



IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesgericht Steyr erkennt durch den Richter Mag. Michael Lichtenegger LL.B. Als Einzelrichter in der Rechtssache der klagenden Partei **Admiral Casinos & Entertainment AG**, FN 362852g, Wiener Straße 158, 2352 Gumpoldskirchen, vertreten durch Ebert Huber Swoboda Oswald & Partner Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, gegen die beklagten Parteien **1. Törek Betriebs GmbH**, Freistädterstraße 300, 4040 Linz, und **2. Josef Törek**, geb. 29.6.1968, Unternehmer, Billrothstraße 39/3, 4600 Wels, beide vertreten durch Dr. Patrick Ruth, Rechtsanwalt in 6020 Innsbruck, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert EUR 35.000,00) zu Recht:

1. Die Beklagten sind bei sonstiger Exekution schuldig, im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen, Geräte für die Durchführung von Glücksspielen in Form der Auspielung zu betreiben oder einem Dritten den Betrieb von Geräten für die Durchführung von Glücksspielen in Form der Auspielung zu ermöglichen, insbesondere durch Aufstellung und/oder Zugänglichmachung solcher Geräte, insbesondere im Lokal in der Shell-Tankstelle, Forstbergerstraße 18a, 4470 Enns, solange sie oder der Dritte, dem sie die Durchführung von Glücksspielen in Form der Auspielung ermöglicht, nicht über die dafür erforderliche Konzession oder behördliche Bewilligung verfügt und/oder nicht die Bestimmungen über den Spielerschutz nach den glücksspielrechtlichen Vorschriften einhält, insbesondere kein Identifikationssystem/ Zutrittssystem besteht..

2. Der Klägerin wird die Ermächtigung erteilt, den in Punkt 1. und 2. ergehenden Teil des Urteils binnen 6 Monaten auf Kosten der Beklagten in einer Ausgabe des periodischen Druckwerkes „Oberösterreichischen Nachrichten“, Lokalausgabe für Enns zu veröffentlichen, und zwar in einem fett linierten Rahmen, mit fett geschriebener und mindestens 20 Punkt großer Überschrift „Urteilsveröffentlichung“ und mit mindestens 16 Punkt großer Schrift des Fließtextes der Urteilsveröffentlichung, unter Nennung des Gerichtes, des entscheidenden Richters, der fett geschriebenen Parteien und Vertreter, des Aktenzeichens und des Entscheidungsdatums zu veröffentlichen.

3. Die beklagten Parteien sind schuldig, binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution der Klägerin

die Kosten dieses Rechtsstreites in Höhe von EUR 23.364,98 (darin enthalten EUR 1.196,80 Barauslagen und EUR 3.694,70 USt.) gemäß § 19a RAO zu Handen der Klagevertreterin zu bezahlen.

und fasst folgenden

BESCHLUSS:

Die Klagsänderung wird zugelassen.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

Die klagende Partei beehrte wie im Spruch ersichtlich nach Modifikation im Wesentlichen mit der Begründung, eine Ausspielung mit Glücksspielautomaten dürfe nur mit behördlicher Bewilligung erfolgen. Über eine solche verfüge die Beklagte nicht. Dieser Rechtsbruch sei geeignet, den Wettbewerb zum Nachteil der klagenden Partei nicht nur unerheblich zu beeinflussen, wodurch die Beklagte den Tatbestand des § 1 Abs 1 UWG verwirkliche. Es liege ein reiner Inlandssachverhalt vor, da es sich bei der von der Beklagten behaupteten Veranstalterin PlayForMe GmbH um eine österreichische Gesellschaft handle. Bestritten werde zudem, dass die Glücksspielautomaten, auf denen gespielt werde, in Prag, Tschechien, aufgestellt seien und, dass diese legal betrieben würden.

Die Beklagten traten der Klage mit den zusammengefassten Argumenten entgegen, die Regelungen des österreichischen Glücksspielmonopols stellten einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit dar. Die gesetzlichen Bestimmungen seien unionsrechtswidrig und daher unanwendbar. Darauf könne sich die Beklagte aufgrund des im Art 7 B-VG normierten Grundsatzes der Inländergleichbehandlung berufen. Diese Rechtsansicht sei auch vertretbar. Zudem verhalte sich die klagende Partei selbst nicht rechtskonform, da die von ihr betriebenen Geräte gesetzwidrig mit einer sogenannten Automatik-Starttaste ausgestattet seien. Eine tatsächliche Auswirkung auf den Markt sei – wenn überhaupt vorhanden – zu vernachlässigen. Die gegenständlichen Eingabeterminals seien weder Glücksspielautomaten noch elektronische Lotterien. Diese würden lediglich dazu dienen, Aufträge verschiedenster Art an die Firma PlayForMe GmbH weiterzugeben. Die Glücksspielautomaten seien in Prag, Tschechien, stationiert und behördlich genehmigt. Ein Verstoß gegen UWG liege demnach nicht vor, wodurch auch ein lauterkeitsrechtlicher Unterlassungsanspruch ausscheide. Gegen die Zulassung der Klagsänderung hat sich der Beklagte ausgesprochen.

Aufgrund des durchgeführten Beweisverfahrens wird folgender Sachverhalt festgestellt:

Die Klägerin ist eine zu FN 362852g beim Landesgericht Wiener Neustadt protokollierte, hundertprozentige Tochtergesellschaft der Novomatic AG (Beilage ./A). Sie ist Inhaberin einer Bewilligung für die Durchführung von Glücksspielen in Form der Landesausspielung mit Glücksspielautomaten in Automatensalons in Oberösterreich auf Basis des OÖ GlücksspielautomatenG, welche ihr von der OÖ Landesregierung am 28.03.2012 erteilt wurde (Beilagen ./B1 und ./D); diese Bewilligung wurde vom UVS OÖ am 13.08.2013 bestätigt (Beilage ./B2). Diese Automaten werden von der Klägerin unter anderem an den Standorten Asten, Enns, Traun, Steyr und Wels betrieben (Beilage ./C).

Für das Bundesland Oberösterreich wurden insgesamt 3 Bewilligungen gemäß § 3 Abs 1 OÖ GlücksspielautomatenG zum Aufstellen und zum Betrieb von Glücksspielautomaten erteilt: Nur der Klägerin und der PA Entertainment & Automaten AG wurden jeweils landesrechtliche Bewilligungen für den Betrieb von 363 Glücksspielautomaten in Automatensalons erteilt; die einzige landesrechtliche Bewilligung für den Betrieb von Glücksspielautomaten als Einzelaufstellung wurde der Excellent Entertainment AG erteilt (Beilagen ./B1, ./B2 und ./D).

Die Erst-Beklagte Törek Betriebs GmbH ist zu FN 379212s beim LG Linz protokolliert (Beilage ./F). Sie betreibt das Lokal in der Shell-Tankstelle am Standort Forstbergerstraße 18, 4470 Enns. Für den Betrieb an diesem Standort verfügt sie gemäß GZ 29519 der BH Linz-Land über eine Gewerbeberechtigung für Tankstelle und gemäß GZ 29517 der BH Linz-Land über eine Gewerbeberechtigung für Gastgewerbe gemäß § 111 Abs 2 Z 3 GewO 1994 – Verabreichung von Speisen in einfacher Art und Ausschank von nichtalkoholischen Getränken und von Bier in handelsüblichen verschlossenen 3 Gefäßen, wenn hiebei nicht mehr als acht Verabreichungsplätze bereitgestellt werden (Beilage ./G).

Der Zweit-Beklagte Josef Törek, geb. 29.6.1968, ist Geschäftsführer der Erst-Beklagten.

Auf Grund einer Stichprobe von Franziska Köppe wurde am 3.6.2014 um 14:00 Uhr bei einer Kontrolle im Lokal in der Shell-Tankstelle, Forstbergerstraße 18, 4470 Enns, das von der Beklagten betrieben wird, folgendes festgestellt (Beilage ./E):

In diesem Lokal gab es insgesamt einen Automaten (Apollo), auf dem gespielt werden konnte. Der Automat befanden sich im Raucherraum, der sich gegenüber den WC-Anlagen befindet. Der Kontrollor hat auf einem dieser Automaten, nämlich einem Gerät der Marke Apollo gespielt. Auf diesem Gerät gab es mindestens 13 Spiele. Er hat das Spiel „Scatter Fruits“ gespielt (Walzenspiel). Er hat festgestellt, dass es sich bei diesem Spiel um ein Glücksspiel handelte, bei dem die Entscheidung über das Spielergebnis (Gewinn oder Verlust) ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhing. Er hatte bei diesem Spiel keine Möglichkeit, durch Geschicklichkeit in das Spiel einzugreifen und die Entscheidung über Gewinn und Verlust zu beeinflussen. Weiters hat er festgestellt, dass vorgenanntes Glücksspiel als Ausspielung durchgeführt wurde, und zwar aus folgenden Gründen:

- Das Glücksspiel wurde in diesem Lokal veranstaltet, organisiert, angeboten oder zugänglich gemacht, da das Gerät betriebsbereit im Lokal stand und zugänglich war.
- In das bespielte Gerät konnten Geldscheine und Münzen eingegeben werden und wurde der eingeworfene Betrag als Guthaben ausgewiesen. Der Kontrollor hat EUR 20,00 eingeworfen, die als Guthaben ausgewiesen wurden.
- Er konnte den Einsatz pro Spiel festlegen, wobei der Mindesteinsatz EUR 0,50 und der Höchsteinsatz EUR 12,00 betrug. Er hat jeweils pro Spiel EUR 0,50 eingesetzt.
- Dem Kontrollor wurde gemäß dem dargestellten Gewinnplan abhängig von seinem Einsatz ein Gewinn in Aussicht gestellt.
- Mit Betätigen der Start-Taste wurde das Spiel begonnen und sein Einsatz von seinem Guthaben abgebucht.
- Die Entscheidung über das Spielergebnis (Gewinn oder Verlust) erfolgte ausschließlich oder vorwiegend durch Zufall. Er hatte keine Möglichkeit durch Geschicklichkeit in das Spiel einzugreifen und die Entscheidung über Gewinn und Verlust zu beeinflussen.
- Im Falle eines Gewinnes wurde der Gewinn auf sein Guthaben wieder gutgebucht, sodass sich sein Guthaben erhöhte.
- Insgesamt hat der Kontrollor bei sämtlichen von ihm durchgeführten Spielen EUR 20,00 verloren.

Die Beklagten verfügen über keine Bewilligung für die Durchführung von Glücksspielen in Form der Ausspielung und kann keine Rechte von einer erteilten Bewilligung oder Konzession ableiten.

Es kann nicht festgestellt werden, dass die Geräte mit Glücksspielautomaten in Tschechien verbunden sind und es sich bei diesen Geräten lediglich um Eingabeterminals handelt.

Ebensowenig kann festgestellt werden, dass das Glücksspielgesetz bzw. das OÖ Glücksspielautomatengesetz nicht oder nur vordergründig dem Spielerschutz, Jugendschutz oder der Kriminalitätsbekämpfung dient sowie, dass die Spielsucht und eine mit dem Glücksspiel zusammenhängende Kriminalität in Österreich kein Problem darstellt.

Die Streitteile stehen zu einander in einem Wettbewerbsverhältnis.

Zur Beweiswürdigung:

Die getroffenen Feststellungen sind weitgehend unstrittig und ergeben sich aus den vorgelegten unbedenklichen Urkunden. Eine inländische oder ausländische Bewilligung oder Konzession konnte die beklagte Partei nicht vorlegen. Auch das Vorbringen, wonach die Geräte mit Glücksspielautomaten in Tschechien verbunden und lediglich Eingabeterminals seien, konnte nicht unter Beweis gestellt werden. Das Wettbewerbsverhältnis ergibt sich aus der örtlichen Nähe im Umkreis von rund 30 Kilometern zwischen dem Lokal des Beklagten

und den Lokalen der Klägerin.

Nicht festgestellt werden konnte ferner, dass das Glücksspielgesetz bzw. das OÖ Glücksspielautomatengesetz nicht oder nur vordergründig das Ziel des Spieler- und Jugendschutzes oder der Kriminalitätsbekämpfung verfolgt. Zumindest enthält § 5 GSpG in Abs 2 und 7 ordnungspolitische Anforderungen für Bewilligungswerber bzw. -inhaber, in Abs 3 bis 5 Spielerschutzbestimmungen (Zugangskontrolle, Identifikationssysteme, Mindestdauer von Spielen, Tageshöchstspieldauer) und in Abs 6 Maßnahmen zur Geldwäschevorbeugung. Wie sich aus dem Glücksspielbericht 2010 – 2013 des Bundesministeriums für Finanzen (Beilage .H) ergibt, wurde entsprechend § 1 Abs 4 GSpG mit 1. Dezember 2012 die Stabsstelle für Spielerschutz eingerichtet. Ihre Tätigkeiten im Zeitraum 2010 bis 2013 sind in dieser Urkunde näher beschrieben. Der Inhalt dieser Urkunde sowie jener der Urkunden Beilagen .I und .K - .L stehen einer Feststellung, dass das Glücksspielgesetz nicht oder nur vordergründig das Ziel des Spieler- und Jugendschutzes oder der Kriminalitätsbekämpfung verfolgt entgegen. Ebenso wenig konnte festgestellt werden, dass in Österreich die Spielsucht und eine mit dem Glücksspiel zusammenhängende Kriminalität kein Problem darstellt. Aus dem Glücksspielbericht 2010 – 2013 geht etwa hervor, dass einer 2011 veröffentlichten, ersten österreichweiten Glücksspielstudie zufolge rund 64.000 Personen in der Altersgruppe zwischen dem 14. und dem 65. Lebensjahr von der Glücksspielsucht betroffen seien. Demgegenüber hat die Beklagte dazu kein stichhältiges Vorbringen erstattet. Die Beklagte hat auch kein konkretes Vorbringen erstattet, aufgrund welcher tatsächlichen Umstände sie eine Unionswidrigkeit des Glücksspielmonopols und damit eine letztlich vom VfGH wahrzunehmende Inländerdiskriminierung annimmt. Bloß rechtliche Ausführungen des Beklagten genügen nicht, vielmehr hätte es diesbezüglich ein konkretes Tatsachenvorbringen und geeigneter Beweisanbote bedurft (vgl 4 Ob 145/14y).

Mit der Neuordnung des GSpG im Jahre 2010 wurde folgende neuen Maßnahmen zum Spielerschutz gesetzt, deren Umsetzung und Wirksamkeit jedoch von der Marktdurchdringung mit Geräten nach neuer Rechtslage abhängt:

- Restriktiver Rahmen und beschränkte Anzahl an Bewilligungsinhabern
- Beschränkte Anzahl von Glücksspielautomaten (in Relation zur Bevölkerung eines Bundeslandes) sowie Mindestabstände
- Lückenlose Alterskontrolle in Automatensalons und VLT-Outlets durch Vorlagepflicht von amtlichen Lichtbildausweisen bei jedem Besuch
- Betreiberseitige Spielerkarte bei Einzelaufstellungen zur Alterskontrolle und Spielbegrenzung
- Mindestalter 18 Jahre für Zutritt bzw Spielteilnahme
- Anzeige der Gewinnausschüttungsquote am Glücksspielgerät

Echte Einsatz- und Spielbegrenzungen ohne Umgehungsmöglichkeiten: Automatensalons: Einsatz maximal 10 Euro pro Spiel, 1 Sekunde Mindestspieldauer, Abkühlphase nach 2 Stunden zur Unterbrechung von Dauerspielverhalten auf einem Glücksspielautomaten und zur Bewusstseinsbildung für die bisherige Spieldauer

Einzelaufstellungen: Einsatz maximal 1 Euro pro Spiel, 2 Sekunden Mindestspieldauer, maximale Spielzeit von 3 Std. innerhalb von 24 Std.

Verbot von Umgehungsmöglichkeiten wie der „Automatikstarttaste“ oder von Begleitspielen (Mehrfach-/Parallelspele)

Warnsystem durch Betreiber mit abgestuften Spielerschutzmaßnahmen vom Beratungsgespräch bis zur Spielersperre

Unmittelbare Schadenersatzpflicht von Betreibern von Automatensalons und VLT-Outlets bei Nichteinhaltung der Warn- und Sperrpflicht

Verpflichtende Mitarbeiterschulungen durch Betreiber bezüglich Spielerschutzes

Verpflichtende Zusammenarbeit mit Spielerschutzeinrichtungen

Grundsätzliche Austauschverpflichtung von Daten und Besuchs- bzw. Spielsperren oder –begrenzungen zwischen Glücksspielanbietern

Beschränkung von Werbung: Verpflichtung zur Einhaltung eines verantwortungsvollen Maßstabs

Einrichtung einer Stelle für Spielerschutz im BMF (Evaluierungsbericht BMF – Auswirkungen auf das Glücksspielgesetz 2010 – 2014, Beilage ./K).

Konzessionäre sind zu laufenden Berichten sowie zu einem ausführlichen Jahresbericht an die BMF-Fachabteilung verpflichtet. Letzterer hat Ausführungen zu enthalten ua über:

Maßnahmen zur Spielsuchtvorbeugung und zum Spielerschutz sowie deren Ausrichtung an jeweils aktuellen internationalen Standards unter Anschluss von statistischen Daten über Sperren, Selbstsperren und Spielbeschränkungen

die Überwachung von Altersgrenzen für die Spielteilnahme sowie allfällige diesbezüglich gesetzte Maßnahmen

die geltenden Responsible Marketing-Standards des Konzessionärs zur Einhaltung eines verantwortungsvollen Maßstabes im Sinne des § 56 Abs 1 GSpG, die Werbeauftritte der letzten zwölf Monate sowie die Werbestrategie für die nächsten zwölf Monate

Maßnahmen zur Geldwäsche- und Kriminalitätsvorbeugung sowie deren Ausrichtung an jeweils aktuellen internationalen Standards unter Anschluss von Angaben über Beträge bzw Schadenshöhen bei Verdachtsfällen von Geldwäsche sowie Malversationen durch Spielteilnehmer oder Innentäter

erreichte, aufrechterhaltene und angestrebte konzessionsrelevante Zertifizierungen

- Änderungen und Erweiterungen des Spielangebots oder der Spielregeln
- Werbekonzepte (Evaluierungsbericht BMF – Auswirkungen auf das Glücksspielgesetz 2010 – 2014, Beilage ./K).

Die Stabsstelle für Spielerschutz (vormals bezeichnet als Stabsstelle für Suchtprävention und Suchtberatung) wurde mit 01.12.2010 per Gesetz verpflichtend seit 01.01.2011) eingerichtet. Die Aufgaben der Stabsstelle richten sich nach dem gesetzlich festgelegten Auftrag gemäß § 1 Abs. 4 GSpG, wonach diese für die inhaltliche, wissenschaftliche und finanzielle Unterstützung des Spielerschutzes Rechnung zu tragen hat. Die Aufgaben der BMF-Stabsstelle für Spielerschutz sind insbesondere:

- Fachliche Beurteilung von Spielerschutzkonzepten der Bundeskonzessionäre
- Aufklärungs- und Informationsarbeit über die Risiken des Glücksspiels
- Schaffung einer besseren Datenlage über die Behandlung und Beratung von Patientinnen durch Spielsuchteinrichtungen in Österreich
- Evaluierung der GSpG-Novelle 2010 bis zum Jahr 2014 für den Bereich des Spielerschutzes
- Unterstützung der Suchtforschung im Bereich des Glücksspiels
- Erarbeitung von Qualitätsstandards hinsichtlich Spielerschutzeinrichtungen im Sinne des Glücksspielgesetzes und Erarbeitung eines Anerkennungsverfahrens für diese
- Bessere Koordinierung der Arbeit der Spielerschutzeinrichtungen und Erarbeitung/Vorstellung von Best-Practice-Modellen einer Zusammenarbeit zwischen Konzessionären und Bewilligungsinhabern sowie unabhängigen Spielerschutzeinrichtungen
- Regelmäßiger Erfahrungsaustausch und Dialog zwischen Suchtberatung und Glücksspielaufsicht (Evaluierungsbericht BMF – Auswirkungen auf das Glücksspielgesetz 2010 – 2014, Beilage ./K).

MMag. Malgorzata Zanki, Klinische und Gesundheitspsychologin, beschäftigt sich in einem Bericht vom 12.1.2015 sowie einem Nachtrag zu diesem Bericht vom 26.3.2015 mit der Suchtprävention in Österreich vier Jahre nach dem Inkrafttreten des GspG 2010. Einerseits wird die Umsetzung der Spielschutzbestimmungen in der Praxis kritisiert, andererseits wird in einem Nachtrag von einer zum Teil erfolgten erfolgreichen Umsetzung der Spielschutzbestimmungen gesprochen (Beilagen ./14 in 2 Cg 46/14d und ./L8), sodass auf Basis dieser Aussagen keine gesicherten Feststellungen getroffen werden können.

Überdies sind Zeugen nur zu wahrgenommenen Tatsachen und Zuständen befragen, sie haben aber keine persönlichen Meinungen, Wertungen oder Schlussfolgerungen abzugeben. Insofern sind die Angaben der vernommenen Zeugen auch auf das Tatsachensubstrat zu reduzieren.

Die Zeugin Isolde Wabitsch-Peraus, Leiterin der Abteilungsgruppe Verwaltungspolizei in der Direktion Inneres und Komunales des Amtes der OÖ Landesregierung, bestätigt die Durchführung von Kontrollen der Bewilligungsinhaber. Bei Kontrollen werden insbesondere der Registrierungsprozess (Zugangskontrolle mit Spielerkarte) sowie die Automaten auf eine Bewilligungskonformität wie Anzeige der Gewinnausschüttungsquote, Gesamtspieldauer und Tageshöchstspieldauer sowie Anbindung an das Bundesrechenzentrum überprüft. Unregelmäßigkeiten werden bei der Finanzpolizei zur Anzeige gebracht.

Der Zeuge Wilfried Lehner, Leiter der Finanzpolizei Österreich, spricht von der Aufgabe, illegale Glücksspiel, welches weder auf einer Konzession noch einer landesgesetzlichen Bewilligung beruht, aus dem Verkehr zu ziehen. Die Finanzpolizei verfügt über 450 Mitarbeiter und führt jährlich zwischen 500 und 700 Glücksspielkontrollen an jeweiligen Standorten durch. Beschlagnahmt werden zwischen 500 und 2.500 Eingriffsgegenstände. Es werden auch Betriebsschließungen durchgeführt.

Der Zeuge Roman Nesshold, Geschäftsführer des Institutes für Glücksspiel und Abhängigkeit, berichtet von einem durchgeführten Lottotest in Österreich, dass in 36 % der Fälle Lotterierprodukte an Minderjährige verkauft wurden. In Deutschland lag das Ergebnis bei einem vergleichbaren Test bei 6 % - 8 %. Ein guter Spielerschutz würde nur dann bestehen, wenn eine Verlustobergrenze eingeführt werden würde. Die staatliche Finanzierung von Spielerschutzeinrichtungen ist bescheiden.

Der Zeuge Roland Rameseder, ein beauftragter Detektiv, berichtet von selbst durchgeführten Testungen in Lokaliätäten der Klägerin, wo auch Minderjährige mit weitergegeben Karten spielen konnten.

Der Zeuge Dr. Alexander Legat, Prokurist der Klägerin und Leiter der Rechtsabteilung der Novomatik AG, berichtet vom notwendigen Reistrierungsprozess und dem Erfordernis der Identifikation des Spielers, dem Passieren eines Drehkreuzes, der Durchführung eines Bonitätschecks, der Möglichkeit der Vornahme von Sperren des Bewilligungsinhabers und Selbstsperren der Spieler, der Vornahme von UWG-Klagen gegen illegale Spieleveranstalter, von laufenden Mitarbeiterschulungen und Dienstanweisungen an Mitarbeiter, sowie von laufenden behördlichen Kontrollen.

Der Zeuge Helmut Kafka, Präsident des Automatenverbandes, hält den Spielerschutz in Österreich für miserabel und verweist diesbezüglich insbesondere auf das online-Glücksspiel, räumt aber ein, dass der Spielerschutz beim Automatenspiel vordergründig sehr gut sei, das Problem aber im illegalen Automatenglücksspiel liege, wo sich Spieler und Betreiber den bestehenden Regeln nicht unterwerfen.

Die Zeugin Dr. Eleonore Wolf, Leiterin der Abteilung Polizei- und Veranstaltungsangelegenheiten des Amtes der NÖ Landesregierung, beschreibt das

Auswahlverfahren, den Anschluss der Automaten an das Bundesrechenzentrum, Anzeigen an die Bezirksverwaltungsbehörden und die Finanzpolizei, sowie Vornahme von Kontrollen.

Aus all diesen Angaben der einvernommen Zeugen sowie der vorliegenden Urkunden lassen sich – soweit ein Tatsachensubstrat objektivierbar ist – nur Einzelfälle bzw. einzelne Ausschnitte aufzeigen, von denen allein jedoch noch nicht der Schluss sowohl in die eine als auch in die andere Richtung gezogen werden kann, nämlich dass das Glücksspielgesetz bzw. das OÖ Glücksspielautomatengesetz nicht oder nur vordergründig dem Spielerschutz, Jugendschutz oder der Kriminalitätsbekämpfung dient sowie, dass die Spielsucht und eine mit dem Glücksspiel zusammenhängende Kriminalität in Österreich kein Problem darstellt. Daraus kann weder auf die Ineffektivität, auf die generelle Unwirksamkeit eines vorgesehenen Spielerschutzes oder auf das Fehlen eines solchen geschlossen werden. Ebenso wenig können daraus eindeutige Rückschlüsse auf die behauptete tatsächliche Zielsetzung, nämlich Maximierung der Staatseinnahmen, gezogen werden. Verlässliche Studien zu diesem Thema liegen nicht vor. Dass im Email von Dr. Izabela Horodecki vom 24.3.2015 (Beilage .19 in 2 Cg 46/14d) auf eine Studie Kalke 2011 Bezug genommen wird, kann insofern nicht verifiziert werden, weil die Studie nicht vorliegt und daher zur Verlässlichkeit dieser Studie keine Aussagen getätigt werden können. Verlässliche Studien können auch nicht durch vorgelegte Pressemeldungen ersetzt werden. Auch Werbemaßnahmen lassen nicht den zwingenden Schluss zu, dass der Spielerschutz damit in der Praxis unterwandert wird. Auch eine Entscheidung des Landesgerichtes Linz zu 1 Cg 190/11y, wobei in diesem Verfahren ausschließlich verfahrensfremde Parteien beteiligt waren, kann den Spielerschutz und die Kriminalitätsbekämpfung in der Praxis nicht rückhaltlos aufklären, sodass mit der für einen Zivilprozess erforderlichen hohen Wahrscheinlichkeit für eine Positivfeststellung nicht vorzugehen war. Es konnte daher zu diesem Themenkomplex daher nur eine Negativfeststellung getroffen werden.

Dass am 16. Juni 2013 bei durchgeführten Überprüfungen in zwei Filialen der Admiral Sportwetten GmbH Spielerschutzmechanismen gefehlt haben bzw. umgangen werden konnten, ist ebenfalls nicht entscheidend. Aus Einzelfällen kann nicht die generelle Unwirksamkeit eines Spielerschutzes oder auf das Fehlen eines solchen abgeleitet werden. Somit konnte das Vorliegen der Voraussetzungen für die von der Beklagten behaupteten Unionswidrigkeit nicht festgestellt werden.

Zur rechtlichen Beurteilung:

In rechtlicher Hinsicht ist zunächst auszuführen, dass gemäß § 1 Abs 1 Z 1 UWG auf Unterlassung in Anspruch genommen werden kann, wer im geschäftlichen Verkehr eine unlautere Geschäftspraktik oder eine sonstige unlautere Handlung anwendet, die geeignet ist, den Wettbewerb zum Nachteil von Unternehmen nicht nur unerheblich zu beeinflussen. Die Rechtsprechung subsumiert darunter auch Fälle des „Wettbewerbsvorsprungs durch

Rechtsbruch“ . Danach ist ein Verstoß gegen eine nicht dem Lauterkeitsrecht im engeren Sinn zuzuordnende generelle Norm als unlautere Geschäftspraktik oder als sonstige unlautere Handlung im Sinne des § 1 Abs 1 Z 1 UWG zu werten, wenn die Norm nicht auch mit guten Gründen in einer Weise ausgelegt werden kann, dass sie dem beanstandeten Verhalten nicht entgegensteht (vgl. 4 Ob 225/07b).

Das Spiel, das den Feststellungen zufolge im Lokal der Beklagten gespielt werden konnte, stellt ein Glücksspiel im Sinne des § 1 Abs 1 GSpG und eine Ausspielung gemäß § 2 Abs 1 GSpG dar. Konkret ermöglicht das im Lokal der Beklagten aufgestellte Glücksspielgerät Einsätze bis EUR 10,50, sodass dieses gemäß § 4 Abs 2 iVm § 5 Abs 1, 3 und 5 GSpG dem Glücksspielmonopol des Bundes nach § 3 GSpG unterliegt. Unstrittigerweise verfügt die Beklagte weder über eine Konzession nach § 14 GSpG noch über eine Bewilligung nach § 2 Abs 4 iVm § 52 Abs 1 GSpG, wodurch ihr ein Rechtsbruch wegen Verstoßes gegen die zitierten Normen des Glücksspielgesetzes anzulasten ist. Dem Einwand der Beklagten, sie haben in vertretbarer Weise annehmen dürfen, das österreichische Gesetz sei wegen Inländerdiskriminierung und Unionsrechtswidrigkeit nicht anwendbar, sind nachfolgende Erwägungen entgegenzuhalten:

Vorauszuschicken ist, dass eine unmittelbare Berufung auf die Dienstleistungsfreiheit durch die Beklagte fallkonkret ausscheidet. Gemäß Art 56 AEUV kommt die Dienstleistungsfreiheit Angehörigen der Mitgliedstaaten zu, die in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind. Nach ständiger Rechtsprechung erfassen die im Unionsrecht garantierten Grundfreiheiten nur Sachverhalte mit einem transnationalen Element und finden keine Anwendung auf reine Binnensachverhalte (RIS-Justiz RS0129268; 4 Ob 43/14y; 4 Ob 86/14x mwN). Gerade letzteres ist jedoch der Fall. Dass das Gerät mit Glücksspielautomaten in Tschechien verbunden ist, konnte die Beklagte nicht unter Beweis stellen. Vielmehr gesteht diese in ihrem Vorbringen selbst einen Inlandsachverhalt zu, indem sie sich auf die Inländerdiskriminierung stützt.

Zur eingewandten Inländerdiskriminierung ist anzumerken, dass es nach österreichischem Recht im Regelfall dem Gleichheitsgrundsatz widerspricht, österreichische Staatsbürger gegenüber Ausländern ohne sachliche Rechtfertigung zu benachteiligen. Diesen Gedanken hat der Verfassungsgerichtshof auch auf die „Inländerdiskriminierung“ im Zusammenhang mit Normen des Gemeinschaftsrechts übertragen. Wenn es dabei auch nicht um Diskriminierungen nach dem Kriterium der Staatsbürgerschaft geht, sondern um die Benachteiligung rein innerstaatlicher Sachverhalte gegenüber solchen mit Unionsbezug, so sind inländische Staatsangehörige davon doch meist besonders betroffen. Demnach könnte sich etwa ein EU-Ausländer auf die vertretbare Rechtsansicht stützen, die Regelungen des österreichischen GSpG stellten einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit dar und seien daher unanwendbar, während der Beklagten dies als

österreichische Staatsangehörige verwehrt wäre. Der Oberste Gerichtshof hat jedoch in seinen jüngsten Entscheidungen (vgl. 4 Ob 145/14y; 2 Ob 243/12t) ausgeführt, dass eine verfassungswidrige Inländerdiskriminierung voraussetze, dass das Glücksspielmonopol in Fällen mit Unionsbezug tatsächlich unanwendbar wäre. Die Unionsrechtswidrigkeit des angeführten Gesetzes sei daher vor einer allfälligen Anfechtung nach Art 140 B-VG als Vorfrage zu prüfen.

Nach der Rechtsprechung des EuGH stellen Monopole regelmäßig eine Beschränkung der in Art 56 AEUV normierten Freiheit des Dienstleistungsverkehrs dar. Den einzelnen Mitgliedstaaten bleibt es allerdings unbenommen, Ausnahmen von den im AEUV verankerten Grundfreiheiten aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit, Gesundheit oder aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses vorzusehen (vgl. Carmen Media Group, EU:C:2010:505; Garkalns, C-470/11, EU:C:2012:505). In diesem Sinne führte der EUGH in der Rechtssache Pflieger (C-390/12) sinngemäß aus, dass ein Glücksspielmonopol etwa dann eine sachlich gerechtfertigte Ausnahme von den Grundfreiheiten darstelle, wenn mit den dahinter stehenden Regelungen das Ziel des Spielerschutzes oder der Kriminalitätsbekämpfung sowie das Anliegen verfolgt wird, in kohärenter und systematischer Weise die Gelegenheiten zum Spiel zu verringern oder die mit diesen Spielen verbundene Kriminalität zu bekämpfen. Insofern macht der EUGH die Zulässigkeit des Monopols nicht nur von der Zielsetzung des Gesetzgebers, sondern auch von der tatsächlichen Wirkung der Regelungen abhängig. Für das Vorliegen einer Unionsrechtswidrigkeit ist die beklagte Partei beweispflichtig. Gesicherte Feststellungen dazu konnten allerdings – wie bereits ausgeführt – mangels tatsächlichem Vorbringen und entsprechenden Beweisanboten der Beklagten nicht getroffen werden. Die (bloße) Rechtsbehauptung der Unanwendbarkeit der Normen des Glücksspielgesetzes reicht nicht aus (vgl. OLG Linz 6 R 160/14p; 2 R 139/14w; OLG Wien 4 R 156/14m). Ob das genannte Gesetz daher tatsächlich dem Europarecht widerspricht, konnte nicht abschließend geklärt werden. Insofern muss daher auch das Vorliegen eines Verstoßes nach Art 7 B-VG dahingestellt bleiben, da die Klärung einer verfassungswidrigen Inländerdiskriminierung letztlich von der Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielgesetzes abhängt. Das erkennende Gericht sieht sich daher auch nicht zu einem Gesetzesprüfungsantrag an den Verfassungsgerichtshof veranlasst.

Im Hinblick auf obige Erwägungen ist somit auch die behauptete Rechtsansicht der Beklagten, die Bestimmungen des GSpG seien unionsrechtswidrig und somit unanwendbar bzw. verstoßen gegen das verfassungsrechtlich verankerte Gleichbehandlungsgebot, unvertretbar. Die Beklagte kann sich auch nicht unter Hinweis auf die Entscheidung des Landesverwaltungsgerichtes OÖ vom 9. Mai 2014 zu LVwG-410286/4/Gf/Rt oder vergleichbare Entscheidungen auf eine vertretbare Rechtsansicht stützen, da diese nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung bereits dann nicht mit guten Gründen zu vertreten ist,

wenn sie im Gegensatz zum klaren Gesetzeswortlaut steht (*Schmid in Wiebe/Kodek, UWG2 § 1 Rz 735 ff*). Dies ist gegenständlich der Fall. Einen Verstoß gegen die – ihrer Ansicht nach unanwendbaren – Bestimmungen des GSpG stellt die Beklagte zudem selbst gar nicht in Abrede.

Im Übrigen ist die Behauptung der Beklagten, die klagende Partei selbst verhalte sich gesetzwidrig, ohne rechtliche Relevanz, da der Judikatur des Obersten Gerichtshofes zufolge einem Mitbewerber auch dann ein Unterlassungsanspruch nach dem UWG zusteht, wenn er selbst gleichartige Verstöße begangen hat (vgl. RIS-Justiz RS0014242; RS0077853).

Im Ergebnis ist die Geschäftspraktik der Beklagten daher gemäß § 1 Abs 1 Z 1 UWG als unlauter zu qualifizieren, weshalb dem Unterlassungsbegehren stattzugeben war. Aus § 25 Abs 3 UWG folgt zudem der Anspruch der obsiegenden Partei auf Urteilsveröffentlichung. Die klagende Partei hat ein berechtigtes Interesse daran, dass diese Entscheidung auch anderen Mitbewerbern und der Öffentlichkeit bekannt wird, zumal die gegenständliche Problematik des Betriebens von derartigen Automaten ohne Bewilligung weit verbreitet ist. Die Beklagte hat dem Veröffentlichungsbegehren auch nichts entgegengesetzt, sodass der klagenden Partei die Befugnis im beantragten Ausmaß zuzusprechen war.

Insgesamt bestehen aus dem Blickwinkel einer drohenden Inländerdiskriminierung keine Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit und Unionskonformität des Glücksspielmonopols, sodass auch keine Stellungnahme des Bundes einzuholen war.

Eine Beischaffung des Aktes 1 Cg 190/11y des Landesgerichtes Linz war schon insofern nicht möglich, weil an diesem Verfahren ausschließlich verfahrensfremde Parteien beteiligt sind und daher datenschutzrechtliche Bestimmungen entgegenstehen.

Die Klagsänderung war schon insofern zuzulassen, weil damit keine Prozessverzögerung verbunden war.

Die Kostenentscheidung stützt sich auf § 41 Abs 1 ZPO. Einwände im Sinne des § 54 Abs 1a ZPO wurden nicht erhoben.

Landesgericht Steyr, Abteilung 2
Steyr, 3. April 2015
Mag. Michael Lichtenegger LL.B., Richter

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG