

TE OGH 2016/11/22 4Ob162/16a

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 22.11.2016

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Rekursgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Vogel als Vorsitzenden und die Hofräte Dr. Jensik, Dr. Musger, Dr. Schwarzenbacher und Dr. Rassi als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei A***** AG, *****, vertreten durch Huber Swoboda Oswald Aixberger Rechtsanwälte GmbH in Wien, gegen die beklagten Parteien 1. W***** Gesellschaft mbH, *****, 2. M***** H*****, beide vertreten durch Dr. Patrick Ruth, Rechtsanwalt in Innsbruck, wegen Unterlassung (Streitwert 34.900 EUR) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert 100 EUR), über die Rekurse beider Parteien gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 30. Mai 2016, GZ 2 R 36/16b-27, womit das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 29. Jänner 2016, GZ 29 Cg 80/14f-23, aufgehoben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen und zu Recht erkannt:

Spruch

A. Das mit Beschluss vom 30. 8. 2016 unterbrochene Verfahren wird von Amts wegen fortgesetzt.

B. Dem Rekurs der beklagten Parteien wird nicht Folge gegeben.

Hingegen wird dem Rekurs der klagenden Partei teilweise Folge gegeben und die angefochtene Entscheidung dahingehend abgeändert, dass sie insgesamt als Teilurteil wie folgt lautet:

„1. Die beklagten Parteien sind schuldig, im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen, Geräte für die Durchführung von Glücksspielen in Form der Ausspielung zu betreiben oder einem Dritten den Betrieb von Geräten für die Durchführung von Glücksspielen in Form der Ausspielung zu ermöglichen, insbesondere durch Aufstellung und/oder Zugänglichmachung solcher Geräte, insbesondere in der ***** Tankstelle in *****, solange sie oder der Dritte, dem sie die Durchführung von Glücksspielen in Form der Ausspielung ermöglichen, nicht über die dafür erforderliche Konzession oder behördliche Bewilligung verfügen.

2. Die Kostenentscheidung bleibt dem Endurteil vorbehalten.

3. Im Übrigen, nämlich im Umfang des Unterlassungsgebots bezüglich der behaupteten Verstöße gegen Spielerschutzbestimmungen und des Veröffentlichungsbegehrens, wird das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache an das Gericht erster Instanz zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung zurückverwiesen.

4. Die Kosten des Berufungsverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.“

Die Kosten des Rekursverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

Text

Entscheidungsgründe:

Die klagende Partei verfügt über eine Bewilligung der niederösterreichischen Landesregierung zur Durchführung von Glücksspielen in Form der Landesausspielung mit Automaten. Sie betreibt solche Geräte an mehreren Standorten in Niederösterreich.

Die vom Zweitbeklagten vertretene erstbeklagte Partei ließ auf einer Tankstelle einen Glücksspielautomaten aufstellen, bei dem die Entscheidung über Gewinn oder Verlust nicht von der Geschicklichkeit der Spieler abhängt. Der Automat war frei zugänglich, eine technische Zugangs- oder Identifikationskontrolle lag nicht vor. Die erstbeklagte Partei betreute den Automaten und kassierte 98 % des Nettospielergebnisses. Der restliche Betrag verblieb bei der formellen Veranstalterin, einer slowakischen Gesellschaft. Weder diese Gesellschaft noch die beklagten Parteien verfügen über eine Konzession oder Bewilligung für den Betrieb von Glücksspielautomaten in Niederösterreich.

Die klagende Partei begehrte zunächst, den beklagten Parteien zu verbieten, im geschäftlichen Verkehr Geräte für die Durchführung von Glücksspielen in Form der Ausspielung zu betreiben oder einem Dritten den Betrieb von Geräten für die Durchführung von Glücksspielen in Form der Ausspielung zu ermöglichen, insbesondere durch Aufstellung und/oder Zugänglichmachung solcher Geräte, insbesondere in ihrem Lokal, solange sie oder der Dritte nicht über die dafür erforderliche behördliche Bewilligung verfügen. Weiters stellte die klagende Partei ein Urteilsveröffentlichungsbegehren. Eine Ausspielung mit Glücksspielautomaten dürfe nur mit behördlicher Bewilligung erfolgen. Da die Beklagten über keine solche Bewilligung verfügten, betrieben sie in Verletzung von § 52 Abs 1 Z 1 GSpG iVm § 2 Abs 4 GSpG ein illegales Glücksspiel und verstießen dadurch gegen § 1 Abs 1 Z 1 UWG (Wettbewerbsvorsprung durch Rechtsbruch). Die klagende Partei begehrte zunächst, den beklagten Parteien zu verbieten, im geschäftlichen Verkehr Geräte für die Durchführung von Glücksspielen in Form der Ausspielung zu betreiben oder einem Dritten den Betrieb von Geräten für die Durchführung von Glücksspielen in Form der Ausspielung zu ermöglichen, insbesondere durch Aufstellung und/oder Zugänglichmachung solcher Geräte, insbesondere in ihrem Lokal, solange sie oder der Dritte nicht über die dafür erforderliche behördliche Bewilligung verfügen. Weiters stellte die klagende Partei ein Urteilsveröffentlichungsbegehren. Eine Ausspielung mit Glücksspielautomaten dürfe nur mit behördlicher Bewilligung erfolgen. Da die Beklagten über keine solche Bewilligung verfügten, betrieben sie in Verletzung von Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer eins, GSpG in Verbindung mit Paragraph 2, Absatz 4, GSpG ein illegales Glücksspiel und verstießen dadurch gegen Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins, UWG (Wettbewerbsvorsprung durch Rechtsbruch).

Im Laufe des Verfahrens „modifizierte“ die Klägerin ihr Unterlassungsbegehren mit dem Zusatz „und/oder nicht die Bestimmungen über den Spielerschutz nach den glücksspielrechtlichen Vorschriften einhält, insbesondere kein Identifikationssystem/Zutrittssystem besteht“. Die klagende Partei brachte dazu vor, dass die beklagten Parteien gegen die in § 12a Abs 3 GSpG iVm § 5 Abs 3 bis 6 GSpG normierten Bestimmungen des Spielerschutzes und die weiteren Regeln des § 12a Abs 1 GSpG iVm § 25 Abs 6 bis 8 bzw § 25a GSpG (Geldwäscheverbeugung), § 12a Abs 2 GSpG (Standortbewilligung) und § 12a Abs 4 GSpG (Anbindung an das BRZ und Einhaltung der Automaten-glücksspielverordnung) verstießen. Sollten die beklagten Parteien aufgrund einer allfälligen Unionsrechts- oder Verfassungswidrigkeit keine Konzession oder behördliche Bewilligung benötigen, um Glücksspiele in Form der Ausspielung zu betreiben oder zu ermöglichen, habe die klagende Partei dennoch einen Anspruch auf Unterlassung dieser Ausspielungen, wenn die beklagten Parteien oder der Betreiber dabei die Bestimmungen über den Spielerschutz nach glücksspielrechtlichen Vorschriften nicht einhalten. Im Laufe des Verfahrens „modifizierte“ die Klägerin ihr Unterlassungsbegehren mit dem Zusatz „und/oder nicht die Bestimmungen über den Spielerschutz nach den glücksspielrechtlichen Vorschriften einhält, insbesondere kein Identifikationssystem/Zutrittssystem besteht“. Die klagende Partei brachte dazu vor, dass die beklagten Parteien gegen die in Paragraph 12 a, Absatz 3, GSpG in Verbindung mit Paragraph 5, Absatz 3 bis 6 GSpG normierten Bestimmungen des Spielerschutzes und die weiteren Regeln des Paragraph 12 a, Absatz eins, GSpG in Verbindung mit Paragraph 25, Absatz 6 bis 8 bzw Paragraph 25 a, GSpG (Geldwäscheverbeugung), Paragraph 12 a, Absatz 2, GSpG (Standortbewilligung) und Paragraph 12 a, Absatz 4, GSpG (Anbindung an das BRZ und Einhaltung der Automaten-glücksspielverordnung) verstießen. Sollten die beklagten Parteien aufgrund einer allfälligen Unionsrechts- oder Verfassungswidrigkeit keine Konzession oder behördliche Bewilligung benötigen, um Glücksspiele in Form der Ausspielung zu betreiben oder zu ermöglichen, habe die klagende Partei dennoch einen Anspruch auf Unterlassung dieser Ausspielungen, wenn die beklagten Parteien oder der Betreiber dabei die Bestimmungen über den Spielerschutz nach glücksspielrechtlichen Vorschriften nicht einhalten.

Die beklagten Parteien, die sich selbst darauf beriefen, dass die Ausspielungen auf dem klagsgegenständlichen Gerät Videolotterien iSd § 12a GSpG seien, wandten ein, dass das GSpG in seiner derzeitigen Ausgestaltung

unionsrechtswidrig sei und deshalb nicht zur Anwendung gelange, insbesondere weil die geforderte Kriminalitätsbekämpfung und der geforderte Spielerschutz nicht im notwendigen Ausmaß gegeben seien. Es liege ein Verstoß gegen die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit vor. Sie machten geltend, dass die slowakische Gesellschaft die Betreiberin der Ausspielungen sei, wobei deren Tätigkeit wegen der Unionsrechtswidrigkeit des GSpG zulässig sei, worauf sich auch die beklagten Parteien unmittelbar – hilfsweise über den Einwand der verfassungsrechtlich unzulässigen Inländerdiskriminierung – berufen könnten. Bei der behaupteten Modifizierung des Begehrens handle es sich um eine Klagsänderung, gegen die sie sich aussprechen. Der davon umfasste Teil des Klagebegehrens sei nach § 20 UWG bereits verjährt. Die beklagten Parteien, die sich selbst darauf beriefen, dass die Ausspielungen auf dem klagsgegenständlichen Gerät Videolotterien iSd Paragraph 12 a, GSpG seien, wandten ein, dass das GSpG in seiner derzeitigen Ausgestaltung unionsrechtswidrig sei und deshalb nicht zur Anwendung gelange, insbesondere weil die geforderte Kriminalitätsbekämpfung und der geforderte Spielerschutz nicht im notwendigen Ausmaß gegeben seien. Es liege ein Verstoß gegen die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit vor. Sie machten geltend, dass die slowakische Gesellschaft die Betreiberin der Ausspielungen sei, wobei deren Tätigkeit wegen der Unionsrechtswidrigkeit des GSpG zulässig sei, worauf sich auch die beklagten Parteien unmittelbar – hilfsweise über den Einwand der verfassungsrechtlich unzulässigen Inländerdiskriminierung – berufen könnten. Bei der behaupteten Modifizierung des Begehrens handle es sich um eine Klagsänderung, gegen die sie sich aussprechen. Der davon umfasste Teil des Klagebegehrens sei nach Paragraph 20, UWG bereits verjährt.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren zur Gänze statt. Ausgehend von den eingangs zusammengefassten Feststellungen vertrat es in rechtlicher Hinsicht, dass es keiner weiteren Prüfung bedürfe, ob das Glücksspielmonopol unionsrechtswidrig sei oder nicht, weil weder die slowakische Gesellschaft noch die beklagten Parteien die Anforderungen der § 14 Abs 2 Z 1 und Z 3 GSpG zu Mindestkapital und Aufsichtsorganen und die sonstigen zum Spielerschutz und zur Verhinderung von Geldwäsche normierten Auflagen im GSpG erfüllten. Diese Normen regelten aber nicht das Monopol, weshalb sie auch bei Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielmonopols anzuwenden seien. Die Ergänzung des Unterlassungsbegehrens sei keine Klagsänderung iSd § 235 ZPO. Das bisherige Begehren sei darauf gerichtet gewesen, dass die beklagten Parteien durch einen Verstoß gegen die Bestimmungen des GSpG unlauter im Sinne der Fallgruppe „Wettbewerbsvorsprung durch Rechtsbruch“ handelten, was durch die Ergänzung konkretisiert worden sei. Damit stellten sich aber auch keine Fragen zur Verjährung. Das Erstgericht gab dem Klagebegehren zur Gänze statt. Ausgehend von den eingangs zusammengefassten Feststellungen vertrat es in rechtlicher Hinsicht, dass es keiner weiteren Prüfung bedürfe, ob das Glücksspielmonopol unionsrechtswidrig sei oder nicht, weil weder die slowakische Gesellschaft noch die beklagten Parteien die Anforderungen der Paragraph 14, Absatz 2, Ziffer eins und Ziffer 3, GSpG zu Mindestkapital und Aufsichtsorganen und die sonstigen zum Spielerschutz und zur Verhinderung von Geldwäsche normierten Auflagen im GSpG erfüllten. Diese Normen regelten aber nicht das Monopol, weshalb sie auch bei Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielmonopols anzuwenden seien. Die Ergänzung des Unterlassungsbegehrens sei keine Klagsänderung iSd Paragraph 235, ZPO. Das bisherige Begehren sei darauf gerichtet gewesen, dass die beklagten Parteien durch einen Verstoß gegen die Bestimmungen des GSpG unlauter im Sinne der Fallgruppe „Wettbewerbsvorsprung durch Rechtsbruch“ handelten, was durch die Ergänzung konkretisiert worden sei. Damit stellten sich aber auch keine Fragen zur Verjährung.

Das Berufungsgericht gab der dagegen erhobenen Berufung der beklagten Parteien Folge, hob das Urteil des Erstgerichts auf und trug diesem die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung auf. Entgegen dem Erstgericht vertrat es die Auffassung, dass die Bestimmungen des § 14 Abs 2 Z 1 und Z 3 GSpG bei einer Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielmonopols nicht als nationaler Regelungstorso anwendbar blieben. Auch diese Beschränkungen müssten den sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergebenden Anforderungen des EuGH in Bezug auf Spielerschutz und Kriminalitätsbekämpfung entsprechen. Das Erstgericht werde daher im fortgesetzten Verfahren Feststellungen zur Frage der tatsächlichen Auswirkungen der Regelungen des Glücksspielrechts zu treffen haben, um die Unionsrechtswidrigkeit des GSpG als Vorfrage für eine allfällige verfassungsrechtlich relevante Inländerdiskriminierung abzuklären. Den Verjährungseinwand verneinte das Berufungsgericht, weil das Unterlassungsbegehren im Sinn der bereits in der Klage individualisierten Verletzungshandlung der Durchführung von illegalem Glücksspiel durch Nennung eines Einzelverbots bloß konkretisiert werde. Das Berufungsgericht erklärte den Rekurs an den Obersten Gerichtshof zur Klarstellung zulässig, welcher Feststellungen es für die Frage einer verfassungswidrigen Inländerdiskriminierung bedarf. Das Berufungsgericht gab der dagegen erhobenen Berufung der beklagten Parteien Folge, hob das Urteil des Erstgerichts auf und trug diesem die neuerliche Entscheidung nach

Verfahrensergänzung auf. Entgegen dem Erstgericht vertrat es die Auffassung, dass die Bestimmungen des Paragraph 14, Absatz 2, Ziffer eins und Ziffer 3, GSpG bei einer Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielmonopols nicht als nationaler Regelungstorso anwendbar blieben. Auch diese Beschränkungen müssten den sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergebenden Anforderungen des EuGH in Bezug auf Spielerschutz und Kriminalitätsbekämpfung entsprechen. Das Erstgericht werde daher im fortgesetzten Verfahren Feststellungen zur Frage der tatsächlichen Auswirkungen der Regelungen des Glücksspielrechts zu treffen haben, um die Unionsrechtswidrigkeit des GSpG als Vorfrage für eine allfällige verfassungsrechtlich relevante Inländerdiskriminierung abzuklären. Den Verjährungseinwand verneinte das Berufungsgericht, weil das Unterlassungsbegehren im Sinn der bereits in der Klage individualisierten Verletzungshandlung der Durchführung von illegalem Glücksspiel durch Nennung eines Einzelverbots bloß konkretisiert werde. Das Berufungsgericht erklärte den Rekurs an den Obersten Gerichtshof zur Klarstellung zulässig, welcher Feststellungen es für die Frage einer verfassungswidrigen Inländerdiskriminierung bedarf.

Der Senat hat zu 4 Ob 31/16m ua mit Beschluss vom 30. 3. 2016 in sechs verbundenen Verfahren, denen Sachverhalte zugrunde lagen, die mit jenem des gegenständlichen Verfahrens vergleichbar sind, die dort näher bezeichneten einzelnen Bestimmungen des GSpG und des NÖ Spielautomatengesetzes 2011 (hilfsweise die genannten Gesetze zur Gänze) beim Verfassungsgerichtshof als verfassungswidrig angefochten. Demnach fehlt dem Glücksspielmonopol die unionsrechtlich erforderliche Rechtfertigung, weil die Werbung für Glücksspiele durch die Konzessionäre im Ergebnis nicht ausschließlich dazu dient, Verbraucher zu den kontrollierten Spielernetzwerken zu lenken, sondern den Zweck verfolgt, insbesondere jene Personen zur aktiven Teilnahme am Spiel anzuregen, die bis dato nicht ohne weiteres zu spielen bereit sind. Aus der vom Senat angenommenen Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielmonopols folgt daher, dass die in Fallgestaltungen, die nicht in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fallen, weiter anzuwendenden Bestimmungen des Glücksspielrechts eine gegen Art 7 B-VG verstoßende Inländerdiskriminierung begründen. Der Senat hat zu 4 Ob 31/16m ua mit Beschluss vom 30. 3. 2016 in sechs verbundenen Verfahren, denen Sachverhalte zugrunde lagen, die mit jenem des gegenständlichen Verfahrens vergleichbar sind, die dort näher bezeichneten einzelnen Bestimmungen des GSpG und des NÖ Spielautomatengesetzes 2011 (hilfsweise die genannten Gesetze zur Gänze) beim Verfassungsgerichtshof als verfassungswidrig angefochten. Demnach fehlt dem Glücksspielmonopol die unionsrechtlich erforderliche Rechtfertigung, weil die Werbung für Glücksspiele durch die Konzessionäre im Ergebnis nicht ausschließlich dazu dient, Verbraucher zu den kontrollierten Spielernetzwerken zu lenken, sondern den Zweck verfolgt, insbesondere jene Personen zur aktiven Teilnahme am Spiel anzuregen, die bis dato nicht ohne weiteres zu spielen bereit sind. Aus der vom Senat angenommenen Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielmonopols folgt daher, dass die in Fallgestaltungen, die nicht in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fallen, weiter anzuwendenden Bestimmungen des Glücksspielrechts eine gegen Artikel 7, B-VG verstoßende Inländerdiskriminierung begründen.

Mit Beschluss vom 15. 10. 2016 zu GZ G 103-104/2016-49 ua wies der Verfassungsgerichtshof die Anträge des Obersten Gerichtshofs und anderer Gerichte als unzulässig zurück. In der Entscheidung wurde zum einen darauf verwiesen, dass der Anfechtungsumfang zu eng gewählt worden sei. Zum anderen erweise sich aber auch die Anfechtung des gesamten GSpG als unzulässig, weil verfassungsrechtliche Bedenken nicht gegen sämtliche Bestimmungen dargelegt worden seien.

Rechtliche Beurteilung

Aufgrund der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs war das Rekursverfahren von Amts wegen fortzusetzen.

Die von beiden Parteien gegen den Aufhebungsbeschluss erhobenen Rekurse sind wegen der zwischenzeitlich ergangenen Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs vom 15. 10. 2016 bzw zur Klarstellung der Verjährungsproblematik zulässig. Der Rekurs der klagenden Partei ist auch teilweise berechtigt, der Rekurs der beklagten Parteien ist nicht berechtigt.

A. Zum behaupteten Rechtsbruch wegen des ohne Bewilligung oder Konzession betriebenen Glücksspiels:

1.1 Mit Erkenntnis vom 15. 10. 2016 zu GZE 945/2016-24 ua wies der Verfassungsgerichtshof mehrere Beschwerden ab, die gegen die gesetzliche Beschränkung des Glücksspiels gerichtet waren. Den Beschwerden lagen Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zugrunde, in denen die Beschlagnahme und Einziehung von Glücksspielautomaten verfügt bzw Verwaltungsstrafen wegen unerlaubten Glücksspiels mit solchen Automaten verhängt worden waren. Die Beschwerdeführer, die sich den oben referierten Bedenken des Obersten Gerichtshofs

anschlüssen, erachteten die gesetzliche Beschränkung der Zahl der Konzessionen zum Betrieb von Glücksspielautomaten als Verstoß gegen Unionsrecht. Diese Unionsrechtswidrigkeit führe wiederum zu einer gleichheits- und damit verfassungswidrigen „Inländerdiskriminierung“.

Der Verfassungsgerichtshof ging inhaltlich davon aus, dass die Bestimmungen des GSpGallen vom EuGH aufgezeigten Vorgaben des Unionsrechts entsprechen. Insbesondere enthalte das GSpG Regelungen, die sicherstellen sollten, dass Werbemaßnahmen der Inhaber von Glücksspielkonzessionen nicht mit den Zielen dieses Gesetzes (die auch in der Vorbeugung der Spielsucht bestehen) in Konflikt geraten. Die österreichischen Bestimmungen liefen auch aufgrund ihrer tatsächlichen Auswirkungen nicht dem Unionsrecht zuwider. Das österreichische System der Glücksspielkonzessionen verstoße daher nicht gegen Unionsrecht. Für eine „Inländerdiskriminierung“, die dieses System als verfassungswidrig erscheinen ließe, bestehe somit kein Anhaltspunkt.

1.2 Zeitlich zwischen dem Anfechtungsbeschluss des Senats und der Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofs wurde die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshof vom 16. 3. 2016 zu AZ Ro 2015/17/0022 veröffentlicht, in der sich der Verwaltungsgerichtshof eingehend mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union und der unionsrechtlichen Zulässigkeit von Beschränkungen der Glücksspieltätigkeiten durch das GSpG auseinandersetzte. Der Verwaltungsgerichtshof verneinte eine Unionsrechtswidrigkeit der einschlägigen Bestimmungen des GSpG. Es sei belegt, dass das vom österreichischen Gesetzgeber seit langer Zeit gewählte System zur Beschränkung der Möglichkeiten, in Österreich an Glücksspielen teilzunehmen, die vom Gesetzgeber angestrebten Ziele des Spielerschutzes sowie der Bekämpfung von Spielsucht und Kriminalität im Zusammenhang mit Glücksspielen erreiche. Die im GSpG vorgesehenen Bestimmungen eines – sich in der Realität des Glücksspielmarktes nicht auswirkenden – Glücksspielmonopols des Bundes, kombiniert mit einem Konzessionssystem unter Beschränkung der Anzahl der zu vergebenden Konzessionen betreffend Lotterien und Spielbanken sowie eines (reinen) Bewilligungssystems unter Beschränkung der Anzahl der zu vergebenden Bewilligungen betreffend Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten sowie der Bestimmungen zur Hintanhaltung von illegalem Glücksspiel (§ 52f GSpG), verfolgten in kohärenter und systematischer Weise die angestrebten Ziele des Spielerschutzes, der Spielsuchtbekämpfung, der Verringerung der Beschaffungskriminalität sowie der Verhinderung von kriminellen Handlungen gegenüber Spielern.

1.2 Zeitlich zwischen dem Anfechtungsbeschluss des Senats und der Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofs wurde die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshof vom 16. 3. 2016 zu AZ Ro 2015/17/0022 veröffentlicht, in der sich der Verwaltungsgerichtshof eingehend mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union und der unionsrechtlichen Zulässigkeit von Beschränkungen der Glücksspieltätigkeiten durch das GSpG auseinandersetzte. Der Verwaltungsgerichtshof verneinte eine Unionsrechtswidrigkeit der einschlägigen Bestimmungen des GSpG. Es sei belegt, dass das vom österreichischen Gesetzgeber seit langer Zeit gewählte System zur Beschränkung der Möglichkeiten, in Österreich an Glücksspielen teilzunehmen, die vom Gesetzgeber angestrebten Ziele des Spielerschutzes sowie der Bekämpfung von Spielsucht und Kriminalität im Zusammenhang mit Glücksspielen erreiche. Die im GSpG vorgesehenen Bestimmungen eines – sich in der Realität des Glücksspielmarktes nicht auswirkenden – Glücksspielmonopols des Bundes, kombiniert mit einem Konzessionssystem unter Beschränkung der Anzahl der zu vergebenden Konzessionen betreffend Lotterien und Spielbanken sowie eines (reinen) Bewilligungssystems unter Beschränkung der Anzahl der zu vergebenden Bewilligungen betreffend Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten sowie der Bestimmungen zur Hintanhaltung von illegalem Glücksspiel (Paragraph 52 f, GSpG), verfolgten in kohärenter und systematischer Weise die angestrebten Ziele des Spielerschutzes, der Spielsuchtbekämpfung, der Verringerung der Beschaffungskriminalität sowie der Verhinderung von kriminellen Handlungen gegenüber Spielern.

2.1 Auch in der Zusammenschau mit der zitierten Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs erachtet der Senat durch die inhaltliche Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs die unions- und verfassungsrechtlichen Fragen als hinreichend geklärt. Ungeachtet der Zurückweisung der Anträge des Senats aus formalen Gründen ging der Verfassungsgerichtshof im Erkenntnis über die Bescheidbeschwerden umfassend auf die Vorgaben des EuGH zur Unionsrechtskonformität von Glücksspielrechtsnormen und auch auf die vom Senat gegen die österreichische Rechtslage geäußerten Bedenken ein. Dabei wurde auch die Frage eines maßvollen Werbeauftritts der Konzessionäre behandelt, insgesamt aber eine gesamthafte Würdigung aller Auswirkungen auf dem Glücksspielmarkt im Sinn der Rechtsprechung des EuGH vorgenommen. Den entsprechenden Einwänden der beklagten Parteien kommt daher keine Berechtigung zu. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts erübrigt sich somit eine Ergänzung des

Beweisverfahrens zu den Auswirkungen des Glücksspielmonopols, sodass der auf Rechtsbruch wegen der Betreibung des Glücksspiels ohne Bewilligung bzw Konzession gestützte Teil des Unterlassungsbegehrens im Sinne der Klagsstattgebung spruchreif ist.

3. Der Hinweis der beklagten Partei auf den Umstand, dass der Verwaltungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 11. 5. 2016 der klagenden Partei die Bewilligung für die Durchführung von Glücksspielen in der Form von Ausspielungen mittels Automaten in Niederösterreich aufgehoben habe, nimmt dieser nicht die Aktivlegitimation. Für die Aktivlegitimation nach § 14 UWG kommt es nämlich nicht auf die befugte Ausübung des Gewerbebetriebs an (RIS-JustizRS0079597). Die Frage der gewerberechtlichen Befugnis ist für die Beurteilung der Teilnahme am geschäftlichen Verkehr und für das Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses ohne Bedeutung. Diese Teilnahme am Verkehr ist allein faktisch zu beurteilen (RIS-Justiz RS0077586). Das Klagerecht eines Mitbewerbers nach § 14 UWG wird durch eigene gleichartige Wettbewerbsverstöße nicht beeinträchtigt (RIS-Justiz RS0014242; RS0077853).

3. Der Hinweis der beklagten Partei auf den Umstand, dass der Verwaltungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 11. 5. 2016 der klagenden Partei die Bewilligung für die Durchführung von Glücksspielen in der Form von Ausspielungen mittels Automaten in Niederösterreich aufgehoben habe, nimmt dieser nicht die Aktivlegitimation. Für die Aktivlegitimation nach Paragraph 14, UWG kommt es nämlich nicht auf die befugte Ausübung des Gewerbebetriebs an (RIS-Justiz RS0079597). Die Frage der gewerberechtlichen Befugnis ist für die Beurteilung der Teilnahme am geschäftlichen Verkehr und für das Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses ohne Bedeutung. Diese Teilnahme am Verkehr ist allein faktisch zu beurteilen (RIS-Justiz RS0077586). Das Klagerecht eines Mitbewerbers nach Paragraph 14, UWG wird durch eigene gleichartige Wettbewerbsverstöße nicht beeinträchtigt (RIS-Justiz RS0014242; RS0077853).

4. Der Aufhebungsbeschluss war somit in teilweiser Stattgebung des klägerischen Rekurses insoweit abzuändern und in der Sache zu entscheiden.

B. Zum behaupteten Rechtsbruch wegen des Verstoßes gegen andere Bestimmungen des GSpG:

1. Die Vorinstanzen haben sich mit dem Verjährungseinwand deshalb nicht inhaltlich auseinandergesetzt, weil sie übereinstimmend davon ausgegangen sind, dass der nachträglich begehrte Beisatz zum Klagebegehren die in der Klage individualisierte Verletzungshandlung bloß konkretisiere.

2. Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass ein auf Rechtsbruch gestützter Unterlassungsanspruch auf der Sachverhaltsebene den Verstoß gegen eine (bestimmte) generelle abstrakte Norm voraussetzt. Er besteht daher nur dann zu Recht, wenn die Beklagte dadurch verbotswidrig (und damit unlauter iSd § 1 UWG) gehandelt hat, dass sie gegen eine der im Sachvorbringen genannten Verbotsnormen verstoßen hat (RIS-Justiz RS0129497). Der Sachvortrag der klagenden Partei umfasst als rechtserzeugende Tatsache den Vorwurf einer Gesetzesübertretung, der erst durch die Nennung der nach den Behauptungen übertretenen Normen konkretisiert und individualisiert wird und dessen Vorliegen allein am Verbotstatbestand der genannten Normen zu beurteilen ist (4 Ob 65/14h).

2. Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass ein auf Rechtsbruch gestützter Unterlassungsanspruch auf der Sachverhaltsebene den Verstoß gegen eine (bestimmte) generelle abstrakte Norm voraussetzt. Er besteht daher nur dann zu Recht, wenn die Beklagte dadurch verbotswidrig (und damit unlauter iSd Paragraph eins, UWG) gehandelt hat, dass sie gegen eine der im Sachvorbringen genannten Verbotsnormen verstoßen hat (RIS-Justiz RS0129497). Der Sachvortrag der klagenden Partei umfasst als rechtserzeugende Tatsache den Vorwurf einer Gesetzesübertretung, der erst durch die Nennung der nach den Behauptungen übertretenen Normen konkretisiert und individualisiert wird und dessen Vorliegen allein am Verbotstatbestand der genannten Normen zu beurteilen ist (4 Ob 65/14h).

2.1 In diesem Sinn stützte die klagende Partei in ihrer Klage den Vorwurf des Rechtsbruchs ausschließlich auf den Umstand, dass die beklagten Parteien durch den Betrieb oder die Ermöglichung des Betriebs von Glücksspielen ohne Bewilligung gegen das Verbot des § 52 Abs 1 Z 1 GSpG iVm § 2 Abs 4 GSpG verstoßen haben. Hingegen wurde der Vorwurf des unlauteren Rechtsbruchs durch Verstoß gegen die Bestimmungen der §§ 5, 12a, 25, 25a GSpG erst im Schriftsatz vom 17. 4. 2015 erhoben, zumal sich die Ausführungen in der Klage zu §§ 5 und 12a GSpG ausschließlich auf die Unionsrechtskonformität bezogen, ohne dass dabei im Ansatz ein allfälliger lauterkeitsrechtlicher Unterlassungsanspruch abgeleitet wurde. Durch die Ausführungen im Schriftsatz vom 17. 4. 2015 wurde der anspruchsbegründende Sachverhalt unter Anführung der übertretenen Normen und damit der Klagsgrund verändert, was Einfluss auf die Frage der Verjährung nach § 20 UWG haben kann (vgl RIS-JustizRS0104576).

2.1 In diesem Sinn stützte die klagende Partei in ihrer Klage den Vorwurf des Rechtsbruchs ausschließlich auf den Umstand, dass die

beklagten Parteien durch den Betrieb oder die Ermöglichung des Betriebs von Glücksspielen ohne Bewilligung gegen das Verbot des Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer eins, GSpG in Verbindung mit Paragraph 2, Absatz 4, GSpG verstoßen haben. Hingegen wurde der Vorwurf des unlauteren Rechtsbruchs durch Verstoß gegen die Bestimmungen der Paragraphen 5, 12 a, 25, 25 a, GSpG erst im Schriftsatz vom 17. 4. 2015 erhoben, zumal sich die Ausführungen in der Klage zu Paragraphen 5 und 12 a GSpG ausschließlich auf die Unionsrechtskonformität bezogen, ohne dass dabei im Ansatz ein allfälliger lauterkeitsrechtlicher Unterlassungsanspruch abgeleitet wurde. Durch die Ausführungen im Schriftsatz vom 17. 4. 2015 wurde der anspruchsbegründende Sachverhalt unter Anführung der übertretenen Normen und damit der Klagsgrund verändert, was Einfluss auf die Frage der Verjährung nach Paragraph 20, UWG haben kann (vergleiche RIS-Justiz RS0104576).

2.2 Insoweit der Unterlassungsanspruch die behaupteten Verstöße gegen die Bestimmungen über den Spielerschutz betrifft, sind beide Rekurse im Ergebnis nicht berechtigt. Die Vorinstanzen haben nämlich den Verjährungseinwand inhaltlich nicht geprüft. Aus den Feststellungen lässt sich nicht ableiten, wann der behauptete Rechtsbruch stattfand bzw beendet wurde oder wann die klagende Partei davon erfahren hat. Diesbezüglich hat es daher beim Aufhebungsbeschluss zu bleiben.

Nach der Rechtsprechung hat derjenige, der die Verjährung einwendet, jene Tatsachen, die seine Einrede begründen, schlüssig zu behaupten (vgl RIS-Justiz RS0034326), was hier nicht der Fall war, weil sich die beklagten Parteien auf den Hinweis beschränkten, dass der Unterlassungsanspruch nach § 20 UWG verjährt sei. Allerdings ist bei Unschlüssigkeit das Klagebegehren nicht sofort abzuweisen, sondern es muss vom Gericht eine Verbesserung angeregt werden. Der Verbesserungsauftrag ist von Amts wegen zu erteilen, selbst wenn die Partei durch einen Rechtsanwalt vertreten ist und die Notwendigkeit einer Präzisierung nicht selbst erkannte (RIS-Justiz RS0037166). Ein solcher Verbesserungsversuch unterblieb sowohl in erster Instanz als auch im Berufungsverfahren. Es würde gegen das Verbot von Überraschungsentscheidungen widersprechen, wenn im drittinstanzlichen Verfahren der Verjährungseinwand mangels Schlüssigkeit als unberechtigt erachtet wird (vgl RIS-Justiz RS0037300 [T35]). Auch das Rechtsmittelgericht darf aber die Parteien nicht mit einer Rechtsansicht iSd § 182a ZPO überraschen. Nach der Rechtsprechung hat derjenige, der die Verjährung einwendet, jene Tatsachen, die seine Einrede begründen, schlüssig zu behaupten (vergleiche RIS-Justiz RS0034326), was hier nicht der Fall war, weil sich die beklagten Parteien auf den Hinweis beschränkten, dass der Unterlassungsanspruch nach Paragraph 20, UWG verjährt sei. Allerdings ist bei Unschlüssigkeit das Klagebegehren nicht sofort abzuweisen, sondern es muss vom Gericht eine Verbesserung angeregt werden. Der Verbesserungsauftrag ist von Amts wegen zu erteilen, selbst wenn die Partei durch einen Rechtsanwalt vertreten ist und die Notwendigkeit einer Präzisierung nicht selbst erkannte (RIS-Justiz RS0037166). Ein solcher Verbesserungsversuch unterblieb sowohl in erster Instanz als auch im Berufungsverfahren. Es würde gegen das Verbot von Überraschungsentscheidungen widersprechen, wenn im drittinstanzlichen Verfahren der Verjährungseinwand mangels Schlüssigkeit als unberechtigt erachtet wird (vergleiche RIS-Justiz RS0037300 [T35]). Auch das Rechtsmittelgericht darf aber die Parteien nicht mit einer Rechtsansicht iSd Paragraph 182 a, ZPO überraschen.

C. Wegen der Aufhebung eines Teils des Unterlassungsbegehrens kann über das Veröffentlichungs-begehren nicht abschließend entschieden werden. Ein Teilurteil ist hier nicht zweckmäßig, weil mit einer weiteren Veröffentlichung nach Vorliegen des Endurteils zusätzliche Kosten verbunden wären, die bei einer gemeinsamen Veröffentlichung nicht anfallen (4 Ob 88/11m). Das Erstgericht wird daher im fortgesetzten Verfahren auch über das gesamte Veröffentlichungsbegehren zu entscheiden haben.

D. Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 52 Abs 1 und 2 ZPO.D. Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraph 52, Absatz eins und 2 ZPO.

Schlagworte

Gewerblicher Rechtsschutz

Textnummer

E116446

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2016:0040OB00162.16A.1122.000

Im RIS seit

14.12.2016

Zuletzt aktualisiert am

14.12.2016

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at