland entgegengenommen. Gegen die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts kann auch nicht mit Erfolg eingewendet werden, es handele sich bei § 284 StGB um ein abstraktes Gefährdungsdelikt, weswegen auf einen Erfolgsort nicht abgestellt werden könne. Zweck der Norm ist der Schutz der Teilnehmer bzw. Spielinteressenten. Nur wenn sich der Veranstalter werbend an Interessierte wendet, liegt das Durchführen eines Glücksspiels vor. Dies rechtfertigt die Anwendung des § 9 Abs. 1 Alt. 3 und 4 StGB (vgl. näher Tröndle/Fischer a.a.O. § 9 Rz 5 ff). 16

b) Die Veranstaltung von Sportwetten durch die Beklagten im Internet verstößt als Glücksspiel gegen § 284 Abs. 1 StGB. Ein Glücksspiel im Sinne dieser Vorschrift liegt vor, wenn bei einem Spiel ein nicht unerheblicher Einsatz erbracht werden muss und die Entscheidung über Gewinn und Verlust zumindest im Wesentlichen nicht von Fähigkeiten, Kenntnissen oder dem Grade der Aufmerksamkeit des Spielers, sondern vom Zufall abhängt (vgl. BGHSt 2,274,276; 29,152,157; 36,74,80; NStZ 03,372). Diese Voraussetzungen sind erfüllt. Die Teilnehmer setzen – wovon ohne weiteres auszugehen ist - Beträge in nicht unerheblicher Höhe auf den Ausgang eines bevorstehenden Sportereignisses. Die Entscheidung über den nach festen Quoten ausgelobten Gewinn hängt damit zumindest ganz wesentlich vom Zufall ab. Der Ausgang von Sportwettkämpfen wird naturgemäß von der aktuellen körperlichen Verfassung und sonstigen "Tagesform" der beteiligten Sportler sowie durch Zufälligkeiten des Spielverlaufs beeinflusst, weswegen auch für denjenigen Teilnehmer, der auf Grund besonderer Kenntnisse die Chancen der beteiligten Sportler gut einzuschätzen vermag, letztlich der unkalkulierbare und unbeeinflussbare Zufall über den Ausgang der Wette und den Gewinn der ausgelobten Quote oder den Verlust des nicht unerheblichen Einsatzes entscheidet. Dementsprechend werden Sportwetten sowohl in der strafrechtlichen (BGH NStZ 03, 372) als auch in der wettbewerbsrechtlichen Rechtsprechung (BGH GRUR 02,636 – "Sportwetten"; GRUR 04,693,695 – "Schöner Wetten") einhellig als Glücksspiele im Sinne des § 284 StGB angesehen (vgl. auch Tröndle/Fischer, StGB, 53. Aufl., § 284 Rz 7 m.w.N.). Auch das Bundesverfassungsgericht hat seiner Entscheidung vom 28.3.2006 (NJW 06, 1261) zugrundegelegt, dass Sportwetten ungeachtet der verfassungsrechtlichen Problematik den Tatbestand des § 284 StGB erfüllen (a.a.O., Rz. 121, 129, 159). 17

- c) Die Beklagte zu 1) haftet als Störerin neben den Anbietern der Sportwetten und den sonstigen Beteiligten. Ihre Störerstellung folgt ohne weiteres aus dem Umstand, dass sie ihre Internet-Domain www.c.b.i..com für die Bewerbung der Sportwetten zur Verfügung stellt. Soweit sie dies in der mündlichen Berufungsverhandlung bestritten hat, kann sie damit § 531 Abs. 2 ZPO nicht mehr gehört werden. Die Beklagte zu 1) hat nicht dargelegt, aus welchen Gründen sie gehindert gewesen sein sollte, dies in erster Instanz vorzutragen (§ 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO). Überdies stellt das bloße Bestreiten der Inhaberschaft der Domain angesichts der schon mit der Klageschrift vorgelegten (Anlage CBH 3), auf die Beklagte zu 1) lautenden Whois – Auskunft auch keinen im Sinne des § 138 Abs.1 ZPO substantiierten Vortrag dar. 18
- d) Schließlich erfolgt die als Glücksspiel zu qualifizierende Veranstaltung von Sportwetten in Nordrhein-Westfalen auch ohne behördliche Erlaubnis. Gem. § 1 Sportwettengesetz NW ist die Zulässigkeit von Sportwetten in Nordrhein-Westfalen von der Erteilung einer Genehmigung der Landesregierung abhängig. Eine solche Genehmigung ist keinem der Beklagten erteilt worden. 19
- e) Der Anwendung von § 284 Abs. 1 StGB im vorliegenden Verfahren stehen weder verfassungs- noch europarechtliche Gründe entgegen. 20
- aa) Allerdings hat das Bundesverfassungsgericht in seiner grundlegenden Entscheidung vom 28.3.2006 – 1 BvR 1054/01 – (NJW 06, 1261) bezüglich des bayerischen Staatslotteriegesetzes vom 29.4.1999 entschieden, dass das darin festgeschriebene staatliche Wettmonopol einen rechtfertigungsbedürftigen Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs.1 GG darstelle und angesichts der derzeitigen Ausgestaltung des Wettmonopols in Bayern verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt sei (a.a.O. Rz 92 f). Das in Bayern errichtete staatliche Wettmonopol stelle einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Berufsfreiheit dar, weil es in seiner konkreten Ausgestaltung nicht der Vermeidung und Abwehr von Spielsucht und problematischem Spielverhalten diene (Rz 119). Das Bundesverfassungsgericht hat sich ausdrücklich darauf beschränkt, die gesetzliche Regelung in Bayern für nicht mit dem Grundgesetz vereinbar zu erklären, und demgegenüber nicht erklärt, dass die angegriffene Rechtslage nichtig sei (Rz 126 f). Dies sei deswegen geboten, weil der Gesetzgeber verschiedene Möglichkeiten zur Beseitigung des verfassungswidrigen Zustandes habe. So könne er entweder das bestehende staatliche Wettmonopol beibehalten und konsequent so ausgestalten, dass es wirklich der Suchtbekämpfung diene, oder durch eine gesetzlich normierte und kontrollierte Zulassung der gewerblichen Veranstaltung von Sportwetten durch private Wettunternehmen die Verfassungswidrigkeit beseitigen (Rz 148). Vor diesem Hintergrund hat das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber für die Neuregelung eine Frist bis zum 31.12.2007 eingeräumt und ausdrücklich erklärt, dass in der Übergangszeit bis zu diesem Zeitpunkt das gewerbliche Veranstalten durch private Wettunternehmen und die Vermittlung von Wetten, die nicht vom Freistaat Bayern veranstaltet werden, als verboten angesehen und ordnungsrechtlich unterbunden werden dürfen (Rz 156, 158). 21
- Die Grundsätze dieser Entscheidung beanspruchen auch für die Rechtslage in Nordrhein-Westfalen Geltung, weil durch §§ 1, 2 Sportwettengesetz NW auch hier ein staatliches Monopol für die Durchführung von Sportwetten gesetzlich normiert ist und die von dem Bundesverfassungsgericht beanstandete tatsächliche Ausgestaltung der staatlich durchgeführten Sportwetten sich nicht auf das Land Bayern beschränkt, sondern durch die insgesamt 16 Landeslotteriegesellschaften bundesweit einheitlich bzw. ähnlich praktiziert wird (BGH WRP 07, 977 RZ 45 m.w.N.). Ihre Anwendung führt allerdings nicht zum Erfolg der Berufung, weil auch nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts die Durchführung von 22

Sportwetten durch private Unternehmen in Deutschland zumindest bis zum 31.12.2007 untersagt werden darf. Die Formulierung des Urteils in Rz 158, wonach das gewerbliche Veranstellen von Wetten durch private Wettunternehmen "ordnungsrechtlich" unterbunden werden dürfe, ist nicht im Sinne einer Ausschließlichkeit dahin zu verstehen, dass das Verbotsrecht auf die Ordnungsbehörden beschränkt sei und privaten, aus § 8 Abs. 1 und 3 Ziff. 1 UWG aktivlegitimierten Personen wie der Klägerin ein Klagerecht nicht zustehe. Der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts lag ein verwaltungsrechtliches Verfahren zugrunde und Gesichtspunkte, die dafür sprechen könnten, den Ordnungsbehörden die Verfolgung zu gestatten, den Landeslotteriegesellschaften das Klagerecht auf privatrechtlicher Ebene aber zu versagen, sind nicht ersichtlich.

Nachdem das Bundesverfassungsgericht auf die beschriebene Weise über die Verfassungsmäßigkeit entschieden hat, bedarf es eines Eingehens auf seine einschlägigen früheren Entscheidungen in Eilverfahren vom 27.4.2005 (1 BvR 223/05) und 27.9.2005 (1 BvR 757/05 und 1 BvR 789/05) nicht mehr.

23

Auf der Grundlage der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 28.3.2006 stehen verfassungsrechtliche Einwände dem geltendgemachten Unterlassungsanspruch nicht entgegen. Danach bleibt die bisherige Rechtslage während des derzeit noch andauernden Laufes der bis zum 31.12.2007 gesetzten Übergangsfrist allerdings nur mit der Maßgabe anwendbar, dass 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 (a.a.O., Rz. 157). Es kann indes aus Gründen, auf die anschließend im Rahmen der europarechtlichen Fragestellung unter bb) näher einzugehen ist, nicht festgestellt werden, dass diese Anforderungen nicht erfüllt wären.

24

bb) Auch europarechtliche Gründe stehen einer Anwendung von § 284 StGB im Rahmen des Unterlassungsanspruches aus §§ 3, 4 Nr. 11 UWG, der zwar die Kenntnis der maßgeblichen Tatsachen, nicht aber ein Verschulden der Beklagten voraussetzt, nicht entgegen.

25

aaa) Der Senat hatte sich in der Vergangenheit bereits in einer Anzahl von Verfahren mit der Frage der europarechtlichen (Un-)Zulässigkeit der Durchführung von Sportwetten in Deutschland, für die eine hier erteilte Genehmigung nicht vorliegt, zu befassen. Der Senat hat dabei regelmäßig, nämlich in den den Parteien zumindest teilweise bekannten Verfahren 6 U 91/05 (MMR 06, 230; ZUM 06, 230), 6 U 145/05; 6 U 187/05; 6 U 194/05 und 6 U 60/06 entschieden, dass die Verurteilung der jeweiligen Beklagten auch bei unterstellter Europarechtswidrigkeit der in Deutschland gehandhabten Praxis zu Recht erfolgt sei, weil diese sich in einem Genehmigungsverfahren auf die angenommene Europarechtswidrigkeit der Gesetzeslage in Nordrhein-Westfalen hätten stützen können, einen Antrag auf Erteilung der Genehmigung aber nicht gestellt hatten.

26

Den Beklagten ist einzuräumen, dass auf der Grundlage der inzwischen ergangenen EuGH-Entscheidung "Q." (WRP 07, 525) zweifelhaft sein kann, ob (auch) sie entsprechend dieser Rechtsauffassung des Senats auf den Verwaltungs-(Rechts-)weg verwiesen werden könnten. Der EuGH hat den Umstand, dass der Beteiligte Q. einen nach italienischem Recht vorgesehenen Antrag nicht gestellt hatte, nicht zum Anlass genommen, die einschlägige italienische Strafnorm für anwendbar zu erklären. Überdies hat er zwar in Rz. 65 zum Erfordernis einer polizeilichen Genehmigung nach italienischem Recht die vorherige Kontrolle und fortwährende Überwachung der im Glücksspielsektor tätigen Wirtschaftsteilnehmer als eine ohne Weiteres verhältnismäßige Maßnahme bezeichnet, sodann aber (Rz. 67) weiter ausgeführt, das Fehlen einer polizeilichen Genehmigung könne Personen, die sich derartige Genehmigungen nicht hätten beschaffen können, weil ihre Erteilung den Besitz einer

27

Konzession voraussetze, von deren Erhalt sie unter Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht ausgeschlossen worden seien, auf jeden Fall nicht zum Vorwurf gemacht werden. Der vorliegende Fall unterscheidet sich allerdings u.a. dadurch von demjenigen des Verfahrens "Q.", dass es nicht um eine strafrechtliche Verurteilung geht, sondern die Klägerin die Beklagten für die Zukunft auf Unterlassung in Anspruch nimmt und sich dabei auf die Verwirklichung (nur) des objektiven Tatbestandes des § 284 Abs. 1 StGB stützt. Überdies sind auch die zuständigen Landesbehörden bei der Bescheidung eines Antrages auf Erteilung einer Sportwettengenehmigung gehalten, die europarechtlichen Vorgaben zu beachten, was – wenn die Voraussetzungen vorliegen – die Erteilung einer Genehmigung auch gegen den Wortlaut des das Monopol begründenden § 1 Sportwettengesetz NW einschließen kann.

Die Beklagten bieten Sportwetten an, ohne hierfür in Deutschland eine Genehmigung beantragt und damit ohne z.B. die mit dem Genehmigungsverfahren verbundene Bonitäts- und Zuverlässigkeitsprüfung durchlaufen zu haben. Der Senat lässt die Frage ausdrücklich offen, ob dies – im Einzelfall zum Nachteil der teilnehmenden Spieler - den Beklagten mit der ihre Bonität und Zuverlässigkeit nicht berührenden Begründung erlaubt sein könnte, die das Genehmigungserfordernis betreffende Rechtslage stehe mit dem Recht der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit in Europa nicht in Einklang. Die Frage kann dahingestellt bleiben, weil nicht festgestellt werden kann, dass die Rechtsgrundlage für die Durchführung von Sportwetten und ihre tatsächliche Handhabung in Nordrhein-Westfalen derzeit mit europarechtlichen Vorgaben nicht vereinbar sind.

28

bbb) Der Europäische Gerichtshof hatte sich in der Entscheidung "Q." nicht mit einem dem deutschen System vergleichbaren Genehmigungsverfahren, sondern mit besonderen Ausprägungen eines italienischen Konzessionssystems zu befassen. Dieses Konzessionssystem in Italien dient – wodurch sich die Fallkonstellation weiter von der Vorliegenden deutlich unterscheidet - nach seiner Begründung nicht der Eindämmung der Wettleidenschaft, sondern der Bekämpfung der in diesem Bereich drohenden (Wirtschafts-)Kriminalität durch Überleitung der Glücksspieltätigkeiten in kontrollierbare Bahnen (EuGH "Q." Rz 55). Auch die frühere Entscheidung in der Rechtssache "H." (NJW 2004, 139 ff) betraf das italienische Konzessionssystem. Dort hat der EuGH (Rz. 63) im Anschluss an die Feststellung, dass die in Rede stehenden Beschränkungen unter Artikel 43 und 49 EGV fielen, bei der Erörterung der Ausnahmenvorschriften der Artikel 45 und 46 EGV unter Bezugnahme auf seine früheren Entscheidungen "T." (NJW 94, 2013), "M." (EuZW 2000, 148) und "A." (EuZW 2000, 151) ausgeführt, dass unter anderem die sittlich und finanziell schädlichen Folgen für den Einzelnen wie für die Gesellschaft, die mit Spielen und Wetten einhergehen, es rechtfertigen könnten, dass die staatlichen Stellen über ein ausreichendes Ermessen verfügen, um festzulegen, welche Erfordernisse sich aus dem Schutz der Verbraucher und der Sozialordnung ergeben. Zu den in diesem Rahmen bestehenden Befugnissen der staatlichen Stellen kann, wie der EuGH in dem Urteil "M." für Glücksspielautomaten ausdrücklich entschieden hat, auch die Einrichtung bzw. Aufrechterhaltung eines staatlichen Monopols gehören. Allerdings müssen die Beschränkungen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt und geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Zieles zu gewährleisten und dürfen sie nicht über das Erforderliche hinausgehen (EuGH "H.", Rz. 65). Soweit Behörden eines Mitgliedstaates die Verbraucher dazu anreizen und ermuntern, an Lotterien, Glücksspielen oder Wetten teilzunehmen, damit der Staatskasse daraus Einnahmen zufließen, könnten sich die Behörden dieses Staates auf die erwähnten Ausnahmebestimmungen nicht berufen. Schließlich ist ausgeführt worden (Rz. 66), es sei Sache der nationalen Gerichte, darüber zu befinden, ob diese Voraussetzungen erfüllt seien. Diese mithin weiterhin maßgeblichen

29

Kriterien hat der EuGH durch die - nicht ein staatliches Monopol, sondern ein Konzessionssystem betreffende - Entscheidung "Q." nicht relativiert. Hieraus ergibt sich für das vorliegende Verfahren Folgendes:

Die mit der aus § 1 Sportwettengesetz NW für Nordrhein-Westfalen folgende Monopolisierung zu Gunsten ganz oder überwiegend in staatlicher Hand befindlicher Gesellschaften ist nicht von vornherein unzulässig, sondern verstößt nur dann gegen die Bestimmungen der Artikel 43, 49 EGV, wenn sie nicht dem Ziel dient, die sittlich und finanziell schädlichen Folgen für den Einzelnen wie für die Gesellschaft einzudämmen. Insbesondere darf die Reglementierung nicht allein oder vorrangig dem Ziel dienen, dem Fiskus Einnahmen zu sichern. 30

Weiter ist der Entscheidung "H." nach der ausdrücklichen Formulierung in Rz. 66 zu entnehmen, dass die Prüfung der Frage, ob diese Voraussetzungen tatsächlich erfüllt sind oder nicht, den zuständigen nationalen Gerichten obliegt. An dieser Zuständigkeitszuweisung hat sich durch die Entscheidung "Q." nichts geändert: Nachdem der Generalanwalt sich in seinen Schlussanträgen vom 16.05.2006 (Rz. 80 ff.) für eine Entscheidung in der Sache durch den EuGH ausgesprochen hatte, ist der EuGH dem nicht gefolgt, sondern hat – ohne die umfangreichen Darlegungen des Generalanwaltes zu erwähnen – in Ziffer 2 des Urteilstenors (Rz. 73) und unter Randziffer 63 der Begründung fortgeschrieben, dass es Sache der vorliegenden Gerichte sei zu prüfen, ob die regionale Regelung dem (in jenem Verfahren maßgeblichen) Ziel entspreche, der Ausbeutung von Tätigkeiten in diesem Sektor zu kriminellen oder betrügerischen Zwecken vorzubeugen. Übertragen auf die vorliegende Fallgestaltung, bei der nicht die Kriminalitätsbekämpfung, sondern die Bekämpfung der Wettleidenschaft und Spielsucht in Rede steht, bedeutet dies, dass es Sache der nationalen Gerichte ist, darüber zu befinden, ob die insoweit zu stellenden Anforderungen erfüllt sind. 31

Im Ausgangspunkt steht damit fest, dass die Bekämpfung der Spielsucht ein Ziel ist, das bei der Erteilung von Genehmigungen für die Durchführung von Sportwetten Einschränkungen durch die Aufrechterhaltung eines Monopols rechtfertigen kann. Denn in der Spielsucht manifestieren sich die "sittlich und finanziell schädlichen Folgen" (EuGH "H." Rz. 63) der Teilnahme an Sportwetten in ihrer intensivsten Form. Es ist damit maßgeblich, ob die in § 1 Sportwettengesetz NW festgeschriebene Monopolisierung aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sowie geeignet ist, die Spielsucht zu bekämpfen, und nicht über das insoweit Erforderliche hinausgeht. Diese Frage ist von dem Senat selbst zu entscheiden und nicht zum Gegenstand einer Vorlagefrage gem. Art. 234 EGV zu machen. 32

ccc) Bei der Frage, ob die zu stellenden Anforderungen nunmehr erfüllt sind, ist europarechtlich auf die tatsächliche Handhabung abzustellen. Maßgeblich ist nach der oben zitierten Rechtsprechung des EuGH nicht, dass die Eindämmung der Spielsucht gesetzlich verankert ist, sondern dass die Sportwetten so durchgeführt und insbesondere beworben werden, dass dabei die Spielsucht nicht gefördert, sondern eingedämmt und bekämpft wird. Der Senat teilt daher die Auffassung der Beklagten nicht, wonach eine Aufrechterhaltung des Monopols – überdies ohne jedwede Einräumung einer Übergangsfrist - nicht ohne Veränderung auch der gesetzlichen Grundlagen und Verankerung der Gebote der Bekämpfung der Spielsucht zulässig ist. Die gesetzliche Grundlage, auf der das Monopol der Gesellschafterin der Klägerin beruht, verstößt nach dem Vorgesagten nicht per se gegen Verfassungs- oder Europarecht. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 28.03.2006 bindet zudem – wenn ihr auch nicht gem. § 31 Abs. 2 BVerfGG unmittelbar Gesetzeskraft zukommt - gem. § 31 Abs. 1 BVerfGG die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden unmittelbar. Dies bedeutet, dass die 33

Aufsichtsbehörden bereits seit Verkündung jener Entscheidung, also auch schon während der mit ihr eingeräumten Übergangszeit bis zum 31.12.2007, von Rechts wegen dazu verpflichtet sind, ein Mindestmaß an Konsistenz zwischen dem Ziel der Begrenzung der Wettleidenschaft und Bekämpfung der Wertsucht und der tatsächlichen Ausübung des Monopols herzustellen (Bundesverfassungsgericht a.a.O. Rz. 157). Einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung, wonach der Genehmigungsinhaber im Rahmen des ihm erlaubten Anbietens von Sportwetten die Gefahren der Spielsucht bekämpfen müsse, bedarf es daher als Grundlage für das erstrebte Verbot nicht. Maßgeblich ist vielmehr allein, dass dies tatsächlich geschieht.

Der Senat vermag nicht festzustellen, dass die in Nordrhein-Westfalen geltenden Regelungen und ihre praktische Umsetzung den durch die dargestellte EuGH-Rechtsprechung aufgestellten Anforderungen derzeit nicht genügen. 34

Das Anbieten von Sportwetten unterfällt – abgesehen von der vorliegend zu erörternden verfassungs- und europarechtlichen Problematik – aus den dargelegten Gründen dem objektiven Tatbestand des § 284 Abs. 1 StGB. Angesichts dessen ist es Sache der Beklagten, konkrete tatsächliche und rechtliche Gründe dafür vorzutragen, dass die in Kraft befindliche Rechtsnorm zu ihren Gunsten nicht zur Anwendung kommen soll. Es obliegt damit im Ausgangspunkt ihnen, konkret darzulegen, dass von den in Deutschland erteilten Genehmigungen in einer Weise Gebrauch gemacht werde, durch die die Ziele der Begrenzung der Wettleidenschaft und der Bekämpfung der Wertsucht nicht hinreichend verfolgt werden. 35

Dabei ist allerdings davon auszugehen, dass die tatsächlichen Verhältnisse in der Bundesrepublik Deutschland und damit auch in Nordrhein-Westfalen in der Zeit bis zum Frühjahr des Jahres 2006 so waren, dass diesen (verfassungsrechtlichen und) europarechtlichen Anforderungen nicht genügt worden ist. Das folgt aus der erwähnten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 28.03.2006. In jenem Urteil hat das Bundesverfassungsgericht das in Bayern geltende staatliche Monopol zur Durchführung von Sportwetten als nicht mit Artikel 12 Abs. 1 GG vereinbar erklärt, weil das Monopol nicht konsequent am Ziel der Bekämpfung der Suchtgefahren ausgerichtet sei. Diese Feststellung, die angesichts der bundesweit zumindest ganz ähnlichen Handhabung durch die Inhaber von Genehmigungen in den einzelnen Bundesländern ohne Weiteres auch für Nordrhein-Westfalen Geltung beansprucht (vgl. BGH WRP 07, 977), begründet ebenfalls die aus demselben Vorwurf hergeleitete Europarechtswidrigkeit der damaligen Verhältnisse in der Bundesrepublik Deutschland. 36

Es besteht aber keine tatsächliche Vermutung dafür, dass diese verfassungs- und europarechtswidrigen Zustände auf dem Sportwettensektor, wie sie für den Zeitpunkt der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts festgestellt worden sind, auch heute noch fortbestehen. Die Klägerin bietet – ebenso wie das die Veranstalter von Sportwetten in anderen Bundesländern tun – auch nach jenem Urteil weiter Sportwetten an. Das Bundesverfassungsgericht hat (Rz. 157) die bisherige Rechtslage während der Dauer der Übergangszeit bis zum 31.12. 2007 indes nur mit der Maßgabe für (weiter) anwendbar erklärt, dass das die Sportwetten betreibende Bundesland unverzüglich ein Mindestmaß an Konsistenz zwischen dem Ziel der Begrenzung der Wettleidenschaft und der Bekämpfung der Wertsucht einerseits und der tatsächlichen Ausübung seines Monopols andererseits herstellt. Diese Entscheidung bindet gem. § 31 Abs. 1 BVerfGG unmittelbar sämtliche Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden. Angesichts dieser Rechtslage kann nicht ohne weiteres angenommen werden, dass die – 37

zumindest überwiegend – in staatlicher Hand befindlichen und damit auf die beschriebene Weise gebundenen Inhaber von Genehmigungen die Sportwetten weiter anbieten, ohne Maßnahmen zur Bekämpfung der Spielsucht ergriffen zu haben.

Für Nordrhein-Westfalen und andere Bundesländer steht im Gegenteil sogar fest, dass dies 38
in erheblichem Umfange geschehen ist. So hat das OVG Münster im Verfahren 13 B 2594/06
mit Beschluss vom 14.12.06 Folgendes ausgeführt:

"Das Innenministerium NRW hat mit Schreiben vom 19. April 2006 der B. Lotterie GmbH & 39
Co. OHG eine Vielzahl von Maßnahmen aufgegeben, die den in der Entscheidung des
Bundesverfassungsgerichts angesprochenen Gesichtspunkten ausreichend Rechnung
tragen. Hinsichtlich des Wettangebots ist angeordnet worden, dass Wetten nicht auf
Halbzeitergebnisse, rote Karten, Platzverweise sowie Eckstöße etc. abgeschlossen werden
dürfen und grundsätzlich keine Live-Wetten angeboten werden. Die Werbung soll auf
Informationen zur Art und Weise der Wettmöglichkeiten ohne Aufforderungscharakter
(Animationssprüche, emotionale Bilder etc.) beschränkt werden, wobei TV- und
Radiowerbung, Bandenwerbung in den Stadien, Trikotwerbung, Gewinnspiele zu Oddset in
den Medien, Oddset-Werbung über Großplakate und Werbeterminale sowie die Durchführung
von Promotion-Aktionen auf Messen, Jahrmärkten etc. generell verboten sind. Die
Vertriebskanäle sollen auf das Annahmestellennetz und das Internet beschränkt werden.
Oddset-Wetten sollen künftig nur noch über Kundenkarten abgeschlossen werden können.
Beim Vertrieb über das Internet soll eine Begrenzung des Spieleinsatzes pro Woche und
Kundenkonto auf 250,00 EUR vorgesehen werden. Wetten durch SMS und interaktives TV
sind demgegenüber verboten. Weiterhin sind der B. Lotterie GmbH & Co. OHG vielfältige
Maßnahmen zur Suchtprävention aufgegeben worden: Auf den Spielscheinen sind ein
Hinweis auf die Suchtgefahr sowie Telefonnummern von Suchtberatungsstellen
aufzudrucken. Entsprechende Hinweise sind in das Internet-Angebot aufzunehmen. Auch in
den Annahmestellen sowie auf jeder Information zur Oddset-Wette und bei
Werbemaßnahmen ist auf die Suchtgefahr hinzuweisen. In den Annahmestellen soll
sichergestellt werden, dass hohe Spieleinsätze erfasst werden. Weiterhin soll ein Verfahren
entwickelt werden, dass eine Begrenzung der Spieleinsätze in den Annahmestellen je
Spelauftrag und Kunde vorsieht und bei Verdachtsmomenten Maßnahmen bis hin zum
Ausschluss von der Spielteilnahme ermöglicht. Das Vertriebspersonal in den Annahmestellen
soll schließlich in den Bereichen Sucht, Geldwäsche und Begleitkriminalität geschult werden.
Ausweislich des Berichts der B. Lotterie GmbH & Co. OHG vom 06. Juni 2006 an das
Innenministerium NRW werden die geforderten Maßnahmen im Rahmen ihrer zeitlichen
Realisierbarkeit auch umgesetzt. Die Wettgegenstände sind entsprechend der Aufforderung
des Innenministeriums begrenzt worden, ebenso wie die grundsätzlich untersagten
Werbemaßnahmen eingestellt und die nach Maßgabe des Schreibens des Innenministeriums
noch erlaubte Werbung inhaltlich überprüft und korrigiert worden sind. Das Alter der Wetter,
die im Internet Wetten abschließen, wird geprüft. Auch sind die Vertriebskanäle gemäß dem
Schreiben des Innenministeriums begrenzt und eine Vielzahl von Maßnahmen zur
Suchtprävention ergriffen bzw. erarbeitet worden.

Anhaltspunkte dafür, dass nicht unverzüglich die – den Forderungen des 40
Bundesverfassungsgerichts entsprechen – erforderliche Schritte eingeleitet worden sind, sind
vor diesem Hintergrund nicht erkennbar."

Die Beklagten bestreiten die in diesem Beschluss angeführten Auflagen des 41
Innenministeriums NW nicht und behaupten auch nicht, dass sie in einzelnen, konkret
benannten Punkten nicht befolgt würden. Es kann aber angesichts dieses Katalogs von

Maßnahmen keine Rede davon sein, die Verhältnisse seien in Nordrhein-Westfalen noch so, wie sie zur Zeit der grundlegenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts am 28.3.2006 gewesen sind, zumal das Bundesverfassungsgericht selbst in der Entscheidung 2 BvR 2428/06 (S. 13) ausgeführt hat, die Annahme des OVG Münster, das Land NW habe bereits entsprechend den Vorgaben des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 28.03.06 ein Mindestmaß an Konsistenz zwischen dem Ziel der Begrenzung der Wettleidenschaft einerseits und der tatsächlichen Ausübung seines Monopols andererseits hergestellt, sei nicht zu beanstanden.

Entsprechend hat das Hamburgische Obergerverwaltungsgericht im Verfahren 1 Bs 378/06 (DVBI 2007, 647) unter Rz. 14 – 35 einen der vorstehend für Nordrhein-Westfalen dargestellten Aufzählung entsprechenden Katalog von Maßnahmen der Hamburgischen Erlaubnisträgerin und ihrer Umsetzung angeführt und hieraus den Schluss gezogen, in Hamburg dürften auch in Ansehung der Entscheidung Q. die Vermittlung von Sportwetten an im Ausland ansässige Vermittler untersagt werden. 42

Vor diesem Hintergrund kann die Entscheidung nicht auf eine Vermutung gestützt werden, die tatsächlichen Verhältnisse entsprächen auch heute noch den europarechtlichen Anforderungen nicht. Das gilt nicht nur bezogen auf Nordrhein-Westfalen, sondern für die gesamte Bundesrepublik Deutschland. 43

Die Beklagten tragen keine konkreten Gesichtspunkte vor, durch die die Klägerin bzw. ein Genehmigungsinhaber in einem der übrigen 15 Bundesländer bei der Durchführung oder Bewerbung der Sportwetten aktuell gegen die in Rede stehenden Anforderungen verstieße. Der bloße Hinweis darauf, dass verschiedene Gerichte angesichts der komplexen Rechtslage derzeit ein Verbot oder auch eine strafrechtliche Verurteilung, wie sie hier ohnehin nicht in Rede steht, nicht für zulässig erachten, reicht insoweit nicht aus. Es hätte vielmehr den hierauf auch hingewiesenen Beklagten obliegen, tatsächliche Verhaltensweisen der Klägerin oder auch von Anbietern in anderen Bundesländern darzulegen, durch die trotz der ministeriellen Anweisungen die Geschäftstätigkeit neben der Durchführung von Sportwetten nicht auch darauf ausgerichtet gewesen sei, der von der Beteiligung an Sportwetten ausgehenden Gefahr der Spielsucht zu begegnen. An einem solchen Vortrag fehlt es. 44

ddd) Das VG Gießen hat in einem Vorlagebeschluss an den EuGH gem. Art. 234 EGV vom 7.5.2007 (10 E 13/07) u.a. die Frage aufgeworfen, ob ein staatliches Monopol für Sportwetten nur dann mit Art. 43, 49 EGV vereinbar sei, wenn in Deutschland nicht nur auf dem Gebiet der Sportwetten, sondern in dem gesamten Glücksspielbereich den Belangen der Eindämmung der Spielleidenschaft und Bekämpfung der Spielsucht hinreichend Rechnung getragen werde. Auch das OVG des Saarlandes (Beschluss vom 4.4.2007 – 3 W 20/06 -) und die Europäische Kommission in dem gem. Art. 226 EGV gegen die Bundesrepublik Deutschland gerichteten Vertragsverletzungsverfahren 2003/4350 sind der Auffassung, Anbietern, denen in einem anderen Mitgliedsland eine Erlaubnis erteilt worden sei, könne nur dann mit Blick auf das gesetzliche Monopol das Anbieten oder Vermitteln von Sportwetten in Deutschland untersagt werden, wenn in dem gesamten Glücksspielbereich die Spielsucht hinreichend bekämpft werde. Diese Auffassung teilt der Senat nicht, weswegen auch kein Anlass besteht, das vorliegende Verfahren im Hinblick auf Ziffer 1 des Vorlagebeschlusses des VG Gießen an den EuGH (a.a.O.) oder auf das Verletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland gem. § 148 ZPO auszusetzen. Das gilt auch im Hinblick auf die von den Beklagten des Verfahrens 6 U 5/06 mit Schriftsatz vom 13.9.2007 noch angeführte Entscheidung des LG Berlin vom 14.8.2007 (16 O 1002/05). 45

Zur Begründung der vorstehend dargestellten Auffassung wird – zutreffend - angeführt, der EuGH habe in den Entscheidungen "H." (Rz 67) und "Q." (Rz 53) formuliert, die geforderten Maßnahmen müssten "kohärent und systematisch" zur Begrenzung der Wetttätigkeiten beitragen. Hieraus kann jedoch nicht abgeleitet werden, dass nur eine Erstreckung auf alle Arten von Glücksspielen die Aufrechterhaltung des Monopols im Bereich der Sportwetten rechtfertigen könne. Die Formulierung "kohärent und systematisch" ist dahin zu verstehen, dass die geforderten Maßnahmen auf dem Gebiet der Sportwetten aufeinander abgestimmt und nach einem Konzept zu ergreifen sind, das die gesamte Bewerbung und Durchführung der Wetten einheitlich und stimmig erfasst. Die Verwendung des zur Begründung der abweichenden Auffassung allein in Betracht kommenden Wortes "kohärent" durch den EuGH bedeutet demgegenüber nicht, dass damit eine Verknüpfung auch zu ganz anderen Glücksspielarten gemeint war. Hiergegen spricht schon, dass der EuGH diese – gegebenenfalls weitreichenden - Folgen an keiner Stelle seiner ausführlich begründeten Entscheidungen "H." und "Q." angesprochen hat. Das ist auch nicht etwa dadurch geschehen, dass in dem Urteil "Q." allgemein und ohne nähere Differenzierung von dem "Glücksspielsektor" die Rede ist (Rz 42, 64, 65, 72 sub 2). Denn der Begriff ist nur verwendet worden, um einzugrenzen, für welchen Wirtschaftsbereich die Ausführungen überhaupt gelten (z.B. Rz 64: "... Wirtschaftsteilnehmer ... vom Glücksspielsektor ausschließt ..."; Rz 65: "... die im Glücksspielsektor tätigen Wirtschaftsteilnehmer..."). Es kommt hinzu, dass bei Zugrundelegung dieser Auffassung die ordnungspolitisch erwünschten Maßnahmen zur Bekämpfung der Spielsucht im Ergebnis konterkariert würden: Haben nämlich die genehmigten Anbieter in Deutschland einen Status erreicht, der für Sportwetten den Anforderungen an die Aufrechterhaltung des Monopols genügt, so bewirkt die Zulassung von rein kommerziellen weiteren Anbietern, die diesen Anforderungen nicht unterliegen, dass die Teilnehmer gleichwohl wieder unbegrenzt den Gefahren der Spieleidenschaft und Spielsucht ausgesetzt werden. Schließlich ist zu beachten, dass im Rahmen der auch europarechtlich zu berücksichtigenden föderalen Ordnung der Bundesrepublik Deutschland der für den Bereich der Sportwetten zuständige Gesetzgeber in Nordrhein-Westfalen nicht für alle Glücksspielarten die Gesetzgebungskompetenz hat. So unterfällt z.B. die Aufstellung eines Glücksspielautomaten § 33 c GewO und damit dem Bundesrecht, auf das der Landesgesetzgeber keinen Einfluss hat. Dieser hätte damit zwar einerseits die Kompetenz, die Durchführung von Sportwetten gesetzlich zu regeln, wäre aber daran gehindert, den insoweit gestellten Anforderungen nachzukommen, solange der Bundesgesetzgeber dies nicht für den Bereich der Glücksspielautomaten ebenfalls tue.

Angesichts dieser Situation besteht kein Anlass, das Verfahren mit Blick auf das Vorlageverfahren des VG Gießen oder das Vertragsverletzungsverfahren gem. § 148 ZPO auszusetzen. Die Aussetzung des Verfahrens gem. § 148 ZPO steht im Ermessen des Gerichts, bei dessen Ausübung auch die mit einer Aussetzung notwendig verbundene Ausdehnung der Verfahrensdauer zu berücksichtigen ist. Zur Entscheidung sowohl über den Vorlagebeschluss des VG Gießen als auch einen etwaigen, derzeit noch gar nicht gestellten Antrag der Kommission gem. Art. 226 Abs. 2 EGV ist der EuGH berufen. Dass dieser in Abkehr seiner bisherigen Rechtsprechung der seit langem liberaleren Einstellung der Kommission in der vorstehenden Frage folgen könnte, ist umso weniger zu erwarten, als – worauf sogleich einzugehen ist - der EuGH in der Entscheidung "Q." den ebenfalls weitreichenden liberalen Vorstellungen des Generalanwalts zur Frage der Geltung einer in einem Mitgliedsland erteilten Genehmigung auch in den übrigen Mitgliedsländern nicht gefolgt ist.

47

eee) Ohne Erfolg berufen sich die Beklagten auch darauf, dass einem Tochterunternehmen der Beklagten zu 1) in Malta eine behördliche Konzession erteilt worden sei. Die Zulässigkeit

48

der Durchführung von Glücksspielen in Deutschland setzt die Erteilung einer Erlaubnis durch eine inländische zuständige Behörde voraus (vgl. BGH GRUR 02, 636, 637 – "Sportwetten"; GRUR 04, 693, 695 – "Schöner Wetten"; OVG Münster NVwZ-RR 03, 351 f.). Das gilt auch angesichts der Entscheidung des EuGH im Verfahren "Q.". Nachdem der Generalanwalt in jenem Verfahren die Auffassung vertreten hatte (Schlussantrag Rz. 130), eine in einem Mitgliedsland erteilte Genehmigung solle auch in den übrigen Mitgliedsländern Gültigkeit haben, ist der EuGH dem in seiner Entscheidung nicht gefolgt. Es kann mangels jeglicher Anhaltspunkte auch nicht etwa angenommen werden, der EuGH habe die Auffassung des Generalanwaltes geteilt, dies jedoch lediglich deswegen nicht in den Urteilsgründen niedergelegt, weil er sich dabei auf die strikte Beantwortung der Vorlagefragen beschränkt habe.

Auch soweit die Europäische Kommission in ihrem ersten "Aufforderungsschreiben" gem. Art. 226 Abs.1 EGV vom 10.4.2006 auf S. 10 unter Bezugnahme auf das Verfahren "J. W." ausgeführt hat, es sei noch nicht abschließend geklärt, dass eine ausländische Genehmigung im Inland keine Wirkung entfalte, ändert dies an der Beurteilung nichts: Die Frage, ob eine derartige Genehmigung ausreicht, hat – auch im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens gegen die Bundesrepublik Deutschland - der EuGH zu entscheiden (Art. 226 Abs. 2 EGV). Dieser hat indes – trotz des hierauf gerichteten Schlussantrages des Generalanwaltes - eine derartige Entscheidung gerade nicht getroffen. Aus diesem Grunde sieht sich der Senat auch diesbezüglich nicht gehalten, mit Blick auf das Vorlageverfahren des VG Giessen, das in seiner Ziffer 2 diese Frage zum Gegenstand hat, das vorliegende Verfahren gem. § 148 ZPO auszusetzen, oder gar selbst eine diesbezügliche Vorlagefrage an den EuGH zu richten.

fff) Ein Anlass, gem. Artikel 234 EGV eine Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofes herbeizuführen und diesem eine der von den Beklagten mit Schriftsatz vom 29.05.2007 vorformulierten Vorlagefragen zu stellen, besteht ebenfalls nicht.

Ob eine oder mehrere dieser Fragen dem Europäischen Gerichtshof gem. Artikel 234 EGV zur Entscheidung vorgelegt werden, steht im Ermessen des Senats, weil die vorliegende Entscheidung noch mit dem Rechtsmittel der Revision angegriffen werden kann.

Bei der Ausübung seines Ermessens hat der Senat gem. Artikel 234 Abs. 2 EGV von vornherein die Fragen außer Betracht zu lassen, die für die vorliegende Entscheidung ohne Bedeutung sind. Hinsichtlich der übrigen Fragen sieht der Senat von einer Vorlage an den EuGH ab, weil auf der Grundlage der nunmehr gefestigten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes aus den vorstehend dargestellten Gründen zu Lasten der Beklagten zu entscheiden ist. Es kommt hinzu, dass in zahlreichen der von der Beklagten vorformulierten Vorlagefragen auf tatsächliche Verhältnisse abgestellt wird. Indes hat der EuGH – noch in der jüngsten Entscheidung "Q." – wiederholt, dass die Beurteilung der tatsächlichen Verhältnisse Sache der nationalen Gerichte sei. Es kommt weiter hinzu, dass die teils wertenden Tatsachenbehauptungen ("*...Sportwetten im großen Umfang von staatlichen Anbietern...massiv beworben werden*"; "*Wenn die staatlichen Lotteriegesellschaften...Sportwetten in erheblichem Maße bewerben, aggressiv vermarkten und die Bevölkerung zum Spielen animieren*"; "*Klagewelle*"), so von dem Senat ohnehin nicht festgestellt werden könnten. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass ein – erneutes – Vorlageverfahren erfahrungsgemäß von erheblicher Dauer sein müsste, deren Abwarten der Klägerin auch mit Blick auf den Schutz der Verbraucher vor der Durchführung ungenehmigter Sportwetten nicht zugemutet werden kann.

Im übrigen gilt für die einzelnen vorformulierten Vorlagefragen Folgendes:

Die Frage, ob ein Genehmigungsinhaber in Deutschland seinerseits berechtigt wäre, von dieser Genehmigung in einem anderen Mitgliedsland Gebrauch zu machen, hängt ausschließlich von der Rechtslage in jenem Mitgliedsland ab und ist damit für das vorliegende Verfahren ohne Bedeutung. Auch das Petitum einer "kohärenten und konsistenten Glücksspielpolitik" gebietet aus den dargelegten Gründen eine Vorlage an den Europäischen Gerichtshof nicht. 54

Schließlich entspricht es ebenfalls gefestigter Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes, nicht nur Glücksspiele allgemein, sondern speziell auch Sportwetten als Veranstaltungen anzusehen, die "schädliche persönliche und soziale Folgen" haben können (a. a. O. "T." Rz. 60; "A.", Rz. 18; a. a. O. "H." Rz. 63). Ebenso ist – wie oben bereits dargelegt worden ist – durch den EuGH entschieden, dass zur Bekämpfung der Spielsucht auch die Einrichtung bzw. Aufrechterhaltung eines Monopols ein geeignetes Instrument darstellen kann (a. a. O. "M." Rz. 42). 55

II. Unterlassungsantrag zu 1.1 gegen die Beklagten zu 4) und 5) 56

Die Berufung der Beklagten zu 4) und 5) ist in vollem Umfange begründet. Es kann nicht festgestellt werden, dass die Beklagten zu 4) und 5) selbst Sportwetten anbieten oder bewerben oder an dem streitgegenständlichen Wettangebot beteiligt sind. Es steht auch nicht fest, dass sie sonst in irgendeiner Weise willentlich und adäquat kausal zu den beanstandeten Sportwetten beitragen, weswegen auch eine Haftung als Störer ausscheidet. 57

Die Klägerin leitet die Haftung der Beklagten aus deren Internet-Auftritt her, aus dem sich ergebe, dass die Beklagte zu 4) im Jahre 2002 für den "Launch" und im Jahre 2005 für den "Relaunch" der Internetseite www.c.b.i.com verantwortlich gewesen sei. Das kann indes angesichts des Vortrags der Beklagten zu 4) und 5) so nicht festgestellt werden. Der Internetauftritt belegt die Behauptung der Klägerin nicht eindeutig und die hierzu von der beweisbelasteten Klägerin noch angeführte Satzung der Beklagten zu 4) betrifft gerade nicht die Durchführung von Sportwetten, sondern die Unternehmensberatung. Der Beklagte zu 5) hat unter Aufgreifen seines erstinstanzlichen Vortrags in der mündlichen Berufungsverhandlung ergänzend erläutert, die von ihm vertretene Beklagte zu 4) vermittele lediglich Anlagebeteiligungen. Der von der Klägerin angeführte Internet-Auftritt stelle die Entwicklung der c.b.i.com GmbH dar, an der die Beklagte zu 4) Anteile vermittele. Ausgehend hiervon kann ein die Störerhaftung begründendes Verhalten der Beklagten zu 4) und 5) nicht festgestellt werden. 58

III. Ansprüche auf Auskunft und Schadensersatz 59

Soweit das Landgericht durch das angefochtene Urteil die Beklagten zur Auskunftserteilung verurteilt und festgestellt hat, dass sie zur Leistung von Schadensersatz verpflichtet seien, ist ihre Berufung begründet. 60

Die Klägerin hat, da sie selbst nicht Inhaberin einer Genehmigung zur Durchführung von Sportwetten ist, originär einen ersatzfähigen Schaden nicht erlitten. Sie darf eigenverantwortlich Sportwetten weder durchführen noch bewerben und kann daher einen Schaden – etwa in Form eines Gewinnverlustes – nicht dadurch erlitten haben, dass die Beklagten ihrerseits in der Vergangenheit in Nordrhein-Westfalen ebenfalls Sportwetten angeboten und Kunden veranlasst haben, bei ihnen und nicht bei ihr, der Klägerin, Wettangebote abzugeben (vgl. BGH NJW 80, 775; Palandt-Heinrichs, 66. Aufl., § 252 Rz 2). 61

Es steht aber auch nicht fest, dass ihrer Gesellschafterin, der O. in Nordrhein-Westfalen GmbH, ein Schaden entstanden wäre, den die Klägerin aus abgetretenem Recht geltend machen könnte.

Hierzu ist unstreitig, dass die Zedentin sich an dem operativen Wettgeschäft selbst nicht beteiligt. Dies obliegt vielmehr der Klägerin bzw. – wie aus dem Internetauftritt "www.b.de" ersichtlich ist - inzwischen zumindest auch einer c. lottoservice GmbH in Dortmund. In dieser Situation könnte die Entstehung eines Schadens gerade bei der Zedentin nur aufgrund eines Vortrages festgestellt werden, aus dem hervorginge, dass und in welcher Weise Gewinnabführungsvereinbarungen zwischen der Klägerin und ihr bestünden. Der allein vorgetragene Umstand, dass die O. in Nordrhein-Westfalen GmbH Inhaberin der erforderlichen Sportwettengenehmigung ist, belegt dies indes nicht. Auch wenn sie der Klägerin die Ausübung dieser Genehmigung überlassen hat, steht damit nicht fest, dass gerade ihr der Gewinn aus dem so betriebenen Wettgeschäft zugeflossen ist. Es ist vielmehr ohne weiteres denkbar, dass die Klägerin mit den zunächst bei ihr eingegangenen Umsätzen selbst weiter gewirtschaftet und die Gewinne nicht an die an dem operativen Geschäft auch gar nicht beteiligte O. in Nordrhein-Westfalen GmbH abgeführt hat. Mangels jeglichen weiteren Vortrags hierzu kann das Bestehen eines Schadensersatzanspruches auch aus abgetretenem Recht nicht festgestellt werden, weswegen auch ein Anspruch auf Erteilung von Auskünften, durch die die Klägerin in die Lage versetzt werden soll, jenen Schadensersatzanspruch zu beziffern, nicht besteht.

63

Die Beklagten beantragen, mit Blick auf den Umstand, dass die Klägerin Auskunfts- und Schadensersatzansprüche geltend macht, obwohl sie selbst nicht Inhaberin einer Genehmigung zur Durchführung von Sportwetten ist, das Verfahren zu unterbrechen und die Akten an die Staatsanwaltschaft zur strafrechtlichen Überprüfung dieses Verhaltens abzugeben.

64

Dieser Antrag ist unbegründet. Gemäß § 149 Abs. 1 ZPO kann das Gericht, wenn sich im Laufe des Rechtsstreits der Verdacht einer Straftat ergibt, die Aussetzung der Verhandlung bis zur Erledigung des Strafverfahrens anordnen. Dies setzt jedoch voraus, dass die Ermittlung der in Betracht kommenden Straftat auf die Entscheidung von Einfluss ist. Dass ist indes nicht der Fall. Dass die Klägerin selbst nicht Inhaberin einer ihr erteilten Genehmigung ist, ist unstreitig. Die Frage, ob ihr Verhalten im Prozess einen Straftatbestand erfüllt, hat damit auf die Entscheidung von vorneherein keinen Einfluss. Im Übrigen besteht aus den dargelegten Gründen der Unterlassungsanspruch ungeachtet des Umstandes, dass die Genehmigung nicht der Klägerin, sondern ihrer Gesellschafterin erteilt worden ist, und führt die fehlende Genehmigung im Hinblick auf die übrigen streitgegenständlichen Ansprüche ohnehin zur Abweisung der Klage.

65

C

66

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs.1 ZPO.

67

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

68

Die Voraussetzungen für eine teilweise Zulassung der Revision gem. § 543 ZPO liegen nicht vor. Nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 28.3. 2006 und des EuGH in Sachen "Q." steht eine höchstichterliche Klärung der derzeitigen wettbewerbsrechtlichen Situation noch aus.

69

Streitwert für das Berufungsverfahren: 330.000 €.

70

