jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE OGH 2017/9/26 4Ob95/17z

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 26.09.2017

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Vogel als Vorsitzenden sowie die Hofräte Dr. Jensik, Dr. Schwarzenbacher, Dr. Rassi und MMag. Matzka als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei A***** AG, *****, vertreten durch die Huber Swoboda Oswald Aixberger Rechtsanwälte GmbH in Wien, wider die beklagten Parteien 1. C***** GmbH, *****, und 2. C***** P*****, beide vertreten durch Mag. Martin Paar und Mag. Hermann Zwanzger, Rechtsanwälte in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert 34.900 EUR) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert 100 EUR), über die außerordentliche Revision der beklagten Parteien gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 28. März 2017, GZ 5 R 28/17z-52, womit der Berufung der beklagten Parteien gegen das Urteil des Landesgerichts Korneuburg vom 28. Dezember 2016, GZ 10 Cg 41/14k-46, nicht Folge gegeben wurde, beschlossen und zu Recht erkannt:

Spruch

I. Der Antrag der beklagten Parteien auf Einholung einer Vorabentscheidung durch den Gerichtshof der Europäischen Union gemäß Art 267 AEUV wird zurückgewiesen.

II. Der Revision wird teilweise Folge gegeben.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen werden teilweise dahin abgeändert, dass sie einschließlich der bestätigten Teile wie folgt lauten:

„1. Die beklagten Parteien sind schuldig, es 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 im Lokal C*****, 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 verfügt.

2. Der klagenden Partei wird die Ermächtigung erteilt, die Punkte 1. und 2. dieses Urteils binnen sechs Monaten auf Kosten der beklagten Parteien in einer Ausgabe des periodischen Druckwerkes 'Niederösterreichische Nachrichten (NÖN)', Lokalausgabe für H*****, zu veröffentlichen, und zwar mit Fettdruckumrandung unter Nennung des Gerichtes, der gesperrt geschriebenen Prozessparteien, ihrer Vertreter, des Aktenzeichens und des Entscheidungsdatums in Normallettern, somit in gleichgroßer Schrift wie der Fließtext redaktioneller Artikel.

3. Hingegen werden das die Punkte 1. und 2. betreffende Veröffentlichungsmehrbegehren, das Klagebegehren, die beklagten Parteien seien schuldig, es 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 im Lokal C*****, solange sie oder der Dritte, dem sie die

Durchführung von Glücksspielen in Form der Ausspielung ermöglichen, nicht die Bestimmungen über den Spielerschutz nach den glücksspielrechtlichen Vorschriften einhält, insbesondere kein Identifikationssystem/Zutrittssystem besteht, sowie sich das hierauf beziehende Veröffentlichungsbegehren abgewiesen.

4. Die beklagten Parteien sind schuldig, der klagenden Partei die mit 6.419,91 EUR (darin 940,37 EUR USt und 777,70 EUR Barauslagen) bestimmten Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen."

III. Die klagende Partei ist schuldig, den beklagten Parteien die mit 1.347,50 EUR an anteiligen Pauschalgebühren bestimmten Kosten aller Berufungsverfahren und des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen; im Übrigen werden die Kosten aller Berufungsverfahren und des Revisionsverfahrens gegeneinander aufgehoben.

Text

Entscheidungsgründe:

Die Klägerin ist Inhaberin einer im Bundesland Niederösterreich geltenden landesrechtlichen Bewilligung für Automatenspiele. Die Erstbeklagte betreibt in H***** ein Lokal, der Zweitbeklagte ist Geschäftsführer und Alleingesellschafter der Erstbeklagten.

Die Klägerin begehrte zunächst, den Beklagten zu verbieten, Glücksspielgeräte aufzustellen und zu betreiben, ohne über die dafür erforderliche Konzession oder behördliche Bewilligung zu verfügen. 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).

Nach Erlassung einer einstweiligen Verfügung am 7. August 2014 im Umfang des Unterlassungsbegehrens laut Klage „modifizierte" die Klägerin ihr Unterlassungsbegehren im Hauptverfahren am 1. Juli 2015 dahin, dass sie es um einen Zusatz ergänzte („... und/oder nicht die Bestimmungen über den Spielerschutz nach den glücksspielrechtlichen Vorschriften einhält, insbesondere kein Identifikationssystem/Zutrittssystem besteht"). Sie brachte dazu vor, dass die Beklagten 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 (Geldwäschevorbeugung), § 12a Abs 2 GSpG (Standortbewilligung) und § 12a Abs 4 GSpG (Anbindung an das BRZ und Einhaltung der Automatenglücksspielverordnung) verstießen.

Sollten die Beklagten 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 Klägerin dennoch einen Anspruch auf Unterlassung dieser Ausspielungen, wenn die Beklagten oder der Betreiber dabei die Bestimmungen über den Spielerschutz nach glücksspielrechtlichen Vorschriften nicht einhielten. Verjährung sei deshalb „nicht anzuwenden", weil es sich lediglich um eine Modifikation des Klagebegehrens handle und es bereits in der Klage darum gegangen sei, dass die Beklagten gegen die glücksspielrechtlichen Vorschriften verstoßen hätten und es schon damals im Kern um illegales Glücksspiel gegangen sei. Die Modifikation sei „infolge der letzten OGH-Rechtsprechung erforderlich geworden".

Die Beklagten wandten ein, dass das GSpG in seiner derzeitigen Ausgestaltung unionsrechtswidrig sei und deshalb nicht zur Anwendung gelange. Es liege ein Verstoß gegen die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit vor; ein Gesellschafter der Erstbeklagten sei deutscher Staatsangehöriger. Die Beklagten könnten sich auf die Unionsrechtswidrigkeit des GSpG auch über den Einwand der verfassungsrechtlich unzulässigen Inländerdiskriminierung berufen. Sie hätten seit ihrem Inkrafttreten nicht gegen die einstweilige Verfügung verstoßen. Bei der „Modifizierung" des Begehrens handle es sich um eine Klagsänderung; der davon umfasste Teil des Klagebegehrens sei nach § 20 UWG bereits verjährt.

Beide Vorinstanzen gaben dem gesamten Klagebegehren statt. Sie verneinten einen Verstoß gegen Unionsrecht und gingen davon aus, dass die Klägerin bereits in der Klage hinreichende Tatsachenbehauptungen aufgestellt habe, um die spätere Ergänzung des Klagebegehrens als bloße Modifikation des Spruchs, nicht jedoch als Klagsgrundänderung oder Geltendmachung eines gesonderten Anspruchs werten zu können. Die ordentliche Revision ließ das Berufungsgericht nicht zu.

In ihrer außerordentlichen Revision beantragen die Beklagten – neben der Befassung des EuGH gemäß Art 267 AEUV –

die Abänderung im klagsabweisenden Sinne; hilfsweise wird ein Aufhebungs- und Zurückverweisungsantrag gestellt.

Die Klägerin beantragt in der ihr freigestellten Revisionsbeantwortung, die Revision zurückzuweisen, hilfsweise ihr nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision ist zur Klarstellung der Verjährungsfrage zulässig; sie ist teilweise auch berechtigt.

Die Beklagten halten daran fest, sie seien einerseits der vertretbaren Rechtsansicht gefolgt, dass das GSpG unionsrechtswidrig sei, insbesondere durch eine intransparente „freihändige" Konzessionsvergabe an die Klägerin, und dass andererseits die Klagsmodifikation nach § 20 UWG verjährt sei.

Dazu wurde erwogen:

A. Zum ursprünglichen Klagebegehren:

1. Das vorliegende Rechtsmittel bietet keinen Anlass, von der Rechtsprechung des Senats abzugehen, wonach in gesamthafter Würdigung aller tatsächlichen Auswirkungen im Sinn der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs das österreichische System der Glücksspielkonzessionen nicht gegen Unionsrecht verstößt und daher auch kein Anhaltspunkt für eine Inländerdiskriminierung besteht (4 Ob 162/16a; RIS-Justiz RS0130636 [T1, T2, T3, T4]; 4 Ob 12/17v; 4 Ob 13/17s; 4 Ob 18/17a; 4 Ob 24/17h; 4 Ob 41/17h; 4 Ob 71/17w; 4 Ob 90/17i uva). Der Senat hat auch in sämtlichen der Entscheidung 10 Ob 52/16v nachfolgenden Entscheidungen an dieser Rechtsprechung festgehalten; eine Uneinheitlichkeit der Rechtsprechung liegt nicht vor (RIS-Justiz RS0042668 [T5]).

Diese gefestigte Rechtsprechung des Senats orientiert sich an der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs zu den Kriterien einer allfälligen Unionsrechtswidrigkeit des GSpG (ua EuGH C-390/12, Pfleger; C-347/09, Dickinger/Ömer; C-64/08, Engelmann; vgl die zu RIS-Justiz RS0129945 angeführten Entscheidungen).

2. Daran vermögen die von den Revisionswerbern als Beleg für eine Unionsrechtswidrigkeit ins Treffen geführten Umstände nichts zu ändern.

2.1. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs muss ein Konzessionssystem, damit es trotz des Eingriffs in Grundfreiheiten gerechtfertigt ist, auf objektiven, nicht diskriminierenden und im Voraus bekannten Kriterien beruhen, damit der Ermessensausübung durch die nationalen Behörden zum Schutz vor willkürlichen Entscheidungen hinreichende Grenzen gesetzt werden. Zudem muss jedem, der von einer auf einem solchen Eingriff beruhenden einschränkenden Maßnahme betroffen ist, ein wirkungsvoller Rechtsweg offen stehen (vgl EuGH C-46/08, Carmen Media Group Ltd, Rn 87; C-203/08, Sporting Exchange Ltd, Rn 50; C-64/08, Engelmann, Rn 55; C-186/11 und C-209/11, Stanleybet International Ltd, Rn 47). Unionsrechtswidrigkeit bestimmt sich daher nicht danach, ob ein (erstinstanzliches) Konzessionsverfahren in concreto dem Transparenzgebot widersprach, sondern danach, ob für die Konzessionserteilung grundsätzlich ein transparentes System und ausreichender Rechtsschutz gegen begangene Verfahrensverstöße vorgesehen sind. Beides ist nach österreichischer Rechtslage gegeben. Gerade angesichts des europarechtlich gebotenen verfahrensrechtlichen Fehlerkalküls (vgl VwGH Ra 2015/17/0082) führt ein allenfalls fehlerhafter individueller Verwaltungsakt nicht zur Unanwendbarkeit eines Gesetzes.

2.2. Das Klagerecht eines Mitbewerbers nach § 14 UWG wird durch eigene gleichartige Wettbewerbsverstöße nicht beeinträchtigt (RIS-Justiz RS0014242; RS0077853); für die Klagebefugnis und die Berechtigung des Anspruchs ist es daher irrelevant, ob die Klägerin selbst befugterweise Glücksspiel anbieten darf (4 Ob 170/16b, 4 Ob 216/16t).

2.3. Ziel und faktische Wirkung des Glücksspielmonopols ist der Spielerschutz; Personen, die dem Glücksspiel zuneigen, sollen dies in staatlich kontrollierten Einrichtungen tun (können) und weder in die Illegalität gedrängt noch dem Wettbewerb konkurrierender Anbieter ausgesetzt werden. Dieses Ziel kann nur dann erreicht werden, wenn die zugelassenen Anbieter eine verlässliche und zugleich attraktive Alternative zu den nicht geregelten Tätigkeiten bereitstellen müssen, zB durch das Anbieten einer breiten Palette von Spielen (EuGH C-347/09, Dickinger/Ömer, Rn 63 f). Eine Betriebspflicht (vgl § 5 Abs 4 NÖ SpielautomatenG; § 14 Abs 5 GSpG) entspricht dem Ziel des Spielerschutzes.

Bei Verzicht auf die Bewilligung von Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten oder bei nachträglichem Wegfall der Bewilligung hat nach § 5 Abs 6 NÖ SpielautomatenG der Bewilligungsinhaber die Bewilligung während einer Dauer von 18 Monaten weiter auszuüben. Diese Bestimmung verfolgt ein der Betriebspflicht entsprechendes Ziel, indem es

für den Fall des Wegfalls einer Konzession Vorsorge trifft. Ohne eine solche übergangsweise Fortbetriebspflicht träte der Fall ein, dass gar kein dem Zweck des Spielerschutzes entsprechendes staatlich zugelassenes Glücksspiel angeboten würde. Dass es unionsrechtlich geboten wäre, die Beklagten, die zudem selbst Spielerschutzbestimmungen gerade nicht einhalten, ohne Konzession Glücksspiel betreiben zu lassen, ist nicht ersichtlich.

Im Übrigen würde selbst eine unzulässige Übergangsregelung nicht zu einer Liberalisierung des Glücksspielmarkts zwingen (vgl EuGH C-336/14, Ince, Rn 92 mwN).

3. Der Gerichtshof der Europäischen Union hat die Kriterien einer allfälligen Unionsrechtswidrigkeit des österreichischen Glücksspielrechts hinreichend festgelegt, woran sich die gefestigte Rechtsprechung des Senats orientiert (vgl nochmals die zu RIS-Justiz RS0129945 angeführten Entscheidungen, zB 4 Ob 30/17s mwN). Einer weiteren Befassung des Europäischen Gerichtshofs im Wege eines aus Anlass dieses Verfahrens einzuleitenden Vorabentscheidungsverfahrens bedarf es daher nicht.

Ein Antrag einer Partei auf Anrufung des Europäischen Gerichtshofs ist gesetzlich nicht vorgesehen (RIS-Justiz RS0058452), weshalb der entsprechende Antrag der Beklagten zurückzuweisen ist.

4. Auch die Ausführungen der Revision, die Beklagten hätten vertretbar von der Unionsrechtswidrigkeit der übertretenen Norm ausgehen können, wurden vom Senat in vergleichbaren Konstellationen wiederholt verworfen (vgl RIS-Justiz RS0077771 [T76, T92], insb nochmals 4 Ob 30/17s). Weder die Ausführungen im Rechtsmittel noch die darin angeführten Äußerungen im Schrifttum bieten
– zumal nach Klärung der Europarechts- und Verfassungskonformität des Glücksspielrechts – Anlass, von dieser ständigen Rechtsprechung abzugehen.

5. Insgesamt war der Revision im Umfang des bereits mit der Klage erhobenen, auf konzessions- bzw bewilligungslosen Glücksspielbetrieb gestützten Begehrens nicht Folge zu geben.

6. Die sich hierauf beziehende Veröffentlichung hat entgegen dem Antrag der Klägerin entsprechend der ständigen Rechtsprechung des Senats (vgl 4 Ob 153/16b. 4 Ob 164/12i ua) in Normallettern zu erfolgen; das Mehrbegehren war abzuweisen.

B. Zur „Modifikation“ des Klagebegehrens:

1. Ein auf Rechtsbruch gestützter Unterlassungsanspruch setzt auf Sachverhaltsebene den Verstoß gegen eine (bestimmte) generell-abstrakte Norm voraus. Er besteht daher nur dann zu Recht, wenn die Beklagten dadurch verbotswidrig (und damit unlauter iSd § 1 UWG) gehandelt haben, dass sie gegen eine der im Sachvorbringen genannten Verbotsnormen verstoßen haben (RIS-Justiz RS0129497). Der Sachvortrag der Klägerin 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; 4 Ob 162/16a; 4 Ob 170/16b).

2. Die Klägerin hat den Vorwurf des Rechtsbruchs in ihrer Klage ausschließlich auf den Umstand gestützt, dass die Beklagten 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 (Spielerschutz-)Bestimmungen der §§ 5, 12a, 25, 25a GSpG erst knapp elf Monate nach Erlassung der einstweiligen Verfügung im Schriftsatz vom 1. Juli 2015 erhoben, zumal sich die Ausführungen in der Klage zu §§ 5 und 12a GSpG ausschließlich auf die Unionsrechtskonformität bezogen, ohne dass daraus auch nur ansatzweise ein allfälliger lauterkeitsrechtlicher Unterlassungsanspruch abgeleitet wurde. Der Senat hat bei einem nahezu identischen Sachverhalt bereits ausgesprochen, dass durch die „Modifikation“ des Vorbringens der anspruchsbegründende Sachverhalt unter Anführung der übertretenen Normen und damit der Klagsgrund verändert wurde (4 Ob 162/16a). Nichts anderes gilt im vorliegenden Fall.

3. Unterlassungsansprüche nach dem UWG verjähren gemäß dessen § 20 sechs Monate, nachdem der Anspruchsberechtigte von der Gesetzesverletzung und von der Person des Verpflichteten erfahren hat; ohne Rücksicht darauf drei Jahre nach der Gesetzesverletzung.

Erfolgt daher – wie hier – eine Klageänderung mehr als sechs Monate, nachdem die Klägerin von einem Wettbewerbsverstoß erfahren hat, ist der durch die Klageerweiterung erstmals geltend gemachte, über das frühere Begehren hinausgehende Teil des Unterlassungsanspruchs bereits verjährt (vgl RIS-Justiz RS0104576).

4. Nach der Rechtsprechung hat derjenige, der die Verjährung einwendet, jene Tatsachen, die seine Einrede begründen, schlüssig zu behaupten (vgl RIS-Justiz RS0034326).

Die Beklagten brachten zu ihrem Verjährungseinwand vor, sie hätten nach Erlassung der einstweiligen Verfügung nicht mehr verbotswidrig gehandelt; dies wurde von der Klägerin nicht substanziiert bestritten. Es ist daher davon auszugehen, dass der Klägerin der anspruchsbegründende Sachverhalt mehr als sechs Monate vor der Klagsänderung bekannt war.

Der auf Verletzung von Spielerschutzvorschriften gestützte „modifizierte" Anspruch ist daher verjährt, was über Einwendung der Beklagten wahrzunehmen war.

5. Der Revision der Beklagten war in diesem Umfang Folge zu geben; die Entscheidungen der Vorinstanzen waren dahin abzuändern, dass dieser Teil des Unterlassungsbegehrens samt dem darauf bezogenen Veröffentlichungsbegehren abgewiesen wird.

C. Zu den Kosten:

Wegen der Abänderung in der Hauptsache waren auch die das Verfahren der Vorinstanzen betreffenden Kostenentscheidungen neu zu fassen (§ 50 Abs 1 ZPO).

1. Die Klägerin ist im ersten Verfahrensabschnitt bis zur Klagsänderung einschließlich des in diesen Abschnitt fallenden Provisorial-Rechtsmittelverfahrens mit ihrem Unterlassungsbegehren zur Gänze durchgedrungen; die Abweisung eines geringfügigen Teils des Veröffentlichungsbegehrens fällt nicht ins Gewicht. Die Klägerin hat daher gemäß § 43 Abs 2 erster Fall, § 54 Abs 1a ZPO alle in diesem Abschnitt angefallenen Kosten – darunter die Pauschalgebühr erster Instanz (6 Ob 2072/96s; Obermaier, Kostenhandbuch^2 Rz 153) – ersetzt zu erhalten.

2. Ab der Klagsänderung war davon auszugehen, dass die Klägerin zwei Rechtsbruchsachverhalte geltend machte, nämlich Konzessionswidrigkeit und Verletzung von Spielerschutzbestimmungen. Sie ist mit einem der beiden Begehren unterlegen, sodass von gleichteiligem Obsiegen und Unterliegen in diesem Verfahrensabschnitt auszugehen ist und die erstinstanzlichen Kosten gegeneinander aufzuheben waren (§ 43 Abs 1 erster Fall ZPO).

3. In den zweiten Verfahrensabschnitt mit gleichteiligem Obsiegen und Unterliegen fielen das Berufungsverfahren des ersten Rechtsgangs sowie Berufungs- und Revisionsverfahren im zweiten Rechtsgang.

Schon für die Berufung im ersten Rechtsgang hatten die Beklagten 1.196,80 EUR an Pauschalgebühren zu entrichten; diese fallen für jede Instanz nur einmal an (§ 3 Abs 4 GGG). Im Revisionsverfahren hatten die Beklagten 1.498,20 EUR an Pauschalgebühren zu entrichten. Sie haben nach §§ 50, 43 Abs 1 dritter Satz ZPO die Hälfte der von ihnen getragenen Pauschalgebühren (2.695 EUR : 2) ersetzt zu erhalten.

Im Übrigen waren auch die Kosten des Berufungsverfahrens des ersten Rechtsgangs sowie des Berufungs- und Revisionsverfahrens im zweiten Rechtsgang gegeneinander aufzuheben (§§ 50, 43 Abs 1 erster Fall ZPO).

Schlagworte

Glücksspielautomaten,1 Generalabonnement,6.1 gewerblicher Rechtsschutz

Textnummer

E119452

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2017:0040OB00095.17Z.0926.000

Im RIS seit

09.10.2017

Zuletzt aktualisiert am

17.04.2018

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

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at