

TE OGH 2018/3/22 40b229/17f

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 22.03.2018

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Vogel als Vorsitzenden und die Hofräte Dr. Schwarzenbacher, Hon.-Prof. Dr. Brenn und Dr. Rassi sowie die Hofrätin Mag. Wessely-Kristöfel 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. A***** KG, *****, und 2. T*****, beide vertreten durch Dr. Patrick Ruth, Rechtsanwalt in Innsbruck, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Gesamtstreitwert 35.000 EUR), über die außerordentliche Revision der beklagten Parteien gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 31. Juli 2017, GZ 4 R 100/17f-53, womit der Berufung der klagenden Partei gegen das Urteil des Landesgerichts Krems an der Donau vom 29. Mai 2017, GZ 6 Cg 17/14f-47, Folge gegeben wurde, nicht hingegen der Berufung der beklagten Parteien, beschlossen und zu Recht erkannt:

Spruch

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

II. Der Revision wird teilweise Folge gegeben.

Die angefochtene Entscheidung wird dahin abgeändert, dass – mit Ausnahme der Kostenentscheidung zu Punkt II. 5. – das Urteil des Erstgerichts wiederhergestellt wird.

Die beklagten Parteien sind schuldig, der klagenden Partei die mit 22.651,79 EUR (darin 3.395,98 EUR USt und 2.275,90 EUR Barauslagen) bestimmten Kosten des Verfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

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. 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 Automatenalons 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 Erstbeklagte, deren persönlich haftende Gesellschafterin die Zweitbeklagte ist, verfügt für das von ihr in ***** betriebene Café weder über eine Konzession zum gewerbsmäßigen Betrieb von Glücksspielen nach dem GSpG noch über eine Bewilligung nach dem NÖ SpielautomatenG.

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 11. 7. 2014 im Umfang des Unterlassungsbegehrens laut Klage „modifizierte“ die Klägerin ihr Unterlassungsbegehren im Hauptverfahren – im dritten Rechtsgang – am 8. 3. 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 Beklagten gegen die in § 12a Abs 3 GSpG iVm § 5 Abs 3 bis 6 GSpG normierten Bestimmungen des Spielerschutzes 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 Beklagte oder der Betreiber dabei die Bestimmungen über den Spielerschutz nach glücksspielrechtlichen Vorschriften nicht einhielten.

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. 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 Klageänderung; der davon umfasste Teil des Klagebegehrens sei nach § 20 UWG bereits verjährt.

Beide Vorinstanzen verneinten einen Verstoß gegen Unionsrecht.

Das Erstgericht gab dem Unterlassungsbegehren im Umfang des ursprünglichen Klagebegehrens statt und ermächtigte die Klägerin zur Urteilsveröffentlichung in Normallettern (Punkt II. 1. und 2. des Ersturteils). Den über Normalschrift hinausgehenden Antrag der Klägerin auf Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung wies das Erstgericht ebenso ab wie den „modifizierten“ Teil des Unterlassungsbegehrens (Punkt II. 3. und 4. des Ersturteils) und verpflichtete die beiden Beklagten zur ungeteilten Hand zum Ersatz der Verfahrenskosten an die Klägerin (Punkt II. 5. des Ersturteils), wobei es ab der „Modifikation“ von einem Obsiegen der Klägerin mit 7/8 ausging.

Das Berufungsgericht gab der gegen Punkt II. 1. und 2. und die Kostenentscheidung des Ersturteils gerichteten Berufung der Beklagten nicht Folge, änderte das angefochtene Urteil allerdings über Berufung der Klägerin gegen Punkt II. 4. des Ersturteils im Sinne einer gänzlichen Klagsstattgabe ab. Zum Verjährungseinwand der Beklagten führte das Berufungsgericht aus, dass schon den Ausführungen der Klägerin in den Schriftsätzen vom 30. 4. 2014 (eingelangt am 5. 5. 2014) und 8. 1. 2014 verjährungsunterbrechende Wirkung zukomme. Die ordentliche Revision ließ das Berufungsgericht nicht zu.

In ihrer außerordentlichen Revision beantragen die Beklagten – 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.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision ist zulässig und teilweise berechtigt.

Die Beklagten halten in ihrem Rechtsmittel daran fest, sie seien 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.

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 Sinne 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, Pflieger; C-347/09, Dickinger/Ömer; C-64/08, Engelmann; vgl die zu RIS-JustizRS0129945 angeführten Entscheidungen).

2. Daran vermögen die von den Revisionswerbern 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 185/17k).

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 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. Betreffend das vom F?városi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság zu Rs C-3/17 eingeleitete Verfahren ist der Unterbrechungsantrag infolge der am 28. 2. 2018 ergangenen Entscheidung des EuGH gegenstandslos geworden.

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 (Spielerschutz-)Bestimmungen der §§ 5, 12a, 25, 25a GSpG mehr als anderthalb Jahre nach Erlassung der einstweiligen Verfügung im dritten Rechtsgang des Hauptverfahrens mit Schriftsatz vom 8. 3. 2016 erhoben, zumal sich die Ausführungen im Schriftsatz vom 30. 4. 2014 (eingelangt am 5. 5. 2014) und 8. 1. 2015 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 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 vom Wettbewerbsverstoß der Beklagten 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 substantiiert bestritten. Es ist daher davon auszugehen, dass der Klägerin der anspruchsbegründende Sachverhalt mehr als sechs Monate vor der Klageänderung bekannt war.

Der auf Verletzung von Spielerschutzvorschriften 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; in Abänderung des Berufungsurteils ist das Ersturteil wiederherzustellen.

C. Zu den Kosten:

1. Die Beklagten haben bereits in der Berufung zutreffend bemängelt, dass das Erstgericht die Klageänderung nach § 56 Abs 2 JN mit 5.000 EUR bewertet und auf dieser Grundlage die Obsiegsquoten für den mit 8. 3. 2016 beginnenden zweiten Verfahrensabschnitt berechnet hat. Entgegen der Meinung des Erst- und des Berufungsgerichts unterließ die Klägerin eine Bewertung des „modifizierten“ Anspruchs iSd § 56 Abs 2 JN nicht. Vielmehr brachte sie durch konsequente Beibehaltung des ursprünglichen Streitwerts im Rubrum ihrer nach dem 8. 3. 2016 erstatteten Schriftsätze deutlich zum Ausdruck, dass sich dadurch, dass sie im Rahmen des geltend gemachten lauterkeitsrechtlichen Tatbestands Wettbewerbsvorsprung durch Rechtsbruch (illegales Glücksspiel) einen weiteren Normenverstoß ins Treffen führte, an der Bewertung des von Anfang an auf die Unterlassung von Ausspielungen gerichteten Begehrens mit gesamt 34.900 EUR nichts ändern sollte. Die Klägerin erhob hier nicht zwei unterschiedliche Unterlassungsbegehren, sondern stützte den bereits in der Klage geltend gemachten Unterlassungsanspruch im Nachhinein neben Konzessionswidrigkeit zusätzlich auf einen weiteren Rechtsbruchsachverhalt (Verletzung von Spieler-schutzbestimmungen). In dieser Konstellation gelangt § 56 Abs 2 JN nicht zur Anwendung.

2. Die Klägerin ist im ersten Verfahrensabschnitt bis zur Klageänderung 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, Kostenhandbuch² Rz 153) sowie die Kosten des Rekurs-, Berufungs- und Revisionsverfahrens im ersten und im zweiten Rechtsgang – ersetzt zu erhalten.

3. Ab der Klageänderung vom 8. 3. 2016 ist davon auszugehen, dass die Klägerin zwei Rechtsbruchsachverhalte geltend machte, nämlich Konzessionswidrigkeit und Verletzung von Spielerschutzbestimmungen. Mit dem über das ursprüngliche Begehren hinausgehenden Teil des Unterlassungsanspruchs ist die Klägerin unterlegen, sodass von gleichzeitigem Obsiegen und Unterliegen in diesem Verfahrensabschnitt auszugehen ist und die erstinstanzlichen Kosten gegeneinander aufzuheben sind (§ 43 Abs 1 erster Fall ZPO).

4. Beide Berufungen im dritten Rechtsgang blieben im Ergebnis erfolglos. Die Parteien haben sich wechselseitig die Kosten für ihre jeweils auf einer Bemessungsgrundlage von 17.500 EUR zu honorierenden Berufungsbeantwortungen zu ersetzen. Der sich aus dem ersten Verfahrensabschnitt zugunsten der Klägerin ergebende Saldo ändert sich dadurch nicht.

5. Die Kosten des Revisionsverfahrens im dritten Rechtsgang sind wiederum gegeneinander aufzuheben (§§ 50, 43 Abs 1 erster Fall ZPO). Pauschalgebühr fiel keine an (§ 3 Abs 4 GGG).

6. Mangels Solidarhaftung in der Hauptsache haften die Beklagten nach Kopfteilen für die Verfahrenskosten der Klägerin (§ 46 Abs 1 ZPO).

Textnummer

E121439

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2018:00400B00229.17F.0322.000

Im RIS seit

23.05.2018

Zuletzt aktualisiert am

28.05.2018

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

© 2024 JUSLINE

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

www.jusline.at