

TE OGH 2017/11/21 4Ob185/17k

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 21.11.2017

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Vogel als Vorsitzenden und die Hofräte Dr. Jensik, Dr. Schwarzenbacher, Dr. Rassi und MMag. Matzka als weitere Richter in der Rechtssache der Klägerin A***** AG, ***** vertreten durch die Huber Swoboda Oswald Aixberger Rechtsanwälte GmbH in Wien, gegen die Beklagte Mag.a B***** W***** vertreten durch Dr. Patrick Ruth, Rechtsanwalt in Innsbruck, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Gesamtstreichwert 35.000 EUR), über die außerordentliche Revision der Beklagten gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 31. Juli 2017, GZ 4 R 29/17i-35, womit der Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landesgerichts Korneuburg als Handelsgericht vom 15. Dezember 2016, GZ 6 Cg 111/14z-30, teilweise Folge gegeben wurde, beschlossen und zu Recht erkannt:

Spruch

I. Der Antrag der Beklagten auf Unterbrechung des Verfahrens bis zur Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union über Vorabentscheidungsersuchen zu C-589/16, C-79/17 und C-3/17 wird abgewiesen.

II. Der Revision wird teilweise Folge gegeben.

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

„1. Die Beklagte ist 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 in der ***** Tankstelle, *****, solange sie oder der Dritte, dem sie die Durchführung in Form der Ausspielung ermöglicht, nicht über die dafür erforderliche Konzession oder behördliche Bewilligung verfügt.

2. Die Klägerin wird ermächtigt, die Punkte 1. und 2. dieses Urteils binnen sechs Monaten auf Kosten der Beklagten in einer Ausgabe des periodischen Druckwerkes 'Niederösterreichische Nachrichten (NÖN)', Lokalausgabe für ***** zu veröffentlichen, und zwar mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung in Normallettern, somit in gleich großer Schrift wie der Fließtext redaktioneller Artikel.

3. Hingegen werden das die Punkte 1. und 2. betreffende Veröffentlichungsmehrbegehren sowie das Klagebegehren, die Beklagte sei weiters 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 in der ***** Tankstelle, *****, 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, samt dem sich hierauf beziehenden Veröffentlichungsmehrbegehren abgewiesen.

4. Die Beklagte ist schuldig, der Klägerin die mit 10.298,60 EUR (darin 1.598,60 EUR USt und 707 EUR Barauslagen) bestimmten Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens und des Berufungsverfahrens im ersten Rechtsgang binnen 14 Tagen zu ersetzen.“

III. Die Klägerin ist schuldig, der Beklagten die mit 715,50 EUR an anteiligen Pauschalgebühren bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen; im Übrigen werden die Kosten des Berufungsverfahrens im zweiten Rechtsgang und des Revisionsverfahrens gegeneinander aufgehoben.

Text

Entscheidungsgründe:

Die Klägerin war Inhaberin der einzigen (ihr auf Basis des NÖ SpielautomatenG 2011 erteilten) Bewilligung für die Durchführung von Glücksspiel in Form der Ausspielung mittels Automaten in Niederösterreich. Sie betreibt derartige Automaten gewerbsmäßig unter anderem in *****. Mit Erkenntnis vom 11. 5. 2016 hob der VwGH den Bewilligungsbescheid auf, und das Amt der NÖ Landesregierung verpflichtete die Klägerin mit Bescheid vom 26. 9. 2016 dazu, die Ausspielung mit den bewilligten Automatensalons und Glücksspielautomaten nach der Aufhebung durch das Erkenntnis des VwGH ab dem 20. 5. 2016 für die Dauer von längstens 18 Monaten in Niederösterreich weiter zu betreiben. Die Beklagte verfügt für die von ihr in ***** betriebene Tankstelle weder über eine Konzession zum gewerbsmäßigen Betrieb von Glücksspielen nach dem GSpG noch über eine Bewilligung nach dem NÖ SpielautomatenG. In den Räumlichkeiten ihrer Tankstelle konnte am 10. 7. 2014 auf einem Automaten ein „Walzenspiel“ gespielt werden, bei dem das Ausspielergebnis (der Gewinn) von der Höhe des Einsatzes (von mindestens 0,50 EUR) abhängig und ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall bestimmt war. Veranstalterin dieses Glücksspiels war ein in der Slowakei ansässiges Unternehmen.

Die Klägerin begehrte zunächst, der 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 Beklagte über keine solche Bewilligung verfüge, betreibe sie in Verletzung von § 52 Abs 1 Z 1 GSpG iVm § 2 Abs 4 GSpG ein illegales Glücksspiel und verstöße dadurch gegen § 1 Abs 1 Z 1 UWG (Wettbewerbsvorsprung durch Rechtsbruch).

Nach Erlassung einer einstweiligen Verfügung am 31. 7. 2014 im Umfang des Unterlassungsbegehrens laut Klage „modifizierte“ die Klägerin ihr Unterlassungsbegehr im Hauptverfahren – im zweiten Rechtsgang – am 3. 2. 2016 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 Beklagte gegen die in § 12a Abs 3 GSpG iVm § 5 Abs 3 bis 6 GSpG normierten Bestimmungen des Spielerschutzes verstöße.

Sollte die Beklagte 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 Beklagte oder der Betreiber dabei die Bestimmungen über den Spielerschutz nach glücksspielrechtlichen Vorschriften nicht einhielten.

Die Beklagte wendete 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. Die Beklagte könne sich auf die Unionsrechtswidrigkeit des GSpG auch über den Einwand der verfassungsrechtlich unzulässigen Inländerdiskriminierung berufen. Sie habe 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 verneinten einen Verstoß gegen Unionsrecht und gaben dem gesamten Unterlassungsbegehr statt; das Berufungsgericht schränkte bloß die Veröffentlichungsermächtigung der Klägerin ein. Zum Verjährungseinwand der Beklagten führte das Berufungsgericht 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 Klagegrundänderung oder Geltendmachung eines gesonderten Anspruchs werten zu können. Die ordentliche Revision ließ das Berufungsgericht nicht zu.

In ihrer außerordentlichen Revision beantragt die Beklagte – neben der Unterbrechung des Verfahrens bis zur Entscheidung des EuGH über bereits anhängige Vorabentscheidungsersuchen von dritter Seite – die Abänderung im klageabweisenden 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.

Die Revision ist zulässig und teilweise berechtigt.

Die Beklagte hält daran fest, sie sei einerseits der vertretbaren Rechtsansicht gefolgt, dass das GSpG unionsrechtswidrig sei; andererseits sei die Klagsmodifikation nach § 20 UWG verjährt. Im Übrigen fehle der Klägerin die Aktivlegitimation.

Rechtliche Beurteilung

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 95/17z mwN). 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 der Revisionswerberin als Beleg für eine Unionsrechtswidrigkeit ins Treffen geführten Umstände nichts zu ändern, worauf schon zu 4 Ob 95/17z mwN umfassend hingewiesen wurde (vgl zuletzt auch 4 Ob 176/17m).

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). Eine weitere Klärung von hier relevanten Rechtsfragen durch das Ergebnis der im Spruch genannten Vorabentscheidungsersuchen des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich zu Rs C-589/16 und Rs C-79/17 sowie des F?városi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság zu Rs C-3/17 ist im Lichte der sich an der klaren EuGH-Rechtsprechung orientierenden Rechtsprechung des Senats nicht zu erwarten (vgl zuletzt ua 4 Ob 182/17v). Der Unterbrechungsantrag ist daher abzuweisen.

4. 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).

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

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 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 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 Beklagte 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 habe. Hingegen wurde der Vorwurf des unlauteren Rechtsbruchs durch Verstoß gegen die (Spielschutz-)Bestimmungen der §§ 5, 12a, 25, 25a GSpG erst rund anderthalb Jahre nach Erlassung der einstweiligen Verfügung im zweiten Rechtsgang des Hauptverfahrens mit Schriftsatz vom 3. 2. 2016 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 – worauf die Revisionswerberin hinweist – bei einem nahezu identischen Sachverhalt bereits ausgesprochen, dass durch die „Modifikation“ des Vorbringens der anspruchsgrundende 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 Beklagte brachte zu ihrem Verjährungseinwand vor, sie habe nach Erlassung der einstweiligen Verfügung nicht mehr verbotswidrig gehandelt; dies wurde von der Klägerin nicht substanziert bestritten. Es ist daher davon auszugehen, dass der Klägerin der anspruchsgrundende Sachverhalt mehr als sechs Monate vor der Klagsänderung bekannt war.

Der auf Verletzung von Spielschutzbüroschriften gestützte „modifizierte“ Anspruch ist daher verjährt, was über Einwendung der Beklagten wahrzunehmen ist.

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

C. Zu den Kosten:

Wegen der Abänderung in der Hauptsache sind 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 Unterlassungsbegehr zur Gänze durchgedrungen; die – durch das Berufungsgericht erfolgte – 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, Kostenhandbuch² Rz 153) sowie die Kosten des Rekurs- und Berufungsverfahrens im ersten Rechtsgang – ersetzt zu erhalten.

2. Ab der Klagsänderung vom 3. 2. 2016 ist davon auszugehen, dass die Klägerin zwei Rechtsbruchsachverhalte geltend machte, nämlich Konzessionswidrigkeit und Verletzung von Spielschutzbestimmungen. 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 sind (§ 43 Abs 1 erster Fall ZPO).

3. In den zweiten Verfahrensabschnitt mit gleichteiligem Obsiegen und Unterliegen fallen auch das Berufungsverfahren im zweiten Rechtsgang und das Revisionsverfahren. Der Beklagten ist nach §§ 50, 43 Abs 1 dritter Satz ZPO die Hälfte der von ihr im Revisionsverfahren getragenen Pauschalgebühr – für die Berufung im zweiten

Rechtsgang ist keine Pauschalgebühr angefallen (§ 3 Abs 4 GGG) – zu ersetzen.

Im Übrigen sind die Kosten des Berufungsverfahrens im zweiten Rechtsgang und des Revisionsverfahrens gegeneinander aufzuheben (§§ 50, 43 Abs 1 erster Fall ZPO).

Schlagworte

;Gewerblicher Rechtsschutz;

Textnummer

E120302

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2017:0040OB00185.17K.1121.000

Im RIS seit

11.01.2018

Zuletzt aktualisiert am

11.01.2018

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