



Das Oberlandesgericht Graz hat als Rekursgericht durch die Senatspräsidentin des Oberlandesgerichtes Dr. Rastädter-Puschnig als Vorsitzende sowie die Richterin des Oberlandesgerichtes Dr. Neuhold und den Richter des Oberlandesgerichtes Dr. Waldner als Senatsmitglieder in der Rechtssache der klagenden Partei **Admiral Casinos & Entertainment AG**, FN 362852g, Wienerstraße 158, 2352 Gumpoldskirchen, vertreten durch die Huber Swoboda Oswald Aixberger Rechtsanwälte GmbH in Wien, gegen die beklagte Partei Florian Horst **Siko**, Gaswerkstraße 5/11, 9500 Villach, vertreten durch Dr. Christophe Braun, Rechtsanwalt in Salzburg, wegen Unterlassung (Streitwert: EUR 34.900,00) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert: EUR 100,00) [Streitwert im Provisorialverfahren: EUR 34.900,00], über den Rekurs der beklagten Partei gegen die einstweilige Verfügung des Landesgerichtes Klagenfurt vom 18. Jänner 2016, 69 Cg 92/15i-3, in nichtöffentlicher Sitzung den

## BESCHLUSS

gefasst:

Dem Rekurs wird **nicht Folge** gegeben.

Der Beklagte hat die Kosten seines Rekurses endgültig und die Klägerin hat die Kosten ihrer Rekursbeantwortung vorläufig selbst zu tragen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt insgesamt EUR 30.000,00.

Der ordentliche Revisionsrekurs ist nicht zulässig.

**BEGRÜNDUNG:**

Die Klägerin ist zu FN362852g beim Landesgericht Wiener-Neustadt protokolliert und eine 100%ige Tochtergesellschaft der Novomatic AG. Sie ist Inhaberin einer Bewilligung für die Durchführung von Glücksspielen in Form der Ausspielung mittels Automaten in Automatensalons in Kärnten auf Basis des Kärntner Spiel- und Glücksspielautomatengesetzes, die ihr von der Kärntner Landesregierung am 13. März 2015 zu GZ 07-G-GLAB-1/16-2005 erteilt wurde. Diese Bewilligung wurde vom Landesverwaltungsgericht Kärnten am 28. Oktober 2015 zu GZ KLVwG 1058, 1059/11/2015 bestätigt. In Kärnten betreibt die Klägerin aufgrund der ihr erteilten Bewilligung unter anderem an den Standorten 9500 Villach, Kärntner Straße 8, und 9500 Villach, Ringmauergasse 14, Glücksspielautomaten.

Der Beklagte betreibt als nicht protokollierter Unternehmer am Standort 9500 Villach, Hans-Gasser-Platz 6c, das Lokal „F Lounge“, für welches er über eine Gewerbeberechtigung für ein Gastgewerbe in der Betriebsart „Espresso“ verfügt.

In einem Nebenraum gegenüber den Toiletten stehen sechs Glücksspielautomaten der Marke Internetterminal. Beim Eingang in den Raum befindet sich ein Schild mit der Aufschrift: „Internetterminals der Firma SEDUX sro., Betliarska 12, 85107 Bratislava“. Zu diesem Raum besteht keine Zutrittskontrolle, ist keine Ausweiskontrolle bzw. Identifizierung erforderlich und gibt es auch sonst keine Spielerschutzmaßnahmen wie Folder, Spielerschutztafel oder eine Helpline. Der Raum, in dem die Glücksspielautomaten aufgestellt sind, wird vom Beklagten an die SEDUX sro., Betliarska 12, 85107 Bratislava, FN34136690, seit 1. Juli 2015 vermietet. Laut Mietvertrag verpflichtete sich der Beklagte als Vermieter als Zusatzleistung einen Internetanschluss mit ausreichender Geschwindigkeit zur Verfügung zu stellen. Als Mietzins ist ein Betrag von EUR 750,00 pro Monat pro aufgestelltem Internetterminal zuzüglich Umsatzsteuer vereinbart.

Zumindest auf einem dieser Automaten befinden sich 15 Spiele, unter anderem das Spiel „Best of Book“ (Walzenspiele). Bei diesem Spiel handelt es sich um ein Glücksspiel, bei dem der Spieler den Einsatz pro Spiel selbst festlegen kann und der Mindesteinsatz EUR 0,18 und der Höchsteinsatz EUR 4,50 beträgt. Die Entscheidung über das Spielergebnis (Gewinn oder Verlust) erfolgt ausschließlich oder vorwiegend durch Zufall und der Spieler hat keine Möglichkeit, durch Geschicklichkeit in das Spiel einzugreifen und die Entscheidung über Gewinn und Verlust zu beeinflussen. Der Glücksspielautomat ist betriebsbereit im Lokal des Beklagten zugänglich. Es können Geldscheine und Münzen eingegeben werden und wird der eingeworfene Betrag als Guthaben ausgewiesen. Abhängig vom Einsatz des Spielers wird gemäß einem dargestellten Gewinnplan ein Gewinn in Aussicht gestellt. Mit Betätigen der Start-Taste wird das Spiel begonnen und der Einsatz vom Guthaben des Spielers abgebucht.

Im Falle eines Gewinnes wird der Gewinn auf das Guthaben des Spielers wieder gutgebucht, sodass sich dieses erhöht. Im Lokal sind keine Hinweise auf eine amtliche Bewilligung der Automaten vorhanden.

Der Beklagte und die Firma SEDUX sro. verfügen über keine Bewilligung zum Aufstellen und zum Betrieb von Glücksspielautomaten nach dem K-SGAG und über keine Konzession nach dem GSpG. Sie können keine Rechte von der Bewilligung der Klägerin oder der AMATIC Entertainment AG ableiten, ebenso wenig können sie Rechte von der Bewilligung der FAIR GAMES GmbH ableiten.

Mit der vorliegenden, am 21. Dezember 2015 beim Landesgericht Klagenfurt zu 69 Cg 92/15i eingebrachten Klage beehrte die **Klägerin** vom Beklagten, 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 F Lounge, Hans-Gasser-Platz 6c, 9500 Villach, solange er oder der Dritte, dem er die Durchführung von Glücksspielen in Form der Ausspielung 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.

Neben diesem mit EUR 34.900,00 bewerteten Unterlassungsbegehren (zu Punkt 1.) erhob die Klägerin zu Punkt 2. ein mit EUR 100,00 bewertetes Urteilsveröffentlichungsbegehren.

Gleichzeitig beantragte sie - zur Sicherung ihres Unterlassungsanspruches - die Erlassung einer - mit dem Unterlassungsbegehren - inhaltsgleichen einstweiligen Verfügung.

Zur Begründung ihres Unterlassungsanspruches brachte die Klägerin vor, dass sie eine 100 %-ige Tochtergesellschaft der Novomatic AG sei. Sie sei Inhaberin einer Bewilligung für die Durchführung von Glücksspielen in Form der Ausspielung mittels Automaten in Automatenalons in Kärnten auf Basis des Kärntner Spiel- und Glücksspielautomatengesetzes (in der Folge kurz K-SGAG), welche zu GZ 07-G-GLAB-1/16-2015 von der Kärntner Landesregierung am 13. März 2015 erteilt worden sei. Diese Bewilligung sei vom LVwG Kärnten am 28. Oktober 2015 zu GZ KLVwG1059/11/2015 ua bestätigt worden. Diese Automaten werden an den in Beilage ./C aufgelisteten Standorten in Bleiburg, Klagenfurt, Spittal, Völkermarkt und insbesondere am Standort Villach betrieben. Die Klägerin veranstalte sohin legales Glücksspiel gemäß dem Glücksspielgesetz - GSpG und K-SGAG. Die Spiele der Novomatic AG, wie beispielsweise „Book of Ra“, „Sizzling Hot“ oder „Lucky Lady's Charm“ ebenso wie die Bezeichnung „Gaminator“ für den Spielemix als auch

als Bezeichnung des Glücksspielautomaten genießen einen hohen Bekanntheitsgrad und seien markenrechtlich - ua in Österreich - für die Novomatic AG geschützt.

Der Beklagte betreibe das Lokal F Lounge am Standort Hans-Gasser-Platz 6c, 9500 Villach. Für den Betrieb an diesem Standort verfüge er gemäß GZ GISA27782750 des Magistrates der Stadt Villach über eine Gewerbeberechtigung für Gastgewerbe in der Betriebsart „Espresso“. In den Räumlichkeiten des vorgenannten Lokals werde illegales Glücksspiel gemäß dem GSpG und/oder K-SGAG veranstaltet.

Aus den Gesetzesmaterialien zur GSpG-Novelle 2008 (658 der Beilagen XXIV.GP) ergebe sich unmissverständlich, dass auch all jene an illegalen Glücksspielen mitwirken, die die Erlaubnis erteilen, dass in einem öffentlich zugänglichen Lokal Glücksspiel veranstaltet, organisiert oder angeboten werde (Bereitstellung des Spielorts). Daraus folge, dass ein Lokalbetreiber, wie der Beklagte, der Glücksspiel in Form der Ausspielung in seinem Lokal entweder selbst veranstalte, organisiere oder anbiete oder auch nur durch Bereitstellung des Spielorts ermögliche, gegen das GSpG verstoße. Ein Lokalbetreiber sei zweifelsohne ein Unternehmer iSd § 2 Abs 2 GSpG und kein Privater, sodass die Ausnahme des privaten Glücksspiels nach § 4 Abs 1 GSpG nicht vorliege. In diesem Zusammenhang sei es für die Beurteilung als illegales Glücksspiel in Form der Ausspielung gleich, ob das aufgestellte Gerät als „echter“ Glücksspielautomat iSd K-SGAG oder als Videolotterie-Terminal iSd § 12a GSpG beurteilt werde.

Aufgrund einer Stichprobe von [REDACTED] sei am 18. November 2015 um 12.30 Uhr bei einer Kontrolle im Lokal F Lounge, Hans-Gasser-Platz 6c, 9500 Villach, das vom Beklagten betrieben werde, Folgendes festgestellt worden: In diesem Lokal habe es insgesamt sechs Automaten (Internetterminals) gegeben, auf denen gespielt werden konnte. Die Automaten haben sich gegenüber den Toiletten im Nebenraum befunden. Es habe keine Zugangskontrolle zu den Automaten gegeben. Der Kontrollor habe auf einem dieser Automaten gespielt. Auf diesem Gerät habe es mindestens 15 Spiele gegeben. Er habe das Spiel „Best of Book“ gespielt (Walzenspiel). Er habe festgestellt, dass es sich bei diesem Spiel um ein Glücksspiel gehandelt habe, bei dem die Entscheidung über das Spielergebnis (Gewinn oder Verlust) ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängig gewesen sei. Er habe bei diesem Spiel keine Möglichkeit gehabt, durch Geschicklichkeit in das Spiel einzugreifen und die Entscheidung über Gewinn und Verlust zu beeinflussen. Weiters habe er festgestellt, dass vorgenanntes Glücksspiel als Ausspielung durchgeführt worden sei, und zwar aus folgenden Gründen:

- Das Glücksspiel sei in diesem Lokal veranstaltet, organisiert, angeboten oder zugänglich gemacht worden, da das Gerät betriebsbereit im Lokal gestanden und zugänglich gewesen sei.

- In das bespielte Gerät konnten Geldscheine und Münzen eingegeben werden und sei der eingeworfene Betrag als Guthaben ausgewiesen worden. Der Kontrollor habe EUR 10,00 eingeworfen, die als Guthaben ausgewiesen worden seien.
- Er konnte den Einsatz pro Spiel festlegen, wobei der Mindesteinsatz EUR 0,18 und der Höchsteinsatz EUR 4,50 betragen habe. Er habe jeweils pro Spiel EUR 0,27 eingesetzt.
- Dem Kontrollor sei gemäß dem dargestellten Gewinnplan abhängig von seinem Einsatz ein Gewinn in Aussicht gestellt worden.
- Mit Betätigen der Start-Taste sei das Spiel begonnen und sein Einsatz von seinem Guthaben abgebucht worden.
- Die Entscheidung über das Spielergebnis (Gewinn oder Verlust) sei ausschließlich oder vorwiegend durch Zufall erfolgt. Er habe keine Möglichkeit gehabt, durch Geschicklichkeit in das Spiel einzugreifen und die Entscheidung über Gewinn und Verlust zu beeinflussen.
- Im Falle eines Gewinnes sei der Gewinn auf sein Guthaben wieder gutgebucht worden, sodass sich sein Guthaben erhöht habe.
- Insgesamt habe der Kontrollor bei sämtlichen von ihm durchgeführten Spielen EUR 10,00 verloren.

Der Beklagte verfüge über keine Bewilligung für die Durchführung von Glücksspielen in Form der Ausspielung und könne keine Rechte von einer erteilten Bewilligung oder Konzession ableiten.

Das überprüfte Lokal liege in Kärnten, sodass das GSpG sowie das K-SGAG für die Beurteilung der Zulässigkeit des Betriebes von Geräten für die Durchführung von Glücksspielen in Form der Ausspielung anzuwenden sei. Der Beklagte habe als Unternehmer gehandelt, weil er das Lokal betreibe, in dem die vorgenannten Geräte vorgefunden worden seien, und sohin evident einem Erwerbszweck nachgehe. Der Gewinn aus dem Glücksspiel sollte im Lokal ausbezahlt werden.

Zumindest bei einem der im vorgenannten Lokal des Beklagten vorgefundenen und bespielten Geräte und Spiele sei bei Einsatz eines Geldbetrages ein Spiel abgelaufen, bei dem ein Gewinn in Aussicht gestellt worden sei, bei dem die Entscheidung über Gewinn und Verlust ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängig gewesen sei (Glücksspiel). Ein Einwirken des Spielers in irgendeiner Form der Geschicklichkeit sei nicht möglich gewesen. Die gegenständlich zu beurteilenden Spiele seien daher Glücksspiele iSd § 1 Abs 1 GSpG bzw § 2 Abs 1 K-SGAG. Diese Glücksspiele seien in der Form der Ausspielung iSd § 2 Abs 1 GSpG bzw § 2 Abs 2 K-SGAG durchgeführt worden, weil (i) der Beklagte als Unternehmer

das Glücksspiel veranstaltet, organisiert, angeboten oder zugänglich gemacht habe, (ii) ein Einsatz geleistet und (iii) ein Gewinn in Aussicht gestellt worden sei. Eine Warenausspielung liege nicht vor. Die Klägerin gehe davon aus, dass es sich bei dem inkriminierten Gerät um einen „echten“ Glücksspielautomaten handle, bei dem die Entscheidung über das Spielergebnis nicht zentralseitig, sondern durch eine mechanische oder elektronische Vorrichtung im Glücksspielautomaten selbst erfolge. Es handle sich sohin um illegales Glücksspiel, weil dieser Glücksspielautomat bewilligungslos betrieben werde.

Sollte der Beklagte behaupten, dass die Entscheidung über das Spielergebnis zentralseitig erfolge, so würde ein Videolotterie-Terminal vorliegen, was nichts an der Beurteilung als illegales Glücksspiel ändere, da es sich dann um eine Ausspielung in Form der elektronischen Lotterie nach § 12a GSpG handle, die ebenfalls konzessionslos betrieben werde. Eventualiter werde daher vorgebracht, dass es sich bei dem inkriminierten Gerät um einen Videolotterie-Terminal handle.

Für dieses festgestellte Glücksspiel (gleich ob mit einem Glücksspielautomaten oder einem Videolotterie-Terminal) in Form der Ausspielung sei jedenfalls eine bundes- oder landesgesetzliche Bewilligung erforderlich. Der Beklagte habe zum Zeitpunkt der Setzung des Wettbewerbsverstoßes (und auch bis dato nicht) über keine Bewilligung für die Durchführung von Glücksspiel in Form der Ausspielung, insbesondere nicht nach dem GSpG oder dem K-SGAG, verfügt und könne keine Rechte von einer erteilten Bewilligung oder Konzession ableiten.

Durch den Betrieb oder die Ermöglichung des Betriebes durch Aufstellen und/oder Zugänglichmachung von Geräten für die Durchführung von Glücksspielen in Form der Ausspielung in seinem Lokal ohne Bewilligung veranstalte, organisiere und mache der Beklagte verbotene Ausspielungen iSd § 2 Abs 4 GSpG unternehmerisch zugänglich oder beteilige sich als Unternehmer iSd § 2 Abs 2 GSpG daran, was nach § 52 Abs 1 Z 1 GSpG iVm § 2 Abs 4 GSpG verboten sei. Der Beklagte verstoße dadurch insbesondere gegen § 1 Abs 1 Z 1 UWG (Rechtsbruch), weil in dem von ihm betriebenen Lokal Geräte für die Durchführung von Glücksspielen in Form der Ausspielung ohne Bewilligung von ihm betrieben werden, zumindest aber von ihm der Betrieb durch Aufstellen und/oder Zugänglichmachung von Geräten für die Durchführung von Glücksspielen in Form der Ausspielung ermöglicht werde. Der Beklagte wende sohin eine „sonstige unlautere Geschäftspraktik“ iSd § 1 Abs 1 Z 1 UWG an, die geeignet sei, den Wettbewerb zum Nachteil der Klägerin nicht nur unerheblich zu beeinflussen, weshalb die Klägerin Anspruch auf Unterlassung gemäß § 14 UWG habe.

Die Klägerin stütze ihre Ansprüche auf sämtliche erdenklichen Rechtsgründe, insbesondere auch darauf, dass der Beklagte für die inkriminierte Tätigkeit über keine

Gewerbeberechtigung verfüge, obwohl er diese iSd GewO gewerbsmäßig ausübe. Sollte das GSpG und/oder das K-SGAG nämlich verfassungswidrig oder unionsrechtswidrig sein, so müsste der Beklagte seine Tätigkeit zumindest iSd § 339 GewO bei der Gewerbebehörde anmelden, was er nicht getan habe.

Weiters stütze die Klägerin ihre Ansprüche darauf, dass es insbesondere kein Identifikationssystem/Zutrittssystem zu den Automaten gebe. Der Beklagte handle sohin jedenfalls gesetzwidrig, weil er gegen die Bestimmungen des GSpG zum Spielerschutz und zur Kriminalitätsbekämpfung verstoße.

Der Beklagte handle als Betreiber eines Lokals, in dem Geräte für die Durchführung von Glücksspielen in Form der Ausspielung betrieben, aufgestellt und/oder zugänglich gemacht werden, jedenfalls im geschäftlichen Verkehr. Die Wettbewerbsabsicht des Beklagten sei im gegenständlichen Fall evident. Das Betreiben, Aufstellen und/oder Zugänglichmachen von Geräten für die Durchführung von Glücksspielen in Form der Ausspielung ohne Bewilligung sei jedenfalls geeignet, den Wettbewerb zum Nachteil der Klägerin nicht nur unerheblich zu beeinflussen. Würde der Beklagte gesetzestreu handeln, könnte er keine Geräte für die Durchführung von Glücksspielen in Form der Ausspielung in Kärnten betreiben, aufstellen und/oder zugänglich machen, sodass die Spieler bei der Klägerin (oder bei anderen legalen Anbietern) dem legalen Glücksspiel nachgehen könnten und würden.

Der Beklagte könne sich auch nicht auf eine mit guten Gründen vertretbare Rechtsansicht berufen, da die Rechtsauffassung im Gegensatz zum klaren Gesetzeswortlaut des GSpG sowie des K-SGAG stehe, die eine Bewilligung für die Durchführung von Glücksspielen in Form der Ausspielung vorsehen und auch bereits die Beteiligung am illegalen Glücksspiel sanktionieren. Dass in Bezug auf die Konzessionspflicht für Videolotterien nach § 12a GSpG keine vertretbare Rechtsansicht im UWG-Unterlassungsverfahren vorliege, habe der OGH in 4 Ob 17/10v klar ausgesprochen, da das beanstandete Verhalten unschwer den gesetzlich geregelten Tatbestandselementen unterstellt werden könne.

Es bestehe Wiederholungsgefahr, da der Beklagte den inkriminierten Wettbewerbsverstoß bereits begangen habe und nach der Rechtsprechung bei bereits erfolgter Rechtsverletzung die Wiederholungsgefahr vermutet werde. Zwischen den Streitparteien bestehe ein Wettbewerbsverhältnis, weil zwischen den Vorteilen, die der Beklagte durch illegales Glücksspiel ohne Bewilligung für sein Unternehmen oder einen Dritten zu erreichen suche, und den Nachteilen, die die Klägerin dadurch erleide, eine konkrete Wechselbeziehung in dem Sinne bestehe, dass der eigene Wettbewerb gefördert und der fremde Wettbewerb beeinträchtigt werden könne. Da der Beklagte noch dazu in örtlicher Nähe zu den von der Klägerin legal betriebenen Glücksspielautomaten illegale Geräte für die Durchführung von Glücksspielen in Form der Ausspielung betreibe, aufstelle und/oder zugänglich mache, sei das



Wettbewerbsverhältnis evident. Jedenfalls werde durch die erstmalig beanstandete Wettbewerbshandlung ein Wettbewerbsverhältnis ad hoc begründet.

Die Formulierung des Unterlassungsbegehrens entspreche der ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs in Parallelverfahren der Klägerin.

Sollte der Beklagte bzw die angebliche Veranstalterin aufgrund der wider Erwartens angenommenen Unionsrechtswidrigkeit/Verfassungswidrigkeit des Glücksspielmonopols keine Konzession oder behördliche Bewilligung benötigen, um 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, so habe die Klägerin dennoch Anspruch auf Unterlassung dieser Ausspielungen, wenn der Beklagte oder dieser Dritte die Bestimmungen über den Spielerschutz nach glücksspielrechtlichen Vorschriften (insbesondere dem GSpG und dem korrespondierenden Landesgesetz) nicht einhalte, insbesondere kein Identifikationssystem/Zutrittssystem zu den Automaten bestehe.

Der Beklagte bzw die angebliche Veranstalterin verfüge für die inkriminierte Tätigkeit über keine Gewerbeberechtigung, obwohl sie diese iSd GewO gewerbsmäßig ausübe. Sollte das GSpG und/oder das glücksspielrechtliche Landesgesetz nämlich verfassungswidrig bzw unionsrechtswidrig sein, so müsste der Beklagte seine Tätigkeit zumindest im Sinne des § 339 iVm § 29 iVm § 38 GewO bei der Gewerbebehörde anmelden, was er nicht getan habe. Damit verfüge er im Sinne des Unterlassungsbegehrens über „keine behördliche Bewilligung“.

Zu einer allfällig beantragten Sicherheitsleistung brachte die Klägerin bereits in ihrem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vor, dass im gegenständlichen Fall kein sehr erheblicher Eingriff in die Geschäftstätigkeit des Beklagten vorliege, was aber Voraussetzung für eine Sicherheitsleistung nach § 390 Abs 2 EO sei. Gegenständlich liege offenkundig kein Automatencafe vor. Es sei notorisch, dass ein Lokal wie gegenständlich auch ohne Glücksspielautomaten funktioniere. Auch wenn der Oberste Gerichtshof in vergleichbaren Fällen zuletzt eine Sicherheitsleistung bejaht habe (4 Ob 145/14y), sei er dennoch damit von seiner bisherigen Rechtsprechung abgewichen, wonach selbst bei Annahme eines schwerwiegenden Eingriffes in die Interessen des Beklagten die Sicherheitsleistung abzulehnen sei, wenn dem zumindest eine gleichwertige Gefährdung der Interessen der Klägerin gegenüberstehe (4 Ob 200/05y). Genau dies sei gegenständlich der Fall.

Der **Beklagte** bestritt das klägerische Vorbringen und wandte dem mit der einstweiligen Verfügung und der Klage geltend gemachten Unterlassungsanspruch gegenüber ein, dass das Lokal F Lounge in Villach nicht zur Gänze vom Beklagten betrieben werde. Der von der



Klägerin monierte Raum (gegenüber den Toiletten) werde von der Firma Sedux sro. Betliarska 12, Bratislava 85107, seit 1. Juli 2015 betrieben und ergebe sich dies daraus, dass sich bei der Eingangstüre zu den Terminals ein Aushang mit der Aufschrift „Sedux sro. Betliarska 12, Bratislava 85107“ befinde. Es bestehe insoweit ein Mietvertrag mit der Firma Sedux sro. Vom 13. Juni 2015, der dem Gericht vorgelegt werde.

Weiters werde darauf hingewiesen, dass aus den vorgelegten Unterlagen der Klägerin nicht hervorgehe, wie ██████████ das Spiel „Best of Book“ im Internet aktiviert habe. Es werde selbst von Herrn ██████ ausgeführt, dass es sich um Internetterminals handle und müsse Herr ██████ eigenständig eine Glücksspiel-Internetseite aufgerufen haben. Dies wäre ihm auch in jedem beliebigen öffentlichen Raum wie etwa in einer Bahnhofshalle mit einem internetfähigen Mobiltelefon möglich und ergebe sich auch daraus, dass die Behauptungen der Klägerin, wonach der Beklagte mit Glücksspielen etwas zu tun habe, ins Leere gehen. In einer öffentlichen Bahnhofshalle würde die Klägerin auch nicht auf die Idee kommen, die ÖBB auf Unterlassung zu klagen, wenn ein Internetsurfer die Seite [www.fun2all.com](http://www.fun2all.com) aufrufen und allfällige Glücksspiele spielen würde. Es obliege nicht im Einflussbereich des Beklagten, welche Internetseiten allfällige Surfer aufrufen. Die jeweiligen Surfer seien für ihr Internetsurfverhalten selbst verantwortlich. Der abgetrennte Raum werde überdies nicht vom Beklagten bereitgestellt, sondern von der Sedux sro.. Es sei sohin ersichtlich, dass der Beklagte mit Glücksspielgeräten nichts zu tun habe. Es sei - wenn überhaupt - die Firma Sedux sro. dafür verantwortlich. Der Beklagte besitze überdies auch keine Geräte, mit welchen illegale Glücksspiele betrieben werden können und sei die einstweilige Verfügung auch aus diesem Grund abzuweisen.

Aufgrund der Tatsache, dass der Beklagte keine Glücksspielgeräte im gegenständlichen Lokal betreibe, erübrigen sich grundsätzlich Ausführungen zur Sicherheitsleistung. Lediglich aus advokatorischer Vorsicht werde vorgebracht, dass durch die Außerbetriebnahme der Internetterminals im Gastgewerbebetrieb mit einem Rückgang der Konsumation von zumindest EUR 1.500,00 monatlich zu rechnen sei. Durch die einstweilige Verfügung würde dem Beklagten das monatliche Entgelt von EUR 750,00 für die Zurverfügungstellung des Aufstellplatzes entgehen. Es sei sohin von einem erheblichen Eingriff in die Geschäftstätigkeit des Beklagten auszugehen, weshalb die Auferlegung einer Sicherheitsleistung iHv EUR 50.000,00 beantragt werde.

Weiters wandte der Beklagte die Unionsrechtswidrigkeit der Verbotsbestimmungen des Glücksspielgesetzes sowie die Verfassungswidrigkeit wegen Vorliegens einer unzulässigen Inländerdiskriminierung ein.

Mit dem **angefochtenen Beschluss** erließ das Erstgericht zu Punkt 1. die beantragte einstweilige Verfügung, machte deren Wirksamkeit aber zu Punkt 2. von einer

Sicherheitsleistung der Klägerin in Höhe von EUR 30.000,00 abhängig.

Rechtlich führte das Erstgericht aus, dass aufgrund des als bescheinigt angenommenen Sachverhaltes davon auszugehen sei, dass der Beklagte in dem von ihm betriebenen Lokal F Lounge Glücksspiele in Form der Ausspielung zumindest zugänglich mache bzw im Sinne der Gesetzesmaterialien den Spielort bereitstelle, ohne dass weder er noch die Sedux sro. über die dafür erforderliche Bewilligung gemäß §§ 7ff K-SGAG verfügen, sodass ein Rechtsbruch seitens des Beklagten vorliege. Der Beklagte erlange somit gegenüber der Klägerin, mit welcher er in einem Wettbewerbsverhältnis stehe, einen Wettbewerbsvorsprung durch Rechtsbruch, wobei das beanstandete Verhalten auch geeignet sei, den Wettbewerb zum Nachteil von rechtstreuen Mitbürgern nicht bloß unerheblich zu beeinflussen. Zumal der Beklagte bereits gegen die Bestimmungen des GSpG verstoßen habe, liege die für einen Unterlassungsanspruch notwendige Wiederholungsgefahr vor bzw sei eine solche zu vermuten.

Die vom Beklagten vorgebrachten verfassungs- und unionsrechtlichen Bedenken gegen die glücksspielrechtlichen Bestimmungen seien im lauterkeitsrechtlichen Verfahren, nicht jedoch im Sicherungsverfahren zu prüfen, weshalb sich weitere Ausführungen zu dem dazu erstatteten umfangreichen Vorbringen erübrigen (4 Ob 145/14y).

Die Auferlegung einer Sicherheitsleistung begründete das Erstgericht damit, dass im vorliegenden Fall durch die einstweilige Verfügung sehr umfangreich in die Geschäftstätigkeit des Beklagten eingegriffen werde, da diesem für die Vermietung des Raumes pro aufgestelltem Internetterminal monatlich EUR 750,00 netto an Mieteinnahmen entgehen. Es liege außerdem auf der Hand, dass der Beklagte durch den Nichtbetrieb der Automaten Umsatzeinbußen durch den Wegfall der spielbedingten Konsumationen hinnehmen werde müssen. Im Hinblick auf die mögliche Dauer des Verfahrens erscheine ein möglicher Schaden von EUR 30.000,00 durchaus plausibel, weshalb der Erlag einer Sicherheit in dieser Höhe aufzutragen gewesen sei.

Mit dem Beschluss vom 2. März 2016, 5 R 24/16p (69 Cg 92/15i-10), gab das Oberlandesgericht Graz dem Rekurs der Klägerin gegen Punkt 2. der einstweiligen Verfügung – gegen die Auferlegung der Sicherheitsleistung – Folge und änderte die angefochtene einstweilige Verfügung in ihrem Punkt 2. dahin ab, dass der Antrag des Beklagten, den Vollzug der einstweiligen Verfügung vom Erlag einer Sicherheitsleistung in Höhe von EUR 50.000,00 abhängig zu machen, abgewiesen wurde.

Die angefochtene einstweilige Verfügung vom 18. Jänner 2016 (ON 3) wurde samt dieser Rekursentscheidung dem Beklagten am 10. März 2016 zugestellt.

Gegen diese einstweilige Verfügung richtet sich der **Rekurs des Beklagten** gegen

Mangelhaftigkeit des Verfahrens und unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, den angefochtenen Beschluss dahingehend abzuändern, dass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung abgewiesen werde; hilfsweise wird ein Aufhebungs- und Zurückverweisungsantrag gestellt.

Die **Klägerin** erstattete eine **Rekursbeantwortung**; sie verneint das Vorliegen der geltend gemachten Rechtsmittelgründe und beantragt, dem Rekurs des Beklagten nicht Folge zu geben.

Der Rekurs ist **nicht berechtigt**.

#### **A) Zur Mangelhaftigkeit:**

Der Beklagte rügt in seinem Rekurs als wesentlichen Verfahrensmangel, dass das Erstgericht seine als Bescheinigungsmittel angebotene Einvernahme nicht durchgeführt hat. Aus seiner Einvernahme hätte sich ergeben, dass der Zeuge ████████ – der Kontrollor/die Testperson der Klägerin – in einem abgetrennten Raum des Lokals des Beklagten, der vom Beklagten der SEDUX s.r.o. ausschließlich zur Einstellung und für den Betrieb von Internetterminals vermietet worden sei, auf einem Internetterminal der SEDUX s.r.o. tatsächlich von sich aus die Internetseite [www.fun2all.com](http://www.fun2all.com) aufgerufen habe, und der Beklagte weder Einfluss auf die wirtschaftliche Gebarung der SEDUX s.r.o. noch auf ein allfälliges Internetsurfverhalten von Kunden dieses Unternehmens habe.

Durch die Unterlassung der Einvernahme liege jedenfalls ein wesentlicher Verfahrensmangel vor, da bei Zutreffen des Vorbringens des Beklagten der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung abzuweisen sei.

Die geltend gemachte Mangelhaftigkeit liegt nicht vor.

Das Rekursgericht kann einen primären Verfahrensmangel – wie die hier nicht durchgeführte bzw versuchte Einvernahme des Beklagten – nur dann wahrnehmen, wenn er ausdrücklich geltend gemacht wird und wesentlich ist, also abstrakt geeignet ist, eine unrichtige Entscheidung herbeizuführen. Der Rechtsmittelwerber muss in seinem Rechtsmittel grundsätzlich behaupten, welche für die Entscheidung des Rechtsfalles relevanten Ergebnisse ohne den Mangel hätten erzielt werden können (*Pimmer* in Fasching/Konecny<sup>2</sup> § 496 Rz 34 und 37; *Delle-Karth*, ÖJZ 1993,19).

Der Beklagte hat in seinem Rekurs seine Nichteinvernahme (als parates Bescheinigungsmittel) zwar ausdrücklich geltend gemacht und behauptet, welche Ergebnisse durch die Aufnahme dieses Bescheinigungsmittels, somit ohne den Mangel, erzielt hätten werden können. Entgegen seinen Rekursausführungen fehlt es dem geltend gemachten Verfahrensmangel aber an der Wesentlichkeit. Selbst wenn man nämlich die vom Beklagten

angestrebten Ergebnisse zugrunde legt, ändert dies nichts daran, dass dennoch der mit dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erhobene Unterlassungsanspruch gegenüber dem Beklagten zu Recht besteht, wie im Rahmen der Behandlung der Rechtsrüge noch darzulegen sein wird.

Schon jetzt ist der Beklagte darauf hinzuweisen, dass es für seine Passivlegitimation bzw. das Vorliegen einer verbotenen Ausspielung rechtlich nicht relevant ist, ob der Beklagte die Spielautomaten selbst aufstellt und betreibt oder zu diesem Zweck den entsprechenden Geschäftsraum in seinem Geschäftslokal vermietet (4 Ob 169/14b; 4 Ob 68/15a) bzw. ob der Kontrollor von sich aus die Seite [www.fun2all.com](http://www.fun2all.com) aufgerufen hat (6 Ob 118/12i; 4 Ob 222/13w).

### **B) Zur Rechtsrüge:**

1. Das Erstgericht hat im Ergebnis zutreffend einen Wettbewerbsverstoß des Beklagten gemäß § 1 Abs 1 Z 1 UWG iVm § 52 Abs 1 Z 1 iVm §§ 2 Abs 4, 12a GSpG (unter der Fallgruppe „Rechtsbruch“) bejaht.

Der Verstoß (gegen das GSpG) ergibt sich daraus, dass nach dem als bescheinigt angenommenen Sachverhalt der Beklagte in dem von ihm betriebenen Lokal die Durchführung von Glücksspielen in Form der Ausspielung ohne Bewilligung zumindest durch Aufstellen und/oder Zugänglichmachung von Geräten für die Durchführung von Glücksspielen in Form der Ausspielung ermöglicht hat und weder er noch das eingemietete Unternehmen über eine Konzession nach dem GSpG oder eine Bewilligung nach dem K-SGAG verfügen. Nach der Rechtsprechung macht es keinen Unterschied, ob der Beklagte die nicht genehmigten Spielautomaten selbst aufstellt und betreibt, oder zu diesem Zweck den entsprechenden Raum in seinem Geschäftslokal vermietet. Auch das entsprechend weit gefasste Unterlassungsbegehren ist daher nicht zu beanstanden, zumal bei entsprechend eingeschränkter Fassung mit sofortigen Umgehungshandlungen zu rechnen wäre (4 Ob 169/14b). Damit ist der Beklagte aber unmittelbar an der Durchführung des Glücksspiels beteiligt. Daraus folgt seine Unternehmereigenschaft idS § 2 Abs 2 GSpG, weil diese hinsichtlich aller an der Durchführung des Glücksspiels unmittelbar beteiligten Personen ua auch dann vorliegt, wenn nur eine Beteiligung an der Veranstaltung, der Organisation oder dem Angebot des Glücksspiels vorliegt (4 Ob 68/15a).

Nach dem als bescheinigt angenommenen Sachverhalt werden zumindest auf einem der aufgestellten Automaten (Internetterminals) verbotene Ausspielungen iSd § 2 Abs 4 GSpG vorgenommen. Dabei ist es für die inkriminierte Ausspielung nicht relevant, dass der Kontrollor auf dem Automaten (Internetterminal) die Internetseite [www.fun2all.com](http://www.fun2all.com) aufrufen musste, um zu den Spielen zu gelangen, ist es doch für den Begriff der Ausspielung rechtlich nicht von

Bedeutung, ob die Entscheidung über Gewinn und Verlust durch den Apparat selbsttätig herbeigeführt wird oder zentral gesteuert ist (6 Ob 118/12i). Erfolgt die Entscheidung über das Spielergebnis zentralseitig, liegt nämlich eine (verbotene) Ausspielung in Form der elektronischen Lotterie nach § 12a GSpG vor (4 Ob 222/13w).

2. Soweit der Beklagte in seinem Rekurs – wie bereits in seiner Äußerung zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung – den Einwand der Unionsrechtswidrigkeit der Verbotsbestimmungen des Glückspielgesetzes sowie der Verfassungswidrigkeit wegen Vorliegens einer unzulässigen Inländerdiskriminierung wiederholt bzw präzisiert, ist er darauf zu verweisen, dass der Oberste Gerichtshof in gleichgelagerten Fällen bereits ausführlich dargelegt hat, dass die Unionsrechtswidrigkeit des österreichischen Glücksspielmonopols und daraus folgend die Frage einer verfassungswidrigen Inländerdiskriminierung von den tatsächlichen Umständen abhängt. Daher sind vor einer allfälligen Anfechtung Feststellungen zu den tatsächlichen Wirkungen der österreichischen Regelungen zu treffen. Das Sicherungsverfahren ist aber wegen der auch den Gegner der gefährdeten Partei treffenden Beschränkung auf parate Bescheinigungsmittel nicht geeignet, solche Feststellungen zu treffen. Diese Frage ist daher nicht im Sicherungsverfahren, sondern im (ohnehin schon anhängigen) Hauptverfahren zu prüfen. Dem belangten Mitbewerber ist damit auch der Einwand verwehrt, er habe mit guten Gründen die Unions- oder Verfassungswidrigkeit der von ihm übertretenen Norm annehmen können. Auf die Vertretbarkeit einer Rechtsansicht kommt es in diesem Zusammenhang nicht an (4 Ob 145/14y, 4 Ob 169/14b und 4 Ob 203/14b).

Daran vermag auch die erst kürzlich – in einem Hauptverfahren – ergangene Entscheidung des Obersten Gerichtshofs zu 4 Ob 31/16m (4 Ob 253/15g, 4 Ob 27/16y, 4 Ob 46/16d, 4 Ob 50/16f, 4 Ob 56/16b) nichts zu ändern, mit der der Oberste Gerichtshof gemäß Art 89 Abs 2 B-VG (Art 140 B-VG) an den Verfassungsgerichtshof die Anträge stellte, ua diverse Bestimmungen des Glückspielgesetzes (GSpG) idF BGBl I 2010/54 [§ 2 Abs 2, § 2 Abs 4, § 3 und § 52 Abs 1 Z 1] bzw das Glückspielgesetz (GSpG) idF BGBl I 2015/118 zur Gänze als verfassungswidrig aufzuheben.

Aus diesen Gründen muss der Rekurs des Beklagten erfolglos bleiben.

Die Entscheidung über die Kosten des Rekursverfahrens gründet sich auf die §§ 393 Abs 1 EO sowie 78, 402 Abs 4 EO und §§ 40 und 50 Abs 1 ZPO. Der Beklagte hat demnach die Kosten seines erfolglosen Rekurses endgültig selbst, die Klägerin hat die Kosten ihrer Rekursbeantwortung vorläufig selbst zu tragen (*Kodek/Leupold* in *Wiebe/KodekUWG*<sup>2</sup> § 24 Rz 120ff).

Der Bewertungsausspruch orientiert sich an der von der Klägerin vorgenommenen Bewertung des Streitgegenstandes und gründet sich auf die §§ 78 und 402 Abs 4 EO sowie

die §§ 526 Abs 3 und 500 Abs 2 Z 1 lit b ZPO.

Der ordentliche Revisionsrekurs war nicht zuzulassen, weil über den Einzelfall hinausgehende Rechtsfragen erheblicher Bedeutung iSd § 528 Abs 1 ZPO nicht zu entscheiden waren.

---

**Oberlandesgericht Graz, Abteilung 5**  
**Graz, 14. April 2016**  
**Dr. Maria Luise Rastädter-Puschnig, Senatspräsidentin**

---

Elektronische Ausfertigung  
gemäß § 79 GOG