Oberlandesgericht Köln, 6 U 10/06

Datum:	14.09.2007
Gericht:	Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper:	6. Zivilsenat
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	6 U 10/06
ECLI:	ECLI:DE:OLGK:2007:0914.6U10.06.00

Vorinstanz:	Landgericht Köln, 81 O 29/05

Tenor:

1.) Auf die Berufung der Beklagten zu 1) - 3) wird das am 2.12.2005 verkündete Urteil der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln - 81 O 29/05 - teilweise abgeändert und unter Aufrechterhaltung der Verurteilung im übrigen die Klage auch insoweit abgewiesen, als die Klägerin Auskunft über die mit der Entgegennahme von Einsätzen für Sportwetten, Kasino- oder Lotteriespiele erzielten Umsätze sowie die Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten begehrt (Klageanträge zu I 2 und II).

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen

2.) Die Kosten der ersten Instanz verteilen sich wie folgt:

Die Gerichtskosten und die außergerichtlichen Kosten der Klägerin haben die Klägerin zu 43 % und die Beklagten zu 1) - 3) zu je 19 % zu tragen.

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

Die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 4) hat die Klägerin zu tragen.

Von den Kosten des Berufungsverfahrens haben die Klägerin und die Beklagten zu 1) - 3) je 25 % zu tragen.

3.) Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagten können jedoch die Vollstreckung des Unterlassungsanspruches durch Sicherheitsleistung in Höhe von 300.000 € abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

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

4.) Die Revision wird zugelassen, soweit zum Nachteil der Beklagten entschieden worden ist.

B e g r ü n d u n g 1

A 2

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 zu 1) bis 3) (*im Folgenden: "die Beklagten")* Berufung eingelegt, mit der sie unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens das Ziel der vollständigen Abweisung der Klage weiterverfolgen. 3

Sie 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. 4

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. 5

6

Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil. Nach ihrer Auffassung ist die Durchführung der Sportwetten durch die Beklagten auch im Lichte der jüngsten EuGH-Rechtsprechung 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 03.04.2007 mit ihrer Gesellschafterin, der O. in Nordrhein-Westfalen GmbH, sowie zwei Gesellschafterbeschlüsse der NRW Bank vom 25.05.2007 vor. 7

B 8

Die Berufung ist zulässig und hat auch teilweise, nämlich soweit sie die Annexansprüche auf Auskunftserteilung und Schadensersatz betrifft, Erfolg. Im Übrigen ist sie unbegründet. Zu Recht hat das Landgericht den Beklagten untersagt, Sportwetten, Kasinospiele oder Lotterien in der Weise, wie dies bisher geschehen und konkret angegriffen ist, zu veranstalten, zu bewerben oder zu vermitteln oder Anträge zur Beteiligung an solchen Sportwetten, Kasino- oder Lotteriespielen entgegenzunehmen. 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. 9

I. Unterlassungsantrag zu 1.1 (Sportwetten) 10

Der auf die Veranstaltung, Bewerbung und Vermittlung von Sportwetten gerichtete Unterlassungsanspruch ist zulässig (1) und begründet (2). 11

1 a) 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. BGH GRUR 67, 430, 432 – "Grabsteinaufträge I"; GRUR 71, 582, 584 – "Koppelung im Kaffeehandel"; GRUR 77, 494, 497 – "Dermatex"; KG GRUR 2000, 93 f – "Zugabeverstoß"; *Piper*/Ohly § 8 Rz 219; Hefermehl/ *Köhler*/Bornkamm § 11 Rz 2.39). 12

b) Der Klageantrag und die auf ihm gründende Verurteilung sind auch im Sinne des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO hinreichend bestimmt. Das untersagte Veranstalten von Sportwetten und die übrigen Verbotsalternativen werden durch den dem Klageantrag folgenden Urteilstenor eindeutig beschrieben und durch die Bezugnahme auf die bildlich dargestellten Internetauftritte ebenso eindeutig eingegrenzt. Die Klägerin verlangt auf diese Weise die 13

Unterlassung der – in zutreffender Weise zum Gegenstand des Antrags gemachten - konkreten Verletzungsform, weswegen an der Bestimmtheit des Klageantrags bzw. des Urteilstenors kein Zweifel besteht.

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. 14

a) Auf den vorliegenden Fall des Veranstaltens, Vermittelns 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 auch für das deutsche Publikum bestimmt. Er ist optional in deutscher Sprache gehalten und den Teilnehmern wird für die Zahlungen der Wetteinsätze ein Konto der G. Bank, eines deutschen Bankinstitutes, genannt. 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 Glückspiels 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). 15

b) Die Veranstaltung von Sportwetten durch die Beklagten im Internet verstößt als Glücksspiel gegen § 284 Abs. 1 StGB. Die Bewerbung unterfällt § 284 Abs. 4 StGB. Ein Glücksspiel im Sinne dieser Vorschriften 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 Glückspiele 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). 16

c) 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. 17

d) Der Anwendung von § 284 Abs. 1 StGB im vorliegenden Verfahren stehen weder verfassungs- noch europarechtliche Gründe entgegen. 18

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). 19

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 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 Veranstalten 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. 20

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. 21

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 Wettsucht 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. 22

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. 23

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. 24

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 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 25

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. 26

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 Ausnahmevorschriften der Artikel 45 und 46 EGV unter Bezugnahme auf seine früheren Entscheidungen "Schindler" (NJW 94, 2013), "Läärä" (EuZW 2000, 148) und "Zenatti" (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 "Läärä" 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 zuflössen, 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 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: 27

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 28

zu sichern.

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. 29

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. 30

ccc) Bei der Frage, ob die zu stellenden Anforderungen nunmehr erfüllt sind, ist europarechtlich auf die tatsächliche Handhabung abzustellen. Maßgeblich ist nach der 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 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 Wettsucht 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. 31

32

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.

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 Wettsucht nicht hinreichend verfolgt werden. 33

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. 34

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 Wettsucht 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 – 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. 35

Für Nordrhein-Westfalen und andere Bundesländer steht im Gegenteil sogar fest, dass dies in erheblichem Umfange geschehen ist. So hat das OVG Münster im Verfahren 13 B 2594/06 mit Beschluss vom 14.12.06 Folgendes ausgeführt: 36

> "Das Innenministerium NRW hat mit Schreiben vom 19. April 2006 der Westdeutschen Lotterie GmbH & Co. OHG eine Vielzahl von Maßnahmen aufgegeben, die den in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts angesprochenen Gesichtspunkten 37

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 Werbeterminals 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 Westdeutschen 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 Spielauftrag 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 Westdeutschen 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 Bundesverfassungsgerichts entsprechen – erforderliche Schritte eingeleitet worden sind, sind vor diesem Hintergrund nicht erkennbar." 38

Die Beklagten bestreiten die in diesem Beschluss angeführten Auflagen des 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. 39

Entsprechend hat das Hamburgische Oberverwaltungsgericht im Verfahren 1 Bs 378/06 (DVBl 2007, 647) unter Rz. 14 – 35 einen der vorstehend für Nordrhein-Westfalen 40

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.

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. 41

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 oblegen, 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. 42

Entgegen der Auffassung der Beklagten belegen weder die inzwischen von der Klägerin ausgegebene "W.L.-Karte", noch - ausweislich der vorgelegten Nr. 22 vom 29.05.07 - das Magazin "K.", dass die Klägerin den Anforderungen entgegen den Feststellungen des OVG Münster nicht (mehr) nachkomme. Auf der Vorderseite der Karte ist der gut lesbare Hinweis angebracht, Glücksspiel könne süchtig machen, und eine Telefonnummer angegeben, unter der Hilfe angeboten wird. Auf S. 4 des erwähnten Magazins wird – kenntlich gemacht durch eine Umrahmung – die Gefahr der Spielsucht beschrieben und vor ihr gewarnt. Die dort befindliche Auflistung von sieben Kriterien, die Anhaltspunkte für das Bestehen oder den Beginn einer Spielsucht darstellen können, stellt eine aktive Aufklärungsmaßnahme dar, die zugleich mit der Angabe einer konkreten Adresse des Diakonischen Werks verbunden ist, in der der Leser Hilfe findet. Auch auf der ersten Seite des anschließend wiedergegebenen "neuen Wettprogramms von Oddset" findet sich gut lesbar der wiederholende Hinweis auf die Gefahren des Glücksspiels und die zur Verfügung stehende Telefonnummer. Hat die Klägerin damit auf diese Weise deutlich auf die Risiken der Spielleidenschaft bzw. sogar Spielsucht hingewiesen, so kommt hinzu, dass andererseits ihre Bewerbung der von ihr durchgeführten Sportwetten sich in jenem Magazin nicht reißerisch darstellt, sondern auf eine sachliche Mitteilung der anstehenden Sportereignisse beschränkt, auf die gewettet werden kann. Auch die Gestaltung der Rückseite des Magazins belegt entgegen der Auffassung der Beklagten nicht, dass die Bekämpfung der Spielsucht nicht hinreichend von der Klägerin verfolgt werde. Dort wird hervorgehoben, dass die tägliche Ziehung auch an Feiertagen stattfinde. Es trifft schon nicht zu, dass diese – in der Sache zutreffende – Mitteilung die Spielsucht gefährdeter Spieler fördern könnte. Weder wird auf diese Weise ein besonders sicherer Gewinn suggeriert, noch bringt das Magazin zum Ausdruck, dass der betreffende Tag wegen der stattfindenden Ziehung ein "Feiertag" sei. Es kommt hinzu, dass auch diese Seite des Magazins wiederum den schon erwähnten deutlichen Hinweis enthält. Den Beklagten mag einzuräumen sein, dass das von ihnen vorgelegte Magazin eine reine Werbebroschüre der Klägerin darstellt, deren Priorität nicht die Prävention der Spielsucht ist. Mit ihr kann jedoch nicht belegt werden, dass die Klägerin unter Missachtung der gestellten Anforderungen und der Gefahren der Spielleidenschaft ihre Wettangebote bewerbe. Soweit die Beklagten das 43

Angebot "Lotto Spezial" der Klägerin anführen, greift auch das nicht durch: Den Beklagten ist zwar einzuräumen, dass speziell dieses Angebot einen eigenen Hinweis auf die Gefahren der Spielsucht nicht enthält. Andererseits zielt die Werbung, die darauf gerichtet ist, dass möglichst viele Vereinsmitglieder gemeinsam mit dem Interessenten mitspielen, schwerpunktmäßig gerade auf eine Förderung eben des Vereins, der von diesen Wetten mit profitiert, und nicht auf spezielle Gewinnmöglichkeiten des Spielers. Es kommt hinzu, dass die Teilnahme an diesem Spezialangebot in die gemäßigte Gesamtwerbung der Klägerin eingebunden ist. Die Klägerin ist auch im Rahmen der zu fordernden Bekämpfung von Spielleidenschaft und Spielsucht berechtigt, in sachlicher Form für ihr Angebot zu werben. Dass sie diese Grenzen überschreiten und etwa durch gezielte reißerische Werbung die Belange des Schutzes vor Spielleidenschaft und -sucht konterkarieren würde, belegt auch keines der weiteren von den Beklagten angeführten Beispiele.

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. 44

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 45

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 Spielleidenschaft 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 täte.

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 notwenig 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. 46

eee) Ohne Erfolg berufen sich die Beklagten auch darauf, dass der Beklagten zu 1) am 24.4.2004 eine Genehmigung nach britischem Recht erteilt worden sei. Die Zulässigkeit 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. 47

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, 48

das vorliegende Verfahren gem. § 148 ZPO auszusetzen, oder gar selbst eine diesbezügliche Vorlagefrage an den EuGH zu richten.

fff) Der Senat hat im Laufe des Berufungsverfahrens mit Blick auf den Schlussantrag des Generalanwaltes die Wirksamkeit und den Umfang der der Beklagten zu 1) in Großbritannien erteilten Genehmigung für möglicherweise erheblich angesehen und den Beklagten insoweit Auflagen gemacht. Seit der Entscheidung "Q." des EuGH steht indes fest, dass diese Fragen nicht entscheidungsrelevant sind, weswegen es einer weiteren Aufklärung insoweit nicht mehr bedarf. 49

e) Schließlich ist den Beklagten die Erfüllung des Unterlassungsbegehrens der Klägerin bei Wahrnehmung der der Beklagten zu 1) in Großbritannien erteilten Genehmigung auch nicht unmöglich. Diese werden insbesondere durch die Einhaltung des Unterlassungsgebotes nicht gehindert, über das Internet Sportwetten anzubieten und durchzuführen. 50

Was die Annahme von Sportwetten im Internet angeht, so lassen sich von Deutschland aus abgegebene Wettangebote schon anhand der anzugebenden Adresse ausschließen. Überdies lässt sich unter Einsatz entsprechender Software an Hand der IP-Protokoll-Nummer des Teilnehmers erkennen, ob der Einsatz von Deutschland aus erfolgt. Was die Bewerbung der Sportwetten angeht, so genügen die Beklagten den Anforderungen z.B. durch einen deutlich lesbaren Hinweis in der deutschsprachigen Version ihres Angebotes, wonach Wetten aus Deutschland nicht angenommen werden. 51

II. Unterlassungsantrag zu 1.1 (Kasinospiele und Lotterien) 52

Der Unterlassungsantrag zu 1.1 ist auch insoweit zulässig und begründet, als er sich auf Kasinospiele und Lotterien bezieht. 53

1.) Entgegen der im Berufungsverfahren wiederholten Auffassung der Beklagten besteht das gem. §§ 2 Abs. 1 Nr. 3, 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG erforderliche konkrete Wettbewerbsverhältnis zwischen den Parteien auch im Hinblick auf die von den Beklagten ebenfalls angebotenen, vermittelten und beworbenen Kasinospiele und Lotterien und ist die Klägerin daher antragsbefugt. Wer sich an Sportwetten beteiligt, ist potenziell auch an anderen, ebenfalls über das Internet angebotenen Wettspielen interessiert, weswegen sich die Parteien auch diesbezüglich an denselben Interessentenkreis wenden und das Betreiben und Bewerben der beanstandeten Wettspiele durch die Beklagten in Deutschland sich zum Nachteil der Klägerin auswirkt. 54

2.) Die Verurteilung der Beklagten zur Unterlassung der von ihnen angebotenen Kasinospiele und Lotterien ist aus den sinngemäß auch insoweit geltenden vorstehenden Gründen auch in der Sache zu Recht erfolgt. Insoweit kommt hinzu, dass eine Verfassungsrechts- oder Europarechtswidrigkeit der Verhältnisse für die Vergangenheit oder Gegenwart nicht festgestellt worden ist. Nachdem die Beklagten - von der Frage des Wettbewerbsverhältnisses abgesehen – ihre Verurteilung in diesem Punkt mit eigenständigen Gründen nicht angegriffen haben, sieht der Senat hierzu von weiteren Ausführungen ab. 55

III. Unterlassungsantrag zu 1.2 (supertoto) 56

Der Klägerin steht auch der mit dem Antrag zu I 1.2 geltendgemachte, gegen die Verwendung der Angabe "supertoto" in den aus der Urteilsurschrift sowie der Klageschrift (S. 9) ersichtlichen konkreten Verletzungsformen gerichtete Unterlassungsanspruch zu. Ob sich das aus den von der Kammer dargestellten Gründen schon aus §§ 14 Abs. 2 Ziff. 2, Abs. 5 57

MarkenG ergibt, kann offen bleiben. Der Antrag muss nämlich schon deswegen Erfolg haben, weil er ausdrücklich nur darauf gerichtet ist, "im Zusammenhang mit Fußballwetten" die angegriffene Bezeichnung nicht zu verwenden. Das Begehren ist dahin zu verstehen, dass es den Beklagten untersagt werden soll, bei der Bewerbung und dem Anbieten von Fußballwetten die angegriffene Bezeichnung zu verwenden, wie sie dies ausweislich des zu dem Unterlassungsantrag zu I 1 eingeblendeten Internetauftritt in der Vergangenheit bereits getan haben. Dieser Antrag ist ungeachtet der in der Verwendung der Bezeichnung möglicherweise liegenden Markenverletzung schon deswegen begründet, weil die Beklagten - wie vorstehend unter I dargelegt worden ist - ohnehin in Deutschland Sportwetten weder anbieten noch bewerben dürfen. Es besteht aus diesem Grunde auch kein Anlass, das Verfahren im Hinblick auf das noch nicht rechtskräftig abgeschlossene, die Klägermarke "Toto" betreffende Löschungsverfahren gem. § 148 ZPO auszusetzen.

IV. Ansprüche auf Auskunft und Schadensersatz 58

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. 59

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). 60

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. 61

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 62

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

C 64

65

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs.1, 100 Abs.1, 269 Abs. 3, 525 ZPO.

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 66

Die Voraussetzungen für eine – teilweise - Zulassung der Revision gem. § 543 ZPO liegen vor. Nach der Entscheidung des BVerfG vom 28.03.2006 und der EuGH in Sachen "Q." steht eine höchstrichterliche Klärung der derzeitigen wettbewerbsrechtlichen Situation noch aus. 67

Streitwert für das Berufungsverfahren: 375.000 €. 68

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE