

OGH Urteil vom 14.5.2005, 4 Ob 255/04k – *Vorwurf unerlaubten Glücksspiels im Online-Wettgeschäft*

1. Nach der neuen Rechtslage (§ 4 Nr 8 UWG nF) ist der Tatbestand der Anschwärzung (ebenso wie schon früher nach § 14 UWG aF) nicht erfüllt, wenn der Verletzer die Wahrheit der Äußerungen bewiesen hat.

2. Die Bezeichnung eines ausländischen Online-Sportwettenveranstalters mit österreichischer Buchmachergenehmigung als „Anbieter von unerlaubten Glücksspielen in Deutschland via Internet“ sowie die Aussage: „Dabei nehmen die Betreiber in Kauf, dass sich deutsche Mitspieler nach deutschem Recht strafbar machen“, sind durch die lauterkeitsrechtliche Rsp des BGH gedeckt, wonach die im Heimatstaat gültig erworbene Wettlizenz die von § 284 StGB geforderte Erlaubnis einer inländischen deutschen Behörde nicht ersetzt bzw. dieser nicht gleichzuhalten ist.

3. Der Tatbestand des § 4 Nr 10 UWG nF setzt die positive Feststellung einer gezielten Behinderung in Verdrängungsabsicht voraus.

Leitsätze verfasst von Dr. Clemens Thiele, LL.M.

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch die Senatspräsidentin des Obersten Gerichtshofs Hon. Prof. Dr. Griß als Vorsitzende und durch die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Dr. Schenk sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Vogel, Dr. Jensik und Dr. Gitschthaler als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei b***** AG (vormals b***** GmbH), *****, vertreten durch Dr. Clemens Thiele, Rechtsanwalt in Salzburg, gegen die beklagten Parteien 1. T***** AG, 2. Jens S*****, beide vertreten durch Binder Grösswang Rechtsanwälte OEG in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert 30.000 EUR), Feststellung (Streitwert 340 EUR) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert 6.000 EUR), über die außerordentliche Revision der beklagten Parteien gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Linz als Berufungsgericht vom 28. September 2004, GZ 3 R 105/04p-23, mit dem infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Landesgerichts Wels vom 23. März 2004, GZ 5 Cg 165/03v-15, teilweise bestätigt und teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen und zu Recht erkannt:

1. Die Bezeichnung der klagenden Partei wird in „b***** AG“ berichtigt.

2. Der Revision wird Folge gegeben.

Die angefochtene Entscheidung wird dahin abgeändert, dass das abweisende Urteil des Erstgerichts in der Hauptsache wiederhergestellt wird.

Die klagende Partei ist schuldig, den beklagten Parteien die mit 5.843,92 EUR bestimmten Kosten des Verfahrens erster Instanz und die mit 5.457,92 EUR (darin 1.167,10 EUR Barauslagen) bestimmten Kosten des Rechtsmittelverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Entscheidungsgründe:

Zu 1.:

Die Klägerin hat ihre Firma geändert. Ihre Parteibezeichnung war daher gem § 235 Abs 5 ZPO zu berichtigen.

Zu 2.

Das klagende Unternehmen mit Sitz in Wels betreibt aufgrund einer Bewilligung durch das Land Oberösterreich vom 26.11.2001 für Buchmachertätigkeiten den gewerbsmäßigen Abschluss von Wetten aus Anlass sportlicher Veranstaltungen über das Internet. Wer sich unter der Domain „www.bet-at-home.com“ als Teilnehmer registrieren lässt, erhält

Zugangsdaten als E-Mail zugeschickt und kann dann über ein Wettkonto, auf dem Wetteinsätze abgebucht und Gewinne gutgebucht werden, Wetten abwickeln.

Die Erstbeklagte mit Sitz in Deutschland, deren Vorstand der Zweitbeklagte ist, ermöglicht es, über das Internet unter der Domain „www.tipp24.de“ an den von Dritten veranstalteten Glücksspielen Lotto, Toto, Spiel 77 und Oddset teilzunehmen. Die Erstbeklagte übernimmt es, Tipps sowie Wetteinsätze entgegenzunehmen und weiterzuleiten; eigene Glücksspiele bietet die Erstbeklagte nicht an. Am 16.3.2001 erließ das Landesgericht Hamburg in einem Rechtsstreit der Erstbeklagten gegen die „e***** AG“ (in der Folge: AG), die damalige Muttergesellschaft der Klägerin, eine einstweilige Verfügung, worin der AG verboten wurde, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs für den Abschluss von Sportwetten oder Glücksspielen mit Unternehmen, die über keine deutsche Erlaubnis für den Abschluss von Sportwetten bzw die Durchführung von Glücksspielen verfügen, zu werben, insbesondere über das Internet auf ein derartiges Unternehmen bzw Internetdienste hinzuweisen bzw auf dieses Internetangebot einen verweisenden Link zu setzen. Mit Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts vom 10.1.2002 wurde die einstweilige Verfügung mit der Maßgabe bestätigt, dass der AG verboten wurde, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs im deutschen Inland für den Abschluss von Sportwetten oder Glücksspielen mit Unternehmen, die über keine deutsche Erlaubnis für den Abschluss von Sportwetten bzw die Durchführung von Glücksspielen verfügen, zu werben, indem sie über das Internet auf das Internet-Angebot eines derartigen Unternehmens und/oder im Internet auf seine Internetadresse, die dieses Angebot erkennbar macht, hinweist und/oder einen auf dieses Internetangebot verweisenden Link setzt. Diesen Entscheidungen lag zugrunde, dass unter der Domain „www.bet-at-home.de“ ein Angebot für Sportwetten ins Internet gestellt wurde, bei dem die Teilnehmer zwar nicht unmittelbar um Geld spielen konnten. Es war jedoch möglich, über diese Website – worauf an mehreren Stellen deutlich hingewiesen wurde - auf Wettangebote um Geld auf der Domain „www.bet-at-home.com“ zuzugreifen. Nach Ansicht des Hanseatischen Oberlandesgerichts verstieß die AG damit gegen das deutsche Strafgesetzbuch und damit auch gegen § 1 dUWG.

Im Zusammenhang mit diesen Gerichtsentscheidungen gab die Erstbeklagte am 7.3.2001 eine Presseaussendung heraus, in der sie mitteilte, dass rechtliche Schritte gegen die von Österreich aus tätige Klägerin eingeleitet worden seien, und dass dem an der Klägerin beteiligten Fußball-Nationalspieler Lothar M***** die gelbe Karte gezeigt werde. Die Klägerin wird als „Anbieter von unerlaubten Glücksspielen in Deutschland via Internet“ bezeichnet, und der Zweitbeklagte mit den Worten zitiert: „Dabei nehmen die Betreiber in Kauf, dass sich deutsche Mitspieler nach deutschem Recht strafbar machen“. Diese Pressemitteilung ist auch im Internetauftritt der Erstbeklagten unter der Domain „www.tipp24.de“ aufrufbar.

Im zweiten Quartal des Jahres 2003 wechselte die Klägerin ihren Provider, dem sie irrtümlich nicht mitteilte, dass die Länderdomain „www.bet-at-home.de“ nicht freigeschaltet werden solle. Diese Domain war deshalb im zweiten Quartal des Jahres 2003 einige Tage lang aufrufbar. Daraufhin erwirkte die Erstbeklagte gegen die Klägerin am 12.5.2003 eine - weitere - einstweilige Verfügung des Landesgerichts Hamburg, womit der Klägerin verboten wurde, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs über das Internet über die unter der Internetadresse „www.bet-at-home.de“ abrufbare Website entgeltliche Glücksspiele für Kunden aus Deutschland anzubieten bzw zu veranstalten, solange sie keine behördliche Erlaubnis zur Veranstaltung von Glücksspielen in Deutschland habe.

2003 suchte die Klägerin in Deutschland Werbepartner für die Werbung unter ihrer Domain „www.bet-at-home.com“. Diese Werbepartner wurden in der Folge von der Erstbeklagten schriftlich abgemahnt und darauf hingewiesen, dass sie für ein in Deutschland nicht genehmigtes Glücksspiel würben, und es der Klägerin untersagt worden sei, nach § 284

dStGB in Deutschland Sportwetten anzubieten oder für diese Sportwetten zu werben, weil die erteilte Genehmigung nur in Österreich und nicht in Deutschland gelte. Die Werbepartner wurden weiters darauf aufmerksam gemacht, dass auch sie bei Werbung für ein derartiges Sportwettenangebot oder bei Hilfestellung zum Anbieten derartiger Sportwetten einen Verstoß gegen § 284 dStGB zu verantworten hätten. Über die Internetadresse „www.bet-at-home.com“ kann man auch von Deutschland aus an den von der Klägerin veranstalteten Sportwetten teilnehmen.

Die Klägerin stellte folgendes Urteilsbegehren (AS 101):

1. Die Beklagten sind zur ungeteilten Hand schuldig, es ab sofort zu unterlassen, die Klägerin an der grenzüberschreitenden Werbung und Durchführung von Wetten aus Anlass sportlicher Veranstaltung über die Internetfunktion des World Wide Web unter der Adresse <http://www.bet-at-home.com> zu behindern, insbesondere

a) durch die Androhung von Maßnahmen gegenüber Werbepartnern und Wettkunden, welche eine Erbringung oder Bewerbung solcher grenzüberschreitender Dienstleistungen dadurch unmöglich machen sollen, dass der Klägerin verboten werden soll, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs entgeltliche Glücksspiele für Kunden aus Deutschland anzubieten bzw zu veranstalten, solange sie keine behördliche Erlaubnis zur Veranstaltung von Glücksspielen in Deutschland habe, und

b) durch die Behauptung des Zweitbeklagten, dabei nehme die Klägerin in Kauf, dass sich dort Mitspieler nach deutschem Recht strafbar machen.

2. Es wird festgestellt, dass die Beklagten der Klägerin für sämtliche kausale zukünftige Schäden aus den rechtswidrigen Abmahnungen sowie der rechtswidrig beantragten und erlassenen einstweiligen Verfügung des Landesgerichts Hamburg vom 12. 5. 2003 sowie der Behauptung, die Klägerin nehme in Kauf, dass sich deutsche Mitspieler nach deutschem Recht strafbar machten, zur ungeteilten Hand haften.

3. [Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung]

Das Verhalten der Beklagten verstoße insbesondere gegen §§ 1 und 7 dUWG, weil die Beklagten die Klägerin durch Abmahnungen und Klagsdrohungen sittenwidrig behinderten und zum Zweck der Werbung für das eigene Unternehmen herabsetzten.

Die Beklagten erhoben unter Hinweis auf ihren Unternehmenssitz die Einrede der „internationalen Unzuständigkeit“ und beantragten, das Klagebegehren abzuweisen. Sie handelten nicht wettbewerbswidrig, weil sie sich nur gegen Verstöße der Klägerin gegen das deutsche Wettbewerbsrecht zur Wehr gesetzt und sachlich über Verfahrenshintergründe berichtet hätten. Das Betreiben von Glücksspielen oder Lotterien ohne behördliche Genehmigung sowie auch die Bewerbung eines derartigen Angebots seien in Deutschland nach § 284 Abs 1 dStGB strafbar. Da sich die behaupteten wettbewerbswidrigen Handlungen der Beklagten auf den deutschen Markt bezögen, sei deutsches Sachrecht anzuwenden.

Das *Erstgericht* sprach mit Beschluss aus, sachlich und örtlich zuständig zu sein, und wies das Klagebegehren ab. Es hielt fest, nicht feststellen zu können, ob die Beklagten auch die Domain www.tipp24.at benutzten. In rechtlicher Hinsicht vertrat das Erstgericht die Auffassung, dass die Frage des anwendbaren Sachrechts dahingestellt bleiben könne, weil die einschlägigen Rechtsvorschriften nach österreichischem und deutschem UWG einander inhaltlich entsprächen. Angesichts der Entscheidungen zweier deutscher Gerichte, wonach der damaligen Muttergesellschaft der Klägerin und somit auch der Klägerin selbst verboten worden sei, in Deutschland für den Abschluss von Sportwetten oder Glücksspielen mit Unternehmen, die über keine deutsche Erlaubnis für den Abschluss von Sportwetten oder die Durchführung von Glücksspielen verfügten, zu werben, sei die beanstandete Pressemitteilung, die nach wie vor im Internet aufgerufen werden könne, keine wettbewerbswidrige Handlung. Auch die Abmahnungen von Werbepartnern der Klägerin seien durch die genannten

Gerichtsentscheidungen gerechtfertigt.

Das *Berufungsgericht* änderte dieses Urteil teilweise ab, indem es folgendes Unterlassungsgebot erließ:

„Die Beklagten sind schuldig, es ab sofort zu unterlassen, die Klägerin an der grenzüberschreitenden Werbung und Durchführung von Wetten aus Anlass sportlicher Veranstaltung über die Internetfunktion des World Wide Web unter der Adresse <http://www.bet-at-home.com> zu behindern, insbesondere a) durch die Androhung von Maßnahmen gegenüber Werbepartnern und Wettkunden, indem sie gegenüber Werbepartnern und Wettkunden der Klägerin behaupten, die Teilnahme an und die Werbung für von der Klägerin angebotene(n) Glücksspiele sei in Deutschland strafgesetzlich verboten; b) durch die Behauptung des Zweitbeklagten, dabei nehme die Klägerin in Kauf, dass sich dort Mitspieler nach deutschem Recht strafbar machten“.

Das Unterlassungsmehrbegehren und das Feststellungsbegehren wies das Berufungsgericht ab; dem Begehren auf Urteilsveröffentlichung gab es teilweise Folge. Das Berufungsgericht sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 20.000 EUR übersteige und die ordentliche Revision nicht zulässig sei, weil der Oberste Gerichtshof nicht berufen sei, für die Einheitlichkeit oder Fortbildung fremden Rechts zu sorgen.

Die von der Klägerin beanstandeten Handlungen seien nach der Formulierung des Unterlassungsgebots auf den deutschen Markt bezogen, weil den Beklagten untersagt werden solle, die Klägerin an der grenzüberschreitenden, also außerhalb Österreichs wirksamen Werbung und Durchführung von Wetten aus Anlass sportlicher Veranstaltung zu behindern. Bei der Werbung im Internet komme es auf den Markt jener Staaten an, auf den die Werbung nach ihrer Gestaltung und den sonstigen Umständen erkennbarerweise abziele, demnach hier auf den deutschen Markt. Es sei somit deutsches Sachrecht (§§ 1, 14 dUWG) anzuwenden. Die beanstandete Äußerung des Zweitbeklagten, die Klägerin nehme in Kauf, dass sich deutsche Mitspieler nach deutschem Recht strafbar machten, enthalte den objektiv überprüfbaren Tatsachekern, dass eine Teilnahme an den von der Klägerin über das Internet angebotenen Sportwetten nach deutschem Recht strafbar sei. Die Aussage betreffe die gewerblichen Leistungen der Klägerin und sei objektiv geeignet, deren Geschäftsbetrieb zu erschweren. Äußerungen über die Rechtsfolgen einer bestimmten Gesetzeslage könnten Tatsachenbehauptungen, aber auch reine Werturteile sein; je weniger die zu beurteilende Rechtsfolgenbehauptung nicht einfach aus dem Gesetz abzulesen sei, sondern auf einem Vorgang der persönlichen Erkenntnisgewinnung beruhe, je eingehender die Grundlagen dieses Erkenntnisprozesses dargestellt würden, und je deutlicher zum Ausdruck komme, dass eine subjektive Überzeugung im geistigen Meinungsstreit vertreten werde, umso eher werde ein reines Werturteil vorliegen. Die Pressemitteilung der Beklagten lasse nicht erkennen, dass die Rechtsfolgenbehauptung nur die subjektive Überzeugung der Beklagten oder die von deutschen Gerichten vertretene Rechtsmeinung wiedergebe und auf rechtlichen Schlussfolgerungen aus der Auslegung durchaus interpretationsbedürftiger Tatbestandselemente beruhe; sie sei daher ebenso Tatsachenbehauptung wie die beanstandeten Hinweise der Erstbeklagten an Werbepartner der Klägerin. Diese Tatsachenbehauptungen seien insofern unrichtig, als sie keinerlei Hinweis auf die Rechtsmeinung des EuGH in der Rechtssache „Gambelli“ vom 6.11.2003 enthielten. Im Hinblick auf die Dienstleistungsfreiheit des Art 49 EG hänge die rechtliche Zulässigkeit der Tätigkeit der Klägerin davon ab, ob die deutsche Bewilligungsregelung und -praxis den vom EuGH in der genannten Entscheidung entwickelten Grundsätzen entspreche. Es stehe nicht fest, dass solches tatsächlich der Fall sei. Die Rechtslage sei daher nicht eindeutig, wie dies die Erstbeklagte in ihrer nach wie vor verbreiteten Pressemitteilung und in ihren Abmahnschreiben an Werbepartner der Klägerin darstelle, erweckten doch diese Äußerungen

den Eindruck, es bestünden keinerlei Zweifel an der Strafbarkeit des Verhaltens der Klägerin, ihrer Kunden und Werbepartner. Die beanstandeten Äußerungen seien daher nicht erweislich wahr und verstießen somit gegen § 14 dUWG. Selbst wenn man die Äußerungen als bloße Werturteile qualifizieren wollte, verstießen sie gegen § 1 dUWG, weil sie eine Behinderung der Klägerin im Wettbewerb um Kunden und Werbepartner darstellten und für die Erstbeklagte kein hinreichender Anlass bestanden habe, den eigenen Wettbewerb mit einer Herabsetzung der Mitbewerberin zu verbinden, für deren Richtigkeit keine volle Gewähr bestehe. Damit erweise sich das Unterlassungsbegehren insoweit als gerechtfertigt, als es die Warnung von Wettkunden und Werbepartnern vor einem strafgesetzwidrigen Verhalten oder strafgerichtlicher Verfolgung bei einer Teilnahme an oder Werbung für von der Klägerin veranstalteten Sportwetten zum Gegenstand habe. Es sei aber auf die tatsächlich wettbewerbswidrigen Handlungen der Beklagten einzuschränken gewesen; die gegenüber Werbepartnern und Wettkunden zu unterlassenden Androhungen seien näher zu umschreiben gewesen.

Die *Revision ist zulässig*, weil das Berufungsgericht die Wettbewerbswidrigkeit der beanstandeten Äußerungen unrichtig beurteilt hat; das Rechtsmittel ist *auch berechtigt*.

1. Die Beklagten halten in der Revision ihren Einwand der fehlenden inländischen Gerichtsbarkeit aufrecht. Diesen Ausführungen ist zu entgegenen, dass die Beklagten den ihre Einrede der Unzuständigkeit und mangelnden inländischen Gerichtsbarkeit verwerfenden Beschluss des Erstgerichts nicht bekämpft haben, obwohl sie in erster Instanz – ungeachtet ihres Erfolgs in der Hauptsache – zu dessen Anfechtung legitimiert waren. Die Entscheidung über die Prozesseinreden ist damit in Rechtskraft erwachsen (G. Kodek in Fasching, ZPO² § 261 Rz 82 mwN). Es ist den Beklagten deshalb verwehrt, dieses Thema in dritter Instanz an den Obersten Gerichtshof heranzutragen.

2. Das Klagebegehren bezieht sich ausdrücklich auf Handlungen, die ein grenzüberschreitendes Wirksamwerden der Tätigkeit der Klägerin verhindern sollen; die Handlungen wirken sich damit auf dem deutschen Markt aus, indem sie Werbung der Klägerin in Deutschland unterbinden sollen. Der Senat teilt daher die rechtsfehlerfreie Beurteilung des Berufungsgerichts, dass im Hinblick auf den wirkungsbetroffenen Markt (§ 48 Abs 2 IPRG; vgl Verschraegen in Rummel, ABGB³ § 48 IPRG Rz 68; 4 Ob 305/00g = ÖBl 2003, 133 - Pflanzenschutzmittelvertrieb; 4 Ob 201/04v; RIS-Justiz RS0045408) deutsches Sachrecht zur Anwendung gelangt (§ 510 Abs 3 ZPO).

3. Die Revision nach § 502 Abs 1 ZPO kann auch bei Maßgeblichkeit eines fremden Rechts zulässig sein, wenn durch eine Abweichung der inländischen Gerichte von gefestigter fremder Lehre und Rechtsprechung die Rechtssicherheit gefährdet wird. Die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs hat allerdings nicht die Aufgabe, die Einheitlichkeit oder gar die Fortentwicklung fremden Rechts in seinem ursprünglichen Geltungsbereich zu gewährleisten, weil ihm insoweit nicht die dem § 502 Abs 1 ZPO zugrundegelegte Leitfunktion zukommt (4 Ob 136/99z = ZfRV 2000, 114; RIS-Justiz RS0042940 und RS0042948).

4. Zutreffend zeigen die Revisionswerber auf, dass das Berufungsgericht bei seiner Entscheidung vom 28. 9. 2004 nicht auf die mit 8. 7. 2004 in Kraft getretene Neufassung des deutschen Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (dUWG nF), dBGBI I 2004/32, Bedacht genommen und deutsches Wettbewerbsrecht in einer nicht mehr geltenden Fassung angewendet hat.

Auf eine Änderung der Rechtslage hat das Gericht in jeder Lage des Verfahrens Bedacht zu

nehmen, sofern die neuen Bestimmungen nach ihrem Inhalt auf das in Streit stehende Rechtsverhältnis anzuwenden sind. Bei einem neuen Gesetz ist daher grundsätzlich nach den Übergangsbestimmungen zu beurteilen, ob eine Gesetzesänderung für das laufende Verfahren von Bedeutung ist (4 Ob 106/94 = SZ 67/161 = ÖBl 1995, 128 - Verführerschein II; 1 Ob 73/98m = SZ 71/89; RIS-Justiz RS0031419; zur Beachtlichkeit von Rechtsänderungen nach Schluss der Verhandlung erster Instanz s auch E. Kodek in Rechberger, ZPO² § 503 Rz 5 mwN; Fasching, Lehrbuch² Rz 1927; ders ZPO IV 330). Das dUWG nF ist am Tag nach seiner Verkündung in Kraft getreten (§ 22 dUWG) und war daher im Zeitpunkt der Entscheidung zweiter Instanz allein maßgebend.

Im Ergebnis hat sich dieser Fehler des Berufungsgerichts (Anwendung außer Kraft getretener Normen) aber nicht zu Lasten der Beklagten ausgewirkt; das Klagebegehren wäre nämlich (auch) schon nach alter Rechtslage abzuweisen gewesen. Eine erhebliche Rechtsfrage begründet demnach, dass das Berufungsgericht - wie auszuführen ist - bei der Anwendung deutschen Rechts von deutscher Rechtsprechung zur neuen Rechtslage abgegangen ist.

5. Die Revisionswerber werfen dem Berufungsgericht vor, die Unwahrheit der beanstandeten Äußerungen unrichtig beurteilt und die jüngste deutsche Rechtsprechung zur Wettbewerbswidrigkeit der Veranstaltung von Glücksspielen im Internet für deutsche Teilnehmer durch ausländische Unternehmen, die (nur) über eine Genehmigung ihrer Heimatbehörden verfügen, unberücksichtigt gelassen zu haben.

Nach der neuen Rechtslage (§ 4 Nr 8 dUWG) ist der Tatbestand der Anschwärtzung (ebenso wie schon früher nach § 14 dUWG aF) nicht erfüllt, wenn der Verletzer die Wahrheit der Äußerungen bewiesen hat (Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht²³ § 4 dUWG Rz 8.20). Der BGH vertritt in ständiger Rechtsprechung, dass ein ausländischer Anbieter von Glücksspielen im Internet, der auch gegenüber Interessenten in Deutschland auftritt, die dafür notwendige Erlaubnis einer inländischen deutschen Behörde benötigt, um sich nicht iSd § 284 dStGB strafbar zu machen; eine solche Erlaubnis ist auch nicht mit Rücksicht darauf entbehrlich, dass der Anbieter eine Erlaubnis der Behörden seines Heimatstaates besitzt (GRUR 2002, 636 - Sportwetten).

Auch nach der Entscheidung des EuGH im Fall "Gambelli" (EuGH NJW 2004, 139 = MMR 2004, 92 [Bahr]) hat der BGH diese Auffassung – unter ausdrücklicher Bezugnahme auf diese Entscheidung – aufrechterhalten und ausgeführt, § 284 dStGB verbiete nur das Veranstellen eines Glücksspiels ohne behördliche Erlaubnis und sei insoweit durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt. Diese Strafvorschrift treffe selbst keine Entscheidung darüber, ob und inwieweit Glücksspiele abweichend von ihrer grundsätzlichen Unerlaubtheit zugelassen werden könnten oder nicht und verstoße als solche schon deshalb nicht gegen die gemeinschaftsrechtliche Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit (BGH MMR 2004, 529 [Hofmann] - Schöner Wetten mwN). Dieser Auffassung ist auch das Oberlandesgericht Hamburg bei einem dem hier zu entscheidenden Fall vergleichbaren Sachverhalt (eine englische Gesellschaft mit ausreichender ausländischer Genehmigung bewarb im Internet in deutscher Sprache die entgeltliche Teilnahmemöglichkeit an Sportwetten) gefolgt (MMR 2004, 752 - Glücksspielvermittlung im Internet).

Im Lichte dieser deutschen Rechtsprechung ist den Beklagten der Wahrheitsbeweis für die beanstandeten Tatsachenbehauptungen gelungen. Das Unterlassungsbegehren ist daher auch in dem vom Berufungsgericht erlassenen Umfang nicht berechtigt. Ob andere deutsche Instanzgerichte oder das deutsche Schrifttum § 284 dStGB für gemeinschaftsrechtswidrig halten, wie die Klägerin in ihrer Revisionsbeantwortung aufzuzeigen versucht, ist demgegenüber ohne Bedeutung, kommt es doch für die inhaltliche Richtigkeit einer in Deutschland öffentlich vertretenen Rechtsauffassung in erster Linie auf die Rechtsprechung des zuständigen deutschen Höchstgerichts an.

Aus demselben Grund war auch die Anregung, ein Vorabentscheidungsverfahren beim EuGH einzuleiten, nicht aufzugreifen.

6. Die Klägerin hat auch eine gezielte Behinderung durch die Beklagten geltend gemacht. Der damit angesprochene Tatbestand des § 4 Nr 10 dUWG setzt die positive Feststellung einer gezielten Behinderung in Verdrängungsabsicht voraus (Baumbach/Hefermehl aaO § 4 Rz 10.8 f); solche Feststellungen haben die Vorinstanzen nicht getroffen. Davon abgesehen steht die Verbreitung kommerzieller Meinungsäußerungen auch unter dem Schutz der Meinungsfreiheit; solches ist wettbewerbsrechtlich so lange unbedenklich, als sich die Äußerungen - wie hier - auf den Versuch der geistigen Einflussnahme und Überzeugung beschränken und die Grenze zu physischem, wirtschaftlichem oder vergleichbarem Druck auf die Adressaten nicht überschreiten (vgl zum Tatbestand des Boykotts Baumbach/Hefermehl aaO Rz 10.123). Auch unter diesem Aspekt ist das Klagebegehren nicht berechtigt.

Der Revision ist Folge zu geben und die abweisende Entscheidung des Erstgerichts in der Hauptsache wiederherzustellen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 41 Abs 1 ZPO, im Rechtsmittelverfahren iVm § 50 Abs 1 ZPO. Zu berücksichtigen ist, dass die Leistungen des österreichischen Rechtsanwalts für einen ausländischen Klienten nach § 3a Abs 10 Z 3 UStG 1994 nicht der österreichischen Umsatzsteuer unterliegen. Sie gelten als am Ort des Empfängers erbracht (Empfängerlandprinzip) und unterliegen daher jener Umsatzsteuer, die dort, wo der Empfänger sein Unternehmen betreibt, zu entrichten ist (4 Ob 199/01w = RZ 2002/11; RIS-Justiz RS0114955). Ob - und allenfalls in welcher Höhe - die Beklagten (oder ihr inländischer Vertreter selbst) für die erbrachten anwaltlichen Leistungen in Deutschland Umsatzsteuer abzuführen haben, bedarf keiner näheren Prüfung, weil mit der kommentarlosen Verzeichnung von 20 % USt durch die Beklagten ohne Zweifel nur die inländische Ust angesprochen worden ist. Dass die Beklagten für die angesprochenen Leistungen in Deutschland umsatzsteuerpflichtig sind, wäre dem Grunde und der Höhe nach zu behaupten und zu bescheinigen gewesen (§ 54 Abs 1 ZPO; 4 Ob 199/01w). Den Beklagten waren daher nur die Vertretungskosten ohne Umsatzsteuer zuzusprechen.

Anmerkung*

I. Das Problem

Das klagende österreichische Unternehmen mit Sitz in Wels betreibt aufgrund einer aufrechten Bewilligung durch das Land Oberösterreich für Buchmachertätigkeiten den gewerbsmäßigen Abschluss von Wetten aus Anlass sportlicher Veranstaltungen über das Internet. Die beklagten Parteien, eine Aktiengesellschaft und deren Vorstand, mit Sitz in Deutschland ermöglichen es, über eine deutsche Internetadresse an den vom deutschen Lotto- und Totoblock veranstalteten Glücksspielen teilzunehmen. Die AG dient dazu, Tipps sowie Wetteinsätze entgegenzunehmen, weiterzuleiten und Werbung zu machen. Zwischen den Streitparteien bzw. deren Muttergesellschaften wurden z.T. mit umgekehrten Parteirollen in der Vergangenheit Wettbewerbsprozesse in Deutschland geführt. Im Zusammenhang mit diesen

* RA Dr. *Clemens Thiele*, LL.M. Tax (GGU), *Anwalt.Thiele@eurolawyer.at*, Rechtsanwalt in Salzburg und gerichtlich beedeter Sachverständiger für Urheberfragen aller Art, insbesondere Neue Medien und Webdesign; Näheres unter <http://www.eurolawyer.at>; am Verfahren beteiligt.

Gerichtsentscheidungen gab die beklagte AG am 7.3.2001 eine Presseaussendung heraus, in der die Klägerin u.a. als „Anbieter von unerlaubten Glücksspielen in Deutschland via Internet“ bezeichnet, und der ebenfalls beklagte Vorstand mit den Worten zitiert wurde: „Dabei nehmen die Betreiber in Kauf, dass sich deutsche Mitspieler nach deutschem Recht strafbar machen“. Die Pressemitteilung war noch im Jahr 2004 auf der Website der Beklagten „im Archiv“ abrufbar.

Die Beklagten mahnten darüber hinaus (potentielle) Werbepartner der Klägerin in Deutschland schriftlich ab mit dem Hinweis, dass sie für ein in Deutschland nicht genehmigtes Glücksspiel und damit entgegen § 284 Abs 1 StGB Werbung für die Klägerin machen würden. Die Klägerin setzte sich gegen die Äußerungen im Online-Archiv sowie gegen die Abmahnungen mit einer negativen Feststellungs-/Unterlassungs- und Schadensersatzklage vor dem LG Wels zur Wehr. Das Erstgericht wies die Klage zur Gänze ab. Das Berufungsgericht gab dem Unterlassungs- und Veröffentlichungsbegehren hingegen Folge.

Der OGH hatte neben der Anwendung des deutschen oder österreichischen Wettbewerbsrechts auch die Frage der Wettbewerbswidrigkeit der beanstandeten Werbeaussagen im Lichte europäischer Vorgaben zu prüfen.

II. Die Entscheidung des Gerichts

Das österreichische Höchstgericht stellte das erstgerichtliche Urteil wieder her und wies die Klage zur Gänze ab. Zunächst hielt der OGH fest, dass die beanstandeten Handlungen sich auf den deutschen Markt auswirkten, indem sie die Werbung der Klägerin in Deutschland unterbinden bzw. behindern sollten. Der wirkungsbetroffene Markt läge daher in Deutschland, sodass gemäß § 48 Abs 2 öIPRG das „neue“ deutsche Wettbewerbsrecht zur Anwendung gelangte, d.h. das mit 8.7.2004 in Kraft getretene Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG nF), BGBl I 2004/32.

Nach der neuen Rechtslage des § 4 Nr 8 UWG wäre der Tatbestand der Anschwärzung – ebenso wie schon früher nach § 14 UWG aF – dann nicht erfüllt, wenn der Verletzer die Wahrheit der Äußerungen bewiesen hatte. Im Lichte der jüngsten Rsp des BGH (1.4.2004, I ZR 317/01 – *Schöner Wetten*, JurPC Web-Dok. 275/2004 = MMR 2004, 529 m Anm Hofmann = NJW 2004, 2158), wonach eine Wettlizenz aus einem anderen EU-Mitgliedstaat die von § 284 StGB geforderte „behördliche Erlaubnis“ nicht zu ersetzen vermochte, wäre – so die österreichischen Höchststrichter – den Beklagten der Wahrheitsbeweis für die beanstandeten Tatsachenbehauptungen gelungen. Die Anregung, ein Vorabentscheidungsverfahren beim EuGH einzuleiten, griff der OGH daher nicht auf.

Die ergänzend von der Klägerin geltend gemachte gezielte Behinderung gemäß § 4 Nr 10 UWG verneinte das österr Höchstgericht unter Bezugnahme auf den Schutzzumfang der Meinungsäußerungsfreiheit sowie auf die bisherige Boykott-Judikatur des BGH (vgl. *Baumbach/Hefermehl/Köhler*, Wettbewerbsrecht²³ § 4 Rz 10.123 mwN).

III. Kritik und Ausblick

Das vorliegende Urteil ist schon deshalb bemerkenswert, weil erstmals – seit Inkrafttreten der deutschen UWG Novelle 2004 – ein (deutschsprachiges) Höchstgericht die Bestimmungen der § 4 Nr 8 und Nr. 10 UWG nF anwendet. Entgegen dem wohlgemeinten Ratschlag von *Alexander Katz* (zitiert nach *Kiwe*, Unlauterer Wettbewerb [1923], 24 f): „*Kein Gesetzgeber wird ein Spezialgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb zu schaffen vermögen, das denselben wirklich zu beseitigen oder auch nur teilweise abzuwehren imstande ist. Die Kasuistik der Gesetzgebung ist zu schwach, um diese Hydra zu bekämpfen, der anstelle des*

abgeschlagenen Köpfe sofort zwei neue Köpfe erwachsen“, hat der deutsche Gesetzgeber durch die UWG Reform, BGBl I 2004, 1414 (GRUR 2004, 660) versucht, die „Hydra“ zu zähmen.

A. Anwendung deutschen Wettbewerbsrechts

Die beanstandeten Werbeaussagen der beklagten Parteien wirken sich wohl primär auf das deutsche Online-Wettgeschäft der Klägerin aus, bleiben aber aufgrund des gewählten Mediums Internet nicht auf das Territorium der BRD beschränkt. Das beanstandete Verhalten wirkt sich daher – keinesfalls bloß vernachlässigbar – auch auf **den österreichischen Markt aus** iSd § 48 Abs 2 öIPRG (vgl. Artt 40, 41 EGBGB). Dabei ist es unbeachtlich, wo die Handlung gesetzt wird, also ob sie wie hier von einer unter einer deutschen Top-Level-Domain eingerichteten Website, die gleichwohl ohne Schwierigkeiten in Österreich abgerufen werden kann, den Ausgang nimmt.

Bereits in ähnlichem Zusammenhang hat der OGH ausgesprochen, dass eine **Ausnahme vom Herkunftslandprinzip** bei Irreführung inländischer Verbraucher in Sachverhalten, die dem ECG unterliegen, geboten ist (OGH 25.05.2004, 4 Ob 234/03w - *Wiener Werkstätten III*, ÖBl 2004/67, 269 m Anm *Gamerith* = RdW 2004/534, 593 = ZfRV 2004/32). Aus dem Gesamtzusammenhang der Presseaussendung ergibt sich nämlich, dass diese auch an die Adresse der klagenden Partei und ihre Kunden, die von Österreich aus agieren, gerichtet war. Dies wird insbesondere durch die Erwähnung des in Österreich als Trainer tätigen Nationalspielers Lothar Matthäus, dem darin die gelbe Karte gezeigt wurde, deutlich. Die Berechtigung des klägerischen Begehrens wäre daher auch in Ansehung der in Deutschland ansässigen Beklagten nach österreichischem Recht zu beurteilen (möglich). Die vom beklagten Vorstand gewählte Formulierung „deutsche Mitspieler“ ist nämlich zu unspezifisch, als dass sie *Wirkungen* auf den österreichischen Markt der Klägerin von vornherein ausschließen könnte. Die Formulierung ist nicht auf die bloße Ortsansässigkeit in Deutschland beschränkt, da via Internet von überall her teilgenommen werden kann. Erfasst werden ebenso deutsche Staatsbürger im Ausland, z.B. im grenznahen Österreich, und sogar deutschsprachige Wettkunden überhaupt. Dass deutsches Strafrecht nicht an den Grenzen der Bundesrepublik halt macht, ist wohl hinlänglich bekannt (vgl. z.B. BGH 12.12.2000 1 StR 184/00 – *Auschwitzlüge im Internet*, JurPC Web-Dok. 38/2001 = MR 2001, 131 m Anm *Thiele*).

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass der OGH deutlich macht, dass er „nicht die Aufgabe [hat], die Einheitlichkeit oder gar Fortentwicklung fremden Rechts in seinem ursprünglichen Geltungsbereich zu gewährleisten“ mangels gesetzlicher „Leitfunktion“. Andererseits hält er es für erforderlich, dennoch die Revision anzunehmen, und so dem BGH kavaliershaft „beizuspringen“, weil „*durch die Abweichung der inländischen Gerichte* (hier: des OLG Linz als Berufungsgericht) *von gefestigter Lehre und Rechtsprechung die Rechtssicherheit* (Anm: Deutschlands) *gefährdet*“ würde. Die Revisionszulassung liegt eben ausschließlich im Ermessen des Höchstgerichts (arg: „*kann ... zulässig sein*“).

Keine gefestigte Meinung in Deutschland

Dabei kann von einer „*gefestigter Lehre und Rechtsprechung*“ in Deutschland zur Reichweite der „*behördlichen Erlaubnis*“ iSd § 284 StGB keine Rede sein: Bereits einige Instanzgerichte sowie das wohl überwiegende deutsche Schrifttum gehen von der **Europarechtswidrigkeit der deutschen Strafnormen** aus (LG München I 27.10.2003, 5 Qs 41/2003, NJW 2004, 171; VGH Hessen 9.2.2004, 11 TG 3060/03, CR 2004, 370 = GewArch 2004, 153; zustimmend *Hoeller/Bodemann*, Das "Gambelli"-Urteil des EuGH und seine Auswirkungen

auf Deutschland, NJW 2004, 122 ff; *Fritzemeyer/Rinderle*, Das "Gambelli"-Urteil des EuGH und seine Auswirkungen auf Deutschland, CR 2004, 367 ff; wohl auch *Bahr*, EuGH: Gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit des Verbots von Internetwetten MMR 2004, 94, 95). Aus dem von den beklagten Partei noch im Berufungsverfahren vorgelegten Urteil des BGH (1.4.2004, 1 ZR 317/01 – *Schöner Wetten*, NJW 2004, 2593) lässt sich für den Standpunkt der Beklagten nichts gewinnen. Darin hat der BGH letztlich die hier streitentscheidende Frage offengelassen. Zwar ist zuzugestehen, dass im Urteil einige deutliche Hinweise, dass er nach wie vor von der Vereinbarkeit von § 284 StGB mit Artikel 43, 49 EG ausgeht, zu finden sind, wobei der Senat sich aber wohl weislich mit der Europarechtskonformität der landesrechtlichen Vorschriften zu den Glücksspielen nicht auseinandersetzt. Kern der Argumentation des BGH ist die Rechtfertigung des § 284 StGB durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses, die der Senat von der Art und Weise der öffentlich-rechtlichen Erlaubnis abkoppelt und dabei die bereits in der Sportwetten-Entscheidung gefundene Linie fortsetzt (BGH 14.3.2002, I ZR 279/99 – *Sportwetten II*, GRUR 2002, 636, 637). Doch kommt man nicht umhin, durch die **Ausdehnung der Tathandlung in § 284 Abs 4 StGB auf das „Werben“** (vgl. das Klagebegehren deutlich in diese Richtung) und die damit intendierte Erfassung auch von grenzüberschreitenden Aktivitäten, § 284 StGB bzw. die zugrunde liegenden Motive an Artikel 43, 49 EGV zu messen. Nicht umsonst wird im deutschen strafrechtlichen Schrifttum diskutiert, ob eine ausländische Erlaubnis der in § 284 StGB geforderten Erlaubnis gleichzustellen ist, um eine uferlose Ausdehnung des deutschen Strafrechts zu verhindern (vgl. *Hoyer* in: SK-StGB, 48. Lfg [1999], § 284 Rz 27; *Eser/Heine*, in: *Schönke/Schröder*, StGB²⁶ § 284 Rz 25a; *Horn*, NJW 2004, 2047, 2049 f). Daher hätten sich der BGH und auch der OGH mit der Frage auseinandersetzen müssen, ob § 284 Abs 4 StGB europarechtskonform auszulegen ist. Dass diese Bestimmung nicht europarechtskonform ist, ergibt sich mE schon aus der Entscheidung des EuGH zu *Gambelli* (6.11.2003, C-243/01, CRI 2004, m Anm *van den Brink* = MMR 2004 m Anm *Bahr* = NJW 2004, 139 = RdW 2004/107, 140 m Anm *Thiele*), die einen deutlichen Hinweis auf das Verhältnismäßigkeitserfordernis entsprechender Strafnormen enthält (zur Verfassungswidrigkeit des deutschen Glücksspielrechts bereits VGH Kassel, 24.6.2004, 2 G 701/04, nv; AG Heidenheim, 1.12.2003, 3 Ds 424/03, nv; LG Berlin, 23.9.2003, 526 Qs 214/03; VGH Hessen, 9.11.2003, 11 TG 30/03; AG Bremen, 10.3.2004, 74 Ds 601 Js 7083/03; *Backu*, Online-Sportwetten – Zulässigkeit des Abschlusses und der Vermittlung von Online-Sportwetten, ITRB 2004, 161).

B. Anschwärzung

Ihrem **Kern** nach enthält die beanstandete Pressemitteilung mit dem wörtlichen Zitat des beklagten Vorstands nichts anderes als die Aussage: „*Wettkunden spielt nicht bei Österreichern wie der Klägerin, das ist strafbar.*“ Dabei handelt es sich um eine **Tatsache im Sinne des § 4 Nr. 8 UWG nF** (bzw. § 14 UWG aF). Die Formulierung „*dabei nehmen die Betreiber in Kauf*“ indiziert nämlich das Tatbestandselement des (bedingten) Vorsatzes, sodass der weitere Vorwurf eines Verbrechens bzw. der Bestimmung oder Beihilfe dazu, nicht als bloße juristische Wertung abgetan werden kann, sondern bei der gebotenen ungünstigsten Auslegung als Tatsachenbehauptung zu qualifizieren ist (vgl. ähnlich OGH 13.07.2000, 6 Ob 114/00h – *Verbrecherpolizist*, MR 2000, 307 = RdW 2000/646, 661 = SZ 73/117; 23.10.2000, 6 Ob 266/00m, nv – zum Vorwurf „*Rechtsbrecher*“ für die inhaltsgleichen Bestimmungen des § 7 öUWG bzw. § 1330 öABGB; vgl. auch *Baumbach/Hefermehl/Köhler* aaO § 4 Rdn 8.16 mwN).

Dass diese **Behauptung geeignet** ist, den Betrieb der klagenden Partei **zu schädigen** im Sinne des § 4 Nr 8 UWG, liegt auf der Hand, beeinträchtigt doch eine solche Behauptung den

Ruf der Klägerin. Sie kann nämlich insbesondere auch österreichische Wettkunden, noch mehr aber Inserenten und Werbepartner dazu veranlassen, sich von der Teilnahmemöglichkeit bei der klagenden Partei, Sportwetten über das Internet zu platzieren, abzuwenden (ähnlich bereits OGH 19.09.1995, 4 Ob 71/95 – *Chronischer Leserschwund*, ÖBl 1996, 194 zu § 7 Abs 1 öUWG; vgl. *Baumbach/Hefermehl/Köhler*, aaO § 4 Rdn 8.19).

An der **aktuellen Verbreitung** ändert auch die Tatsache nichts, dass die Presseaussendung vom 7.3.2001 stammt. Die Website der Beklagten wird nämlich – unstreitig – von der erstbeklagten Partei nach wie vor betrieben. Sie ist insoweit als sogenannter Content-Provider anzusehen. Nach nunmehr gefestigter Rsp (OGH Urteil vom 19.02.2004, 6 Ob 190/03i – *Onlinearchiv II*, ecolex 2004/319, 701 m Anm *Zankl* = EvBl 2004/156 = RdW 2004/476, 436) bleibt ein Artikel selbst nach der bloßen „Verschiebung“ aus der jeweils aktualisierten Seite einer Website in deren „Archiv“ verbreitet und veröffentlicht im Sinne des § 1 öMedienG und des § 1330 öABGB und § 7 öUWG), auch wenn sich dadurch die Aufmachung und die Zugriffsmodalitäten für die Besucher der Internetseite etwas anders darstellen. Es ändert sich auch die rechtliche Qualifikation des Diensteanbieters nicht allein dadurch, dass ein bestimmter Artikel zunächst einige Zeit hindurch auf einer Seite mit aktuellen Nachrichten aufscheint und danach „im Archiv“ abgelegt wird. Den beklagten Parteien, insbesondere dem Zweitbeklagten als Urheber der Aussage, kam schon bei der Einspeicherung der Presseaussendung vom 7.3.2001 ins Netz die Stellung eines Medieninhabers bzw. intellektuellen Verbreiters zu. Die Beklagten behalten diese Position auch weiterhin bei. Sie haften daher als Zustandsstörer weiter, weil sie die inkriminierten Passagen nicht über qualifiziertes Auffordern durch den Verletzten (und selbst nicht nach Einbringung der Klage) beseitigt haben.

Die eingangs dargestellte **Behauptung der beklagten Parteien** ist entgegen der Ansicht des OGH **unwahr**. Den beklagten Parteien ist es im Verlaufe des Verfahrens nicht gelungen, auch nur einen einzigen Fall zu nennen, in dem ein Wettkunde (der Klägerin) nach deutschem Strafrecht verurteilt wurde. Es gibt keine derartigen Verurteilungen. Im Gegenteil, deutsche Strafgerichte haben unter Hinweis auf die von der klagenden Partei ordnungsgemäß in Österreich erworbene Sportwettenlizenz für Internetwetten die **völlige Strafflosigkeit der grenzüberschreitenden Tätigkeit der klagenden Partei** festgestellt. Dies hat auch das **LG München I** in seinem Beschluss vom 27.10.2003, 5 Qs 41/2003, NJW 2004, 171) erkannt. Die Münchner Richter führen darin aus: *„Eine strafbare Handlung nach § 284 Abs 1, 3 StGB liegt nicht vor, da die Beschuldigten über eine behördliche Erlaubnis im Sinne der Vorschrift verfügen. Die Erlaubnis wurde vom Land Oberösterreich (...) erteilt. Sie entfaltet nach Artikel 95 Abs 1 des EG-Vertrages Wirksamkeit für den gesamten Bereich des Gemeinschaftsgebietes der Europäischen Union“*. Und weiter: *„...In der Bundesrepublik Deutschland sind Wetten, auch Sportwetten, nach Maßgabe behördlicher Erlaubnis generell zulässig. Die Wettveranstaltungen werden sogar in allen Medien nachdrücklich beworben, nicht zuletzt auch unter dem Aspekt, dass ein Teil der Einnahmen gemeinnützigen Zwecken zufließen. Dem Gesichtspunkt der Bekämpfung bzw. Eindämmung der Spielsucht kommt dabei (...) keinerlei Bedeutung zu.*

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Umstand, dass in Deutschland die Wetten (Lotterie, Sportwetten) mit Ausnahme der Pferdewetten unter staatlicher, nämlich landesrechtlicher Monopolregie stehen. Entscheidend für diese Regelung sind jedoch nicht rechtsethische oder ordnungspolitische Erwägungen, sondern vor allem fiskalische Gesichtspunkte. Im Hinblick auf die in Deutschland geltende Regelung ist es jedenfalls nicht gerechtfertigt, privatrechtlich geführte Wettveranstaltungen unter der Geltung des EU-Rechts an eine besondere deutsche Erlaubnis zu binden, wenn, wie hier, eine österreichische Erlaubnis vorliegt.

Somit verstoßen mE die deutschen Strafnormen gegen EU-Recht und sind entsprechend

rechtskonform auszulegen, d.h. zumindest seit Klageeinbringung genügt eine ausländische, EU-rechtliche Erlaubnis, um eine Strafbarkeit auszuschließen. Diese Rechtsauffassung ist auch durch das während des gegenständlichen Verfahrens ergangene Urteil des **EuGH in der Rechtssache Gambelli** (6.11.2003, C-243/01, NJW 2004, 139) **bestätigt** worden. Spätestens dann hätten die beklagten Parteien von der eingangs wiedergegebenen unwahren Tatsachenbehauptung Abstand nehmen müssen. Sie haben dies jedoch festgestelltermaßen nicht getan. Das von der Berufungsinstanz bloß deutlicher gefasste Unterlassungsbegehren hätte daher gemäß § 4 Nr 8 UWG bzw. § 7 öUWG zurecht bestanden, weil die Beklagten es unterlassen hätten, auf anderslautenden Rechtsmeinungen im Lichte der EuGH-Judikatur hinzuweisen.

Zumindest der auch in dritter Instanz gestellten **Vorabentscheidungsanregung** hätte der OGH nachkommen müssen. Dies umso mehr als das **BVerfG** (Beschluss vom 27.4.2005, 1 BvR 223/05, abrufbar unter <http://www.bverfg.de>) deutliche Zweifel an der Vereinbarkeit deutscher Strafvorschriften mit Gemeinschaftsrecht festgestellt und eine naheliegende Verpflichtung eines Gerichts zu einer Vorlage an den EuGH annimmt: "*Angesichts d[ie]ser Ausführungen des Europäischen Gerichtshofs [in der Rs Gambelli] könnte im verwaltungsgerichtlichen Hauptsacheverfahren die Konformität der deutschen Rechtslage mit Gemeinschaftsrecht kaum ohne eine Vorlage an den Europäischen Gerichtshof festgestellt werden.*" Freilich, für das österreichische Verfahren kam dieses Erkenntnis (leider) zu spät.

C. Behinderung und der Einfluss der Meinungsäußerungsfreiheit

Der OGH verneint mangels Feststellungen die gezielte Behinderung in Verdrängungsabsicht gemäß § 4 Nr. 10 UWG nF. Auch eine sonstige Unlauterkeit nach § 3 UWG nF vermag das Höchstgericht nicht zu erkennen. Die Abmahnschreiben an die Werbepartner der Klägerin beschränken sich auf den Versuch der geistigen Einflussnahme und Überzeugung. Ein unlauterer Boykott besteht mangels Überschreiten der Grenze zu physischem, wirtschaftlichem oder vergleichbarem Druck auf die Adressaten nicht.

Demgegenüber ist – worauf das Berufungsgericht zu Recht hinwies – die Rechtslage keineswegs so eindeutig, wie sie die Beklagten in ihrer vorbereiteten Pressemitteilung und in ihren Abmahnschreiben an Werbepartner der Klägerin darstellten, erweckten doch diese Äußerungen den Eindruck, es bestünden keinerlei Zweifel an der Strafbarkeit des Verhaltens der Klägerin, ihrer Kunden und Werbepartner. Selbst eine wahrheitsgemäße geschäftsschädigende Behauptung oder ein Werturteil wären nur dann zulässig, wenn der Wettbewerber einen hinreichenden Anlass hat, den eigenen Wettbewerb mit der Herabsetzung des Mitbewerbers zu verbinden und sich die Kritik nach Art und Maß im Rahmen des Erforderlichen hält (OGH 8.4.1997, 4 Ob 56/97g – *Schwarzhörner willkommen*, MR 1997, 170 = ÖBl 1998, 14). Die Klägerin hatte keinerlei Anlass zu dieser überzogenen (im Übrigen unwahren) Behauptung der Strafbarkeit von Wettkunden und Werbepartner der klagenden Partei nach deutschem Recht gegeben. Eine unsachliche oder unnötige Herabsetzung der Leistung eines Mitbewerbers ist demnach **sittenwidrig nach § 4 Nr 10 UWG nF** bzw. § 1 UWG aF (vgl. OGH 20.5.2003, 4 Ob 91/03s – *Biofuttermittel*, RdU 2004/21, 38 m Anm Artmann; 18.2.2003, 4 Ob 301/02x – *Faserzement-Wellplatten*, bbl 2003/107, 157 zur inhaltsgleichen Bestimmung des § 1 öUWG).

Dem Unlauterkeitsvorwurf eines sittenwidrigen Boykottaufrufs hält der OGH die gleichwohl für kommerzielle Kommunikation geltende **Meinungsäußerungsfreiheit** entgegen. Dem Höchstgericht ist darin beizupflichten, dass Art 10 MRK auch Werbeaussagen erfasst (VfGH 27.6.1986, B 658/85, VfSlg 10.948; *Preslmayr*, Vergleichende Werbung und Äußerungsfreiheit gem Art 10 EMRK, EuGRZ 1985, 221; *derselbe*, § 1 UWG und Äußerungsfreiheit gemäß Art 10 Abs 2 MRK, MR 1988, 151). Nach gefestigter Straßburger

Judikatur (EGMR 7.12.1976 – *Handyside*, EuGRZ 1977, 38, 42; vgl. *Frowein/Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl. 1996, Art 17 Rn 4 mwN) darf nämlich die geschützte Meinung „auch verletzen, schockieren oder stören“. Ob die „glatte Übernahme“ der jüngeren BGH-Sportwetten-Judikatur vertretbar ist, darüber kann man also geteilter Meinung sein, von den europäischen Grundfreiheiten getragen ist sie jedenfalls nicht.

Der kritische Beobachter muss schon sehr weit in die deutsche Rechtsgeschichte zurückgehen, um Vergleichbares zur BGH-Judikatur zu finden. Nach dem Ersten Weltkrieg hatte sich eine ständige Rsp des Reichsgerichts zur Frage der Zulässigkeit der Werbung mit der „Ausländereigenschaft“ des Mitbewerbers herausgebildet, wonach diese grundsätzlich als unzulässig betrachtet wurde. Es galt als unsachliche Reklame, „wenn ein bestimmter Wettbewerber mit der wenn auch nicht unwahren Behauptung bekämpft wird, dass er Ausländer sei oder dass die Ware aus dem Ausland stamme“ (RG 15.11.1932, GRUR 1933, 162 = MuW 1933, 77). Diesen Standpunkt gab das Reichsgericht in der Folge kurz nach der sogenannten Machtergreifung auf (RG 10.3.1933 – *Dunlop gg. Metzeler*, JW 1933, 578), was *Baumbach* (Volkheit und vergleichende Werbung, MuW 1934, 261, 263) zu folgender scharfer Kritik veranlasste: „Keinesfalls kann es richtig sein, einen Mitbewerber zutreffend oder unzutreffend als Ausländer zu brandmarken und ihn damit wettbewerblich zu verfemen. Das verstößt nicht nur gegen alle Grundsätze des Wettbewerbsrechts, sondern auch gegen die dürftigste praktische Vernunft. Ein Land, das, wie Deutschland, mit seiner Ernährung und den wichtigsten Rohstoffen aufs Ausland angewiesen ist, dessen Angehörige besonders stark im Ausland gewerblich tätig sind (stärker als umgekehrt), darf unmöglich das Ausland wettbewerbsrechtlich zurücksetzen.“ Dem ist in seiner Deutlichkeit selbst nach über 70 Jahren nichts mehr hinzuzufügen.

D. Kein Ersatz der deutschen Umsatzsteuer

Bemerkenswert ist abschließend die **Kostenentscheidung**. Trotz der ausnahmslosen Unzulässigkeit von Kostenrekursen an den OGH (vgl. bereits 13.1.1920, Präs. 658/19, JB Neu 4 = SZ 2/143) das Höchstgericht – wie hier – über Kostenreurse gegen Urteile oder Beschlüsse erster Instanz zu erkennen hat, wenn es die Entscheidung erster Instanz in der Hauptsache wieder herstellt (vgl. *M.Bydlinski*, Kostenersatz im Zivilprozess [1992], 484; OGH 24.4.1991, 1 Ob 561/91, JBl 1991, 791; 25.8.1992, 1 Ob 25/92, RZ 1994/26 u.a.). Das Höchstgericht hat dann selbstständig über über die gesamten Kosten des bisherigen Verfahrens ohne Rücksicht auf die bisher ergangenen Entscheidungen zu erkennen (vgl. OGH 15.1.1986, 3 Ob 1/86, AnwBl 1986, 261 = SZ 59/10; 18.3.1997, 1 Ob 2402/96h, AnwBl 1997/7417 = AnwBl 1998, 358 = HS 28.131 = HS 28.353 = RdW 1997, 535 = wbl 1998/28). Dass die Leistungen eines österreichischen Rechtsanwaltes für einen deutschen Unternehmer nicht der österreichischen Umsatzsteuer unterliegen, dürfte mittlerweile wohl gefestigte Rsp (OGH 25.9.2001, 4 Ob 199/01w, RZ 2002/11 = EvBl 2002/35, 150 = ecollex 2002, 420 = ZfRV 2002/27; 31.1.2002, 6 Ob 275/01m, JUS Z/3357 = JUS Z/3358 = AnwBl 2002/7830, 486 m Anm *Sutter* = RdW 2002/558, 603) und einhellige Lehre (*Thiele*, Prozesskostenersatz und ausländische Umsatzsteuer, öAnwBl 2001, 630 mwN) darstellen. Sie gelten gemäß § 3a Abs 10 Z 3 öUStG 1994 als am Ort des Empfängers erbracht und unterliegen jener Umsatzsteuer, die dort, wo der Empfänger sein Unternehmen betreibt, zu entrichten ist. Verzeichnet der österreichische Anwalt im Prozess – kommentarlos – 20 % Umsatzsteuer, so wird im Zweifel nur die österreichische Umsatzsteuer angesprochen (§ 54 Abs 1 öZPO), sodass eine Kürzung des Kostenanspruchs um ein Fünftel – wie hier (immerhin um mehr als EUR 2.000,-) – vorzunehmen war.

IV. Zusammenfassung

Der so gar nicht auf den freien Gemeinsamen Europäischen Markt des 21. Jahrhunderts passende Aufruf „*Deutsche wettet nicht bei Ausländern, Ihr macht Euch strafbar!*“ ist nach neuem (und altem) deutschen UWG wettbewerbsrechtlich (leider) nicht zu beanstanden. Diese Beurteilung stammt bemerkenswerterweise nicht vom BGH, sondern vom österreichischen OGH, der sich als erstes deutschsprachiges Höchstgericht mit der seit 8.7.2004 in Kraft befindlichen Neufassung des deutschen Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, BGBl I 2004/32, befasst hat.

Wie heißt es in der Werbung des (österreichischen) Lottos? – Alles ist möglich!