



BESCHLUSS Einstweilige Verfügung

Klagende Partei

ADMIRAL Casinos & Entertainment AG
Griesfeldstraße 15
2351 Wiener Neudorf

vertreten durch:

Huber Swoboda Oswald Aixberger
Rechtsanwälte GmbH
Tuchlauben 11/18
1010 Wien

1. Beklagte Partei

Kronsteiner Gastrobetriebe GmbH
Rehgasse 34
2230 Gänserndorf

vertreten durch:

Mag. Martin PAAR, Mag. Hermann
ZWANZGER
Wiedner Hauptstraße 46/6
1040 Wien

2. Beklagte Partei

Alexander Kronsteiner
[REDACTED]
2230 Gänserndorf

vertreten durch:

Mag. Martin PAAR, Mag. Hermann
ZWANZGER
Wiedner Hauptstraße 46/6
1040 Wien

3. Beklagte Partei

Nicole Erben
[REDACTED]
2231 Strasshof an der Nordbahn

vertreten durch:

Mag. Martin PAAR, Mag. Hermann
ZWANZGER
Wiedner Hauptstraße 46/6
1040 Wien

Wegen: Unterlassung und Veröffentlichung € 35.000,00

1.) Zur Sicherung des Anspruches der klagenden Partei auf Unterlassung wettbewerbswidriger Handlungen wird den beklagten Parteien ab sofort bis zum Eintritt der Rechtskraft des zu 6Cg 14/17i, LG Korneuburg beantragten Urteiles geboten, es 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 Cafe B8 Pub, Wiener Straße 14, 2230 Gänserndorf, solange sie oder der Dritte, dem sie die Durchführung von Glücksspiel in Form der Ausspielung ermöglicht, nicht über die dafür erforderliche Konzession oder behördliche Bewilligung verfügt und/oder nicht die Bestimmung über den Spielerschutz nach den

glücksspielrechtlichen Vorschriften einhält, insbesondere kein Identifizierungssystem/Zutrittssystem besteht.

2.) Die klagende Partei hat die Kosten des Provisorialverfahrens vorläufig selber zu tragen.

BEGRÜNDUNG

Unbestritten ist, dass die Erstbeklagte an der Adresse Wiener Straße 14, 2230 Gänserndorf das Lokal Cafe B8 Pub betreibt und für den Betrieb an diesem Standort über die Gewerbeberechtigung für Gastgewerbe in der Betriebsart Kaffeehaus verfügt. Der Zweitbeklagte und die Drittbeklagte sind als handelsrechtliche Geschäftsführer im Firmenbuch eingetragen. Am 9.11.2016 waren in dem Lokal zwei Glücksspielautomaten aufgestellt, auf denen verschiedene Spiele, darunter das Spiel „Power Liner“ gespielt werden konnten. Die Automaten konnten ohne Zugangskontrollen und mit einem Mindesteinsatz von € 0,50 und einem Höchsteinsatz von € 15,00 bespielt werden. Das Ergebnis der Spiele war ausschließlich oder überwiegend vom Zufall abhängig, ein Eingreifen des Spielers in den Spielablauf oder ein Einwirken auf das Spielergebnis etwa durch Geschicklichkeit war nicht möglich.

Mit Klage vom 31.1.2017 beehrte die Klägerin, die Beklagten schuldig zu erkennen, es zu unterlassen, an diesem Standort illegales Glücksspiel zu betreiben bzw. Dritten den Betrieb derartigen Glücksspieles zu ermöglichen, sofern sie oder der Dritte nicht über die dazu erforderlichen Konzessionen verfüge. Sie brachte dazu auf das Wesentliche zusammengefasst vor, sie alleine verfüge in Österreich über derartige Konzessionen, sodass der von den Beklagten erfolgte oder ermöglichte Betrieb von Glücksspiel wettbewerbswidrig sei.

Gleichzeitig mit der Klage beehrte sie mit dem selben Vorbringen die im Spruch ersichtliche einstweilige Verfügung.

Die Beklagten bestritten das Vorbringen, beehrten die Abweisung sowohl des Antrags als auch der Klage und brachten ihrerseits auf das Wesentliche zusammengefasst vor, nicht sie sondern eine englische Gesellschaft hätte die in der Klage angeführten Glücksspielgeräte betrieben. Nach der von der Klägerin initiierten Kontrolle am 9.11.2016 und Ergehen einer Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes über die Unionsrechtskonformität des österreichischen Glücksspielgesetzes wären diese Geräte von ihnen zur Gänze entfernt worden, im Lokal würden sich keine Glücksspielgeräte mehr befinden. Die klagende Partei sei zur Durchsetzung wettbewerbsrechtlicher Ansprüche nach Aufhebung ihrer Ausspielbewilligung durch den Verwaltungsgerichtshof nicht aktiv legitimiert. Einem unrechtmäßig handelnden Mitbewerber stehe kein Unterlassungsanspruch zu. Das in Österreich normierte

Glücksspielmonopol sei insbesondere auf Grund seiner Inkohärenz insgesamt unionsrechtswidrig. Auf Grund des grenzüberschreitenden Sachverhaltes sei das Unionsrecht unmittelbar anwendbar. Die in Österreich bestehenden Regelungen für die Genehmigungserteilung, insbesondere die freihändige Vergabe von Konzessionen in Gestalt eines konstitutiv wirkenden Feststellungsbescheides oder Verpflichtungsbescheides würden gegen Unionsrecht verstoßen. Das NÖ Spielautomatengesetz stelle keine taugliche Rechtsgrundlage für die Erlassung dieser zu Gunsten der klagenden Partei erlassenen Bescheide dar. Die Vergabe sei damit intransparent und dem Unionsrecht widersprechend. Die in ähnlichen Causen ergangenen Entscheidungen des VfGH und des VwGH seien Einzelfallentscheidungen und damit nicht auf den vorliegenden Rechtsstreit, in dem andere Feststellungen zu treffen seien, unmittelbar anwendbar. Zum Anderen würden diese Entscheidungen, auf die auch Entscheidungen des OGH aufbauen, den Entscheidungen des EuGH widersprechen. Die Durchführung eines Beweisverfahrens auch im vorliegenden Verfahren sei daher erforderlich. Sie hätten bei Betrieb der Automaten eine vertretbare Rechtsansicht eingenommen, während die Rechtsprechung des OGH unionsrechtswidrig sei. Diese Unionsrechtswidrigkeit sei auch im Provisorialverfahren wahrzunehmen, die Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens sei indiziert.

Zur Bescheinigung des dem Sicherungsantrag unterstellten Sachverhaltes legte die klagende Partei die Beilagen ./A bis ./G vor. Die von ihr angebotene Einvernahme des Zeugen [REDACTED] konnte im Hinblick auf die Außerstreitstellungen unterbleiben.

Zur Bescheinigung des Bestreitensvorbringens legten die beklagten Parteien die Beilagen ./1 bis ./10 vor. Im Hinblick auf die Außerstreitstellungen und die rechtliche Beurteilung konnte die Einvernahme der Beklagten sowie die der Zeugen [REDACTED] und eines sonstigen, namentlich nicht genannten informierten Vertreters der Finanzpolizei unterbleiben. Auch die Anträge auf Einholung von Sachverständigengutachten, und Einvernahme der Zeugen [REDACTED] waren – soweit sie nicht sowie so ausschließlich im Hauptverfahren gestellt wurden – aus rechtlicher Überlegung nicht aufzunehmen.

Von folgendem ergänzenden Sachverhalt ist als bescheinigt auszugehen:

Die Beklagten verfügen über keine Bewilligung einer österreichischen oder ausländischen Behörde für die Durchführung von Glücksspielen in Form der Ausspielung und können keine Rechte von einer erteilten Bewilligung oder Konzession von Dritten, insbesondere einer englischen Gesellschaft ableiten.

Mit Bescheid des Amtes der NÖ Landesregierung vom 08.03.2012, IVW/-GA-104/004-2011 wurde der Klägerin auf Grund ihres Antrages die Bewilligung von Landesausspielungen mit

1339 Glücksspielautomaten für die Dauer von 15 Jahren erteilt und führt aufgrund dieser Bewilligung an verschiedenen Orten Niederösterreichs gewerbsmäßig Glücksspiele mit Automaten durch (Beilage ./B).

Mit Entscheidung des VwGH vom 11.5.2016, 2013/02/0094 wurde dieser Bescheid wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben. Der Gerichtshof begründete dies im Wesentlichen damit, dass das Ermittlungsverfahren von der NÖ Landesregierung ohne Beiziehung von Sachverständigen und ohne mündliche Verhandlung im Wege eines reinen Aktenverfahrens durchgeführt und dabei dem bei einem derartigen Verfahren einzuhaltenden Transparenzgebot ohne Begründung widersprochen wurde, indem sie Mitbewerbern nicht im ausreichendem Maße die von ihnen beantragte Akteneinsicht zukommen ließ. Der angefochtene Bescheid wurde daher gemäß § 42 Abs. 2 Z. 3 lit. c VwGG wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben (Beilage ./3).

Mit Bescheid des Amtes der NÖ Landesregierung vom 26.9.2016, IVW7-GA-104/038-2016 stellte die Behörde auf Grund eines Antrages der Klägerin vom 16.9.2016 und von Amts wegen fest, dass die Klägerin *„1. aufgrund der am 8. März 2012 mit Bescheid der NÖ Landesregierung vom 8. März 2012 [...] erteilten Bewilligung für den Betrieb von 1339 Glücksspielautomaten in Form von Landesausspielungen, diese Bewilligung bescheidmäßig ab erfolgter Zustellung dieser Bewilligung am 9. März 2012, ohne Unterbrechung auszuüben hatte sowie infolge der Behebung dieses Bescheides mit Erkenntnis des VwGH vom 11.5.2016 [...] zugestellt am 20. Mai 2016, während einer Dauer von längstens 18 Monaten – die Frist kann auf Antrag von der Landesregierung verkürzt werden – ab dem 20. Mai 2016 weiter bescheidmäßig und ohne Unterbrechung auszuüben hat und 2. berechtigt und verpflichtet war und ist, in den angeführten Zeiträumen und ohne Unterbrechung der nach §§ 7, 8 und 9 des NÖ Spielautomatengesetzes 2011 erteilten oder zu erteilenden Bewilligung und unter Einhaltung der darin enthaltenen Vorschriften, die jeweils bewilligten Automatenalons und auch die jeweils bewilligten 1339 Glücksspielautomaten in Niederösterreich zu betreiben.“* Die Behörde verwies dabei in ihrer Begründung im Wesentlichen auf die Fortbetriebsbestimmungen (Betriebspflicht) durch den Konzessionär bei nachträglichem Wegfall der Konzession (Beilagen ./B2, ./4).

Mit Erlassung des GSpG und der dadurch erfolgten Monopolisierung des Glücksspielwesens verfolgte der Gesetzgeber das wirkliche Ziel, den Spieler- und Jugendschutz in Österreich zu forcieren und die mit dem Glücksspiel einhergehende Kriminalität vor allem im Bereich der Geldwäsche zu bekämpfen.

In Österreich verfügen die gesellschaftsrechtlich verbundenen Casinos Austria AG und die österreichischen Lotterien GmbH über die notwendigen Konzessionen nach dem GSpG zur

Durchführung von Wetten und Glücksspielen.

Es kann im Provisorialverfahren nicht festgestellt werden, dass die Casinos Austria AG bei der Veranstaltung von Glücksspielen nicht bestrebt waren, krankhafter Spielsucht vorzubeugen und Jugendliche von Spielen abzuhalten, um die vom Gesetzgeber geplanten ordnungs-politischen Ziele (Spielerschutz, Kriminalitätsbekämpfung) erreichen zu können.

Es kann im Provisorialverfahren nicht festgestellt werden, dass Art, Inhalt und Umfang der Werbung der Konzessionsinhaber nicht maßvoll und nicht eng auf das begrenzt waren, was erforderlich war, um Verbraucher zu den kontrollierten Spielernetzwerken zu lenken.

Es kann im Provisorialverfahren nicht festgestellt werden, dass es trotz der Ausgestaltung des Glücksspielrechts in den letzten Jahren zu einer Ausweitung der Spielsucht samt den damit verbundenen Problemen und einer Steigerung der mit Glücksspiel einhergehenden Kriminalität kam.

Der festgestellte Sachverhalt beruht auf folgender Würdigung der Bescheinigungsmittel:

Soweit sich der Sachverhalt auf Urkunden stützt, sind die entsprechenden Urkunden bei den Feststellungen zitiert.

Die Beklagten brachten nicht einmal ansatzweise vor, über irgendwelche Bewilligungen oder Konzessionen zu verfügen, Glücksspiele in Form von Ausspielungen betreiben zu dürfen. Noch weniger kann dem Vorbringen eine solche Bewilligung oder Konzession für einen Dritten, von dem die Beklagten Rechte allenfalls abableiten könnten, entnommen werden, zumal nicht einmal der Name der angeblich englischen Betreibergesellschaft genannt wurde.

Das vom Gesetzgeber angestrebte Ziel der Regelungen im Glücksspielbereich ergibt sich aus den Erläuterungen zum GSpG, die diese Zielsetzungen wiedergeben. Dass ein Monopol – neben anderen regulatorischen Maßnahmen - grundsätzlich geeignet sein kann, diese genannten Ziele auch wirklich zu erreichen, ist allen Entscheidungen des EuGH immanent, sodass kein Anhaltspunkt gegeben ist, an den Zielsetzungen des Gesetzgebers zu zweifeln.

Die im Übrigen getroffenen negativen Feststellungen ergeben sich schon daraus, dass der Äusserung und der damit verbundenen Klagebeantwortung, die sich im Wesentlichen im Zitieren von und dem Auseinandersetzen mit bisher in erkennbar ähnlich gelagerten Causen ergangenen Entscheidungen auseinandersetzt, ein konkretes Sachvorbringen dazu nicht entnommen werden kann. Die Beklagten gehen – wie in ähnlich gelagerten Causen - davon aus, dass sich die behauptete Unionsrechtswidrigkeit aus einem im Verfahren festzustellenden, tatsächlichen Sachverhalt ergebe. Unabhängig davon, dass sich das Gericht dieser Beurteilung nicht anschließt, oblag es damit den Beklagten, den für ihren Standpunkt

sprechenden Sachverhalt zu behaupten und durch entsprechende Bescheinigungsmittel nachzuweisen. Die Beklagten entsprachen bereits dieser Behauptungslast nicht.

Nach Darstellung ihres Geschäftsbetriebes und der in dessen Zuge aufgestellten Glücksspielgeräte in Punkt 1. und einer Darlegung der rechtlichen Rahmenedingungen in Punkt 2. ihrer Äußerung gehen die Beklagten in den Punkten 3. und 4. auf die mangelnde Aktivlegitimation der Klägerin und insbesondere auf die rechtsunwirksame Konzessionserteilung an diese ein. Ein Sachvorbringen zur behaupteten Unionsrechtswidrigkeit des österreichischen Glücksspielgesetzes ist hier nicht enthalten.

In Punkt 5. der Äußerung wird lediglich ein vom LG Korneuburg zu 1 Cg 91/14x eingeleitetes Vorabentscheidungsverfahren zitiert und unter Vorschlag einer Fragestellung die Vorlage an den EuGH auch im vorliegenden Verfahren angeregt. Ein Sachvorbringen zur behaupteten Unionsrechtswidrigkeit des österreichischen Glücksspielgesetzes ist hier nicht enthalten.

In Punkt 6. der Äußerung erfolgt eine Auseinandersetzung mit einer Entscheidung des VfGH im Abgleich zur Rechtsprechung des EuGH. Dies unter ausdrücklichem Hinweis, dass jener (unrichtigen) Entscheidung des VfGH ein konkreter, vom LwG OÖ festgestellter Sachverhalt zu Grunde gelegen sei und der VfGH bei anderen Sachverhaltsfeststellungen auch zu einer anderen Beurteilung der Unionsrechtskonformität hätte gelangen können. Welcher andere Sachverhalt dies sein und im gegenständlichen Verfahren festgestellt werden soll, wird jedoch nicht vorgebracht. Die bloße Rechtsausführung, eine Gesamtkohärenz könne schon wegen der Werbepolitik der österreichischen Konzessionäre nicht vorliegen, kann keine Basis für begehrte, konkrete Sachverhaltsfeststellungen sein. Auch die neuerlich formulierten, an den EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegenden Fragen ersetzen ein Sachvorbringen nicht.

In Punkt 7. der Äußerung erfolgt eine Auseinandersetzung mit einer Entscheidung des VwGH im Abgleich zur Rechtsprechung des EuGH unter Hinweis darauf, dass jedes Gericht die Unionsrechtskonformität an Hand der im jeweiligen Verfahren getroffenen Feststellungen selbständig zu prüfen hat. Welche Feststellungen – folgt man der rechtlichen Beurteilung der beklagten Partei – im vorliegenden Verfahren zu treffen sind, wird auch in diesem Abschnitt nicht ausgeführt. Lediglich der letzte Absatz dieses Punktes lässt dies ansatzweise erahnen: *„Es wurde bereits dargelegt, dass die Werbung der österreichischen Konzessionäre nicht maßvoll und eng auf das begrenzt ist, was notwendig ist, um die Verbraucher zu den erlaubten Spielnetzwerken zu leiten. Im Folgenden wird auch kurz im Einzelnen dargetan, dass für jede nach der Rechtsprechung des EuGH inkriminierte Werbeform entsprechende Beweismittel/ Bescheinigungsmittel vorgelegt werden.“* In der Folge werden Rückschlüsse aus den Beilagen ./5 bis ./8 gezogen: Aus Beilagen ./5 und ./6 ergebe sich, dass Verbraucher durch die Werbung mit „Newslettern“ der Konzessionäre und unter verführerischer Inaussichtstellung bedeutender Gewinne zu aktiver Teilnahme am Spiel angeregt werden. Den Spielen

würde insbesondere durch die Verbindung mit karitativer Tätigkeit ein positives Image verliehen (Beilage ./7). Der expansionistische Charakter der Werbepolitik der Konzessionäre komme besonders gut bei den zielgruppenfokussierten Werbungen Beilage ./8 zum Ausdruck.

Nach Ansicht des Gerichtes stellen all diese Werbemittel lediglich Schlaglichter eines Unternehmensauftrittes in der Öffentlichkeit dar. Das daraus von den Beklagten erkennbar abgeleitete Sachvorbringen kann aber mit den festgestellten Zielsetzungen des Gesetzgebers in Deckung gebracht werden und insbesondere der Kanalisierung der Spielsucht in geordnete Bahnen dienen, um die vom EuGH für die Zulässigkeit eines Monopols aufgestellten Bedingungen zu erfüllen. An den getroffenen (negativen) Feststellungen ändern diese Urkunden daher nichts.

Unter Punkt 8. der Äusserung legen die Beklagten dar, warum nach ihrer Überzeugung mangels Bindungswirkung zur Judikatur der Höchstgericht die Durchführung eines Beweisverfahrens zur Sachverhaltsfeststellung erforderlich sei. Welcher konkrete Sachverhalt sich aus einem solchen Beweisverfahren ergeben soll, ist wiederum nicht näher ausgeführt.

In Punkt 9. gehen die Beklagten auf die Vertretbarkeit ihrer Rechtsansicht ein, in Punkt 10. auf die Wahrnehmbarkeit der Unionsrechtswidrigkeit auch im Provisorialverfahren, im Punkt 11. und 12. schließlich auf die Inkohärenz des österreichischen Glückspielmonopols zu den Landesregelungen und zu den Regelungen im Bereich von Sportwetten. Auch hier lässt sich ein konkret gewünschter Sachverhalt zur Unionsrechtswidrigkeit des österreichischen Glückspielmonopols nicht ableiten.

Als weitere Beweis- und Bescheinigungsmittel im Provisorialverfahren wurde alleine die Einvernahme der beklagten Parteien und der Zeugen [REDACTED] (zum Thema faktische Geschäftsverteilung innerhalb der 1. Beklagten, Betrieb der Geräte durch eine englische Gesellschaft, Entfernung der Geräte, Nationalität der Kunden) angeboten. Diese Beweisthemen waren aber im Provisorialverfahren nicht entscheidungsrelevant, sodass deren Aufnahme unterbleiben konnte.

Als bloße Beweismittel (und nicht auch als Bescheinigungsmittel) wurde die Einvernahme der Zeugen [REDACTED] beantragt. Dies zum Beweis dafür, *„dass Sportwetten ein ähnlich hohes Suchtpotential wie Glücksspielautomaten aufweisen und die Werbung der österreichischen Konzessionäre negative Auswirkungen auf die österreichische Bevölkerung hat, als insbesondere suggeriert wird, dass man mit Glücksspiel seine Probleme lösen kann“*. Weiters wurde zum Beweis dafür, dass die Werbung der österreichischen Konzessionäre darauf abzielt neue Zielgruppen anzusprechen, die Einholung eines Gutachtens beantragt, ebenso die Einvernahme Dr. Kampusch und Neßhold. Selbst wenn es sich dabei tatsächlich auch um Bescheinigungsmittel im Provisorialverfahren

handeln sollte, wären die dazu angegebenen Bescheinigungsthemen alleine nicht geeignet, zu anderen als den getroffenen Feststellungen zu führen. Im Übrigen stellt die Einholung eines Gutachtens kein parates Bescheinigungsmittel dar.

Naturgemäß dient Werbung dazu, beim Konsumenten positive Assoziationen dem beworbenen Produkt gegenüber zu entwickeln und ein positives Image zu erreichen, widrigenfalls die Werbemaßnahme wohl zweckverfehlend und unsinnig wäre. Ebenso verlangt der Wettbewerb im Allgemeinen, die Marktstellung durch das Anbieten auch neuer Produkte oder Produktgruppen zu erhalten und gegenüber allfälligen (bei einem gesetzlichen Monopol illegalen) Mitbewerbern zu festigen. Alleine der Umstand der durch die Beilagen dokumentierten Werbetätigkeit lässt daher keinen Rückschluss darauf zu, dass damit nicht die festgestellten ordnungspolitischen Ziele erreicht werden sollen. Liegt das ordnungspolitische Ziel nämlich auch in der Kanalisierung der Spielertätigkeit in die kontrollierten Bahnen eines oder weniger legalen Monopolisten, so kann wohl auch dieser auf Werbetätigkeit nicht verzichten, um gegenüber etwaigen nicht legalen Anbietern nicht ins Hintertreffen zu gelangen. Aus den vorgelegten Werbemitteln kann auch im Zusammenhang mit den dazu von den beklagten Parteien gezogenen Rückschlüssen nicht der Schluss gezogen werden, der Monopolist halte die vom EuGH für die Schaffung eines Monopols geforderten Voraussetzungen nicht ein. Auch der EuGH erwartet in seinen Entscheidungen nicht, dass in einem zulässigen Monopol jegliches gewinnorientiertes Streben unterlassen und jede wirtschaftlich erfolgreiche Werbemaßnahme hintangestellt wird. Die vom EuGH dazu aufgestellten Kriterien können nicht Selbstzweck sein. Auch Monopolisten sind am Markt wirtschaftlich tätige Unternehmen, die naturgemäß – im Rahmen der ihnen vorgegebenen ordnungspolitischen Zielsetzungen – in Verantwortung gegenüber ihren Gesellschaftern gewinnorientiert handeln müssen.

Konkrete Zweifel dafür, dass den vom EuGH für ein zulässiges Monopol verlangten sachlichen Kriterien vom Gesetzgeber oder den Konzessionären nicht entsprochen wurde, können damit im Provisorialverfahren nicht abgeleitet werden.

Weder aus den vorgelegten Urkunden noch aus den zu den Zeugenanträgen geführten Beweisthemen lässt/ließe sich irgendein Rückschluss darauf ableiten, dass durch die monopolistische Regelung des GSpG die vom Gesetzgeber angestrebten ordnungspolitischen Ziele der Verringerung bzw. Vorbeugung der Spielsucht und der Bekämpfung der Kriminalität tatsächlich nicht erreicht wurden.

Rechtlich folgt daraus:

Das in Frage stehende Automatenpiel ist aufgrund des außer Streit gestellten Sachverhaltes als Ausspielung im Sinne des § 2 GSpG zu qualifizieren.

Da die Beklagten nicht über eine Konzession nach dem GSpG oder eine Bewilligung nach dem NÖ SpielautomatenG verfügen oder eine solche von einem Dritten ableiten, ist von verbotenem bzw. illegalem Glücksspiel auszugehen.

Der EuGH hat bereits in mehreren Entscheidungen festgehalten, dass für jede mit den nationalen Rechtsvorschriften auferlegte Beschränkung des freien Marktes gesondert zu prüfen sei, ob diese geeignet sei, die im Mitgliedstaat geltend gemachten Ziele zu gewährleisten, oder ob sie darüber hinaus gehe, was zur Erreichung der Ziele erforderlich sei (Rs C-338/04 „Placanica“, Rz 49). Auch in der Rs C-316/07 „Stoß“ hielt der EuGH die grundsätzliche Eignung eines staatlichen Monopols zur Verwirklichung des mit seiner Errichtung verfolgten Ziels, Anreize für die Bürger zu übermäßigen Ausgaben für das Spielen zu vermeiden und die Spielsucht zu bekämpfen, fest. Ebenso stellte der EuGH bereits Kriterien zur zulässigen, maßvollen und eng begrenzten Bewerbung des Inhabers des staatlichen Monopols auf (Rs C-347/09 „Dickinger/Ömer“).

Nach Ansicht des Gerichtes kann der aufrechte unionsweite oder auch nur innerstaatliche Rechtsbestand nicht von den Feststellungen eines einzelnen Gerichtes oder einer einzelnen Behörde über die tatsächlichen Auswirkungen einer gesetzlichen Regelung abhängen (es sei denn dieses Gericht hätte gleichzeitig die Kompetenz zur Aufhebung oder Abänderung der geprüften gesetzlichen Regelung). Ansonsten käme es - dem Gleichheitsgrundsatz widersprechend - dazu, dass der Rechtsbestand nicht für alle Rechtsunterworfenen den gleichen Umfang aufweist.

Unabhängig davon verstoßen aber die monopolistischen Regelungen des österreichischen Glücksspielgesetzes schon aufgrund der im Verfahren getroffenen (negativen) Feststellungen nicht gegen Unionsrecht und sind damit als Teil des aufrechten Rechtsbestand für jedermann anwendbar.

In seiner Entscheidung vom 15.10.2016, E945/2016 formulierte der VfGH den Leitsatz: *„Keine Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielmonopols sowie der zahlenmäßigen Beschränkung der Konzessionen zum Betrieb von Glücksspielautomaten; tatsächliche Auswirkungen der glücksspielrechtlichen Bestimmungen, insbesondere der Regelungen über Werbemaßnahmen der Inhaber von Glücksspielkonzessionen, mit den Vorgaben des Unionsrechts im Einklang; daher kein Verstoß gegen das Gleichheitsrecht wegen Inländerdiskriminierung.“*

Diesem Leitsatz ging ein Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich (und andere Verfahren) voraus, in dem dieselben Sach- und Rechtsfragen zu prüfen waren, wie im gegenständlichen Verfahren. In jenem Verfahren kam es zur Prüfung der Unionsrechtskonformität des GSpG durch den VfGH im Sinne der auch hier entscheidungsrelevanten Rechtsprechung des EuGH. Insbesondere die nunmehr vorgelegten Urkunden rechtfertigen

ein Abweichen von der Rechtsprechung des VfGH nicht. In diesem Sinn werden daher folgende, dem VfGH-Erkenntnis zu Grunde liegenden Überlegungen auch vom erkennenden Gericht geteilt: *„Dem evidenten Spielsuchtproblem in Österreich sollte gerade auch durch das im GSpG geregelte Monopol entgegengetreten werden, wobei es sich bei der Normierung eines Monopolsystems um eine geeignete Maßnahme handelt, um den negativen Erscheinungen unkontrollierten Glücksspieles entgegenzuwirken. Durch die zur Vollziehung berufenen Behörden erfolgt einerseits die Kontrolle der Einhaltung der Anforderungen an die Konzessionäre und andererseits die tatsächliche Verfolgung und Ahndung des illegalen Glücksspiels. Insbesondere die Kontrollen der Konzessionäre, die Maßnahmen zur Bekämpfung des illegalen Glücksspiels, die Festlegung der Anbindung der Glücksspielautomaten und Videolotterieterminals der konzessionierten Unternehmen an die Bundesrechenzentrum GmbH sowie auch die Einrichtung der Spielerschutzstelle, zeigten, dass die Umsetzung der gesetzlichen Vorgaben in kohärenter und systematischer Weise erfolgt seien. Die Werbetätigkeit der Konzessionäre bzw Bewilligungsinhaber habe in ihrer Gesamtheit im Ergebnis jedenfalls kein Wachstum des gesamten Markts für Glücksspiele bewirkt.“*

Ebenso zutreffend sind die weiteren rechtlichen Ausführungen des VfGH in jener Entscheidung: *„Ausgehend von den sachverhältnismäßigen Feststellungen des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich, das sich eingehend mit den tatsächlichen Auswirkungen der einschlägigen Bestimmungen des GSpG, unter anderem mit den Auswirkungen der Werbetätigkeiten der Konzessionäre und Bewilligungsinhaber, auseinandersetzt, kann der VfGH keine Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielmonopols bzw der zahlenmäßigen Beschränkungen der Glücksspielkonzessionen erkennen. Der VfGH vermag sich der Rechtsauffassung des OGH in seinem Antrag zu G103/2016 ua nicht anzuschließen; der OGH betrachtet nämlich isoliert konkrete Werbetätigkeiten einzelner Konzessionäre, ohne eine gesamthafte Würdigung aller Auswirkungen auf dem Glücksspielmarkt im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union vorzunehmen. Das Ergebnis wird auch durch die Rechtsprechung des VwGH im E v 16.03.2016, Ro 2015/17/0022, gestützt. Keine Inländerdiskriminierung. Da eine Unionsrechtswidrigkeit der einschlägigen glücksspielrechtlichen Bestimmungen nicht zu erkennen ist, fehlt es schon an einem wesentlichen Kriterium für einen Sachverhalt, der als sogenannte Inländerdiskriminierung am Gleichheitsgrundsatz zu prüfen wäre. Ein Verstoß gegen das Recht auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz gemäß Art7 Abs1 B-VG und Art2 StGG wegen Inländerdiskriminierung scheidet somit aus.“*

Der OGH übernahm in seiner, in einem ähnlich gelagerten Verfahren (und auch in anderen Verfahren) ergangenen Entscheidung diese rechtliche Beurteilung des VfGH und führte aus:

„Mit Erkenntnis vom 15. 10. 2016 zu E 945/2016-24 ua wies der Verfassungsgerichtshof

mehrere Beschwerden ab, die gegen die gesetzliche Beschränkung des Glücksspiels gerichtet waren. Den Beschwerden lagen Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zugrunde, in denen die Beschlagnahme und Einziehung von Glücksspielautomaten verfügt bzw Verwaltungsstrafen wegen unerlaubten Glücksspiels mit solchen Automaten verhängt worden waren. Die Beschwerdeführer, die sich den Bedenken des Obersten Gerichtshofs anschlossen, erachteten die gesetzliche Beschränkung der Zahl der Konzessionen zum Betrieb von Glücksspielautomaten als Verstoß gegen Unionsrecht. Diese Unionsrechtswidrigkeit führe wiederum zu einer gleichheits- und damit verfassungswidrigen „Inländerdiskriminierung“. Der Verfassungsgerichtshof ging inhaltlich davon aus, dass die Bestimmungen des GSpG allen vom EuGH aufgezeigten Vorgaben des Unionsrechts entsprechen. Insbesondere enthalte das GSpG Regelungen, die sicherstellen sollten, dass Werbemaßnahmen der Inhaber von Glücksspielkonzessionen nicht mit den Zielen dieses Gesetzes (die auch in der Vorbeugung der Spielsucht bestehen) in Konflikt geraten. Die österreichischen Bestimmungen liefen auch auf Grund ihrer tatsächlichen Auswirkungen nicht dem Unionsrecht zuwider. Das österreichische System der Glücksspielkonzessionen verstoße daher nicht gegen Unionsrecht. Für eine „Inländerdiskriminierung“, die dieses System als verfassungswidrig erscheinen ließe, bestehe somit kein Anhaltspunkt. Zeitlich zwischen dem Anfechtungsbeschluss des Senats und den Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofs wurde die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs vom 16. 3. 2016 zu Ro 2015/17/0022 veröffentlicht, in der sich der Verwaltungsgerichtshof eingehend mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union und der unionsrechtlichen Zulässigkeit von Beschränkungen der Glücksspieltätigkeiten durch das GSpG auseinandersetzte. Der Verwaltungsgerichtshof verneinte eine Unionsrechtswidrigkeit der einschlägigen Bestimmungen des GSpG. Es sei belegt, dass das vom österreichischen Gesetzgeber seit langer Zeit gewählte System zur Beschränkung der Möglichkeiten, in Österreich an Glücksspielen teilzunehmen, die vom Gesetzgeber angestrebten Ziele des Spielerschutzes, sowie der Bekämpfung von Spielsucht und Kriminalität im Zusammenhang mit Glücksspielen erreichen. Die angestrebten Ziele des Spielerschutzes, der Spielsuchtbekämpfung, der Verringerung der Beschaffungskriminalität sowie der Verhinderung von kriminellen Handlungen gegenüber Spielern würden durch die im GSpG vorgesehenen Bestimmungen eines – sich in der Realität des Glücksspielmarktes nicht auswirkenden – Glücksspielmonopols des Bundes kombiniert mit einem Konzessionssystem unter Beschränkung der Anzahl der zu vergebenden Konzessionen betreffend Lotterien und Spielbanken sowie eines (reinen) Bewilligungssystems unter Beschränkung der Anzahl der zu vergebenden Bewilligungen betreffend Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten sowie der Bestimmungen zur Hintanhaltung von illegalem Glücksspiel (§ 52f GSpG), in kohärenter und systematischer Weise verfolgt. Auch in der Zusammenschau mit der zitierten

Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs erachtet der Senat durch die inhaltliche Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs die unions- und verfassungsrechtlichen Fragen hinreichend als geklärt. Ungeachtet der Zurückweisung der Anträge des Senats aus formalen Gründen ging der Verfassungsgerichtshof im Erkenntnis über die Bescheidbeschwerden umfassend auf die Vorgaben des EuGH zur Unionsrechtskonformität von Glücksspielrechtsnormen und auch auf die vom Senat gegen die österreichische Rechtslage geäußerten Bedenken ein. Dabei wurde auch die Frage eines maßvollen Werbeauftritts der Konzessionäre behandelt, insgesamt aber eine gesamthafte Würdigung aller Auswirkungen auf dem Glücksspielmarkt im Sinn der Rechtsprechung des EuGH vorgenommen. Den entsprechenden Einwänden der Beklagten kommt daher keine Berechtigung zu. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts erübrigt sich damit eine Ergänzung des Beweisverfahrens zu den Auswirkungen des Glücksspielmonopols, sodass das Klagebegehren im Sinne einer Klagestattgebung spruchreif ist.“

Dieser Rechtsansicht schließt sich das erkennende Gericht im Ergebnis an und kann eine Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielgesetzes nicht erkennen.

Darüber hinaus sind nach Ansicht des Gerichtes die tatsächlichen Auswirkungen des Monopols, die dessen Zulässigkeit begründen, nicht an Hand der Ergebnisse eines Beweisverfahrens im Einzelfall zu treffen. Vielmehr ist, wie auch der VfGH ausführt, eine gesamthafte Würdigung der Auswirkungen auf den Glücksspielmarkt zu Grunde zu legen. Eine solche lässt sich damit zum Einen weder aus einzelnen Aussagen mehr oder weniger beteiligter Zeugen über konkrete Einzelsachverhalte noch aus Urkunden über einzelne Werbemaßnahmen von (monopolistischen) Konzessionären erzielen, sondern bloß aus einer allgemeinen (gesamthaften) Beurteilung der monopolistischen Regelung an sich. Auch allenfalls eingeholte Gutachten könnten zur Beurteilung der Auswirkungen des Glücksspielgesetzes nur anhand empirisch zu erhebender Daten einen Abgleich etwa der Spielsucht vor und nach Einführung des Gesetzes vornehmen. Zur gesamthaften Würdigung wäre aber ein Abgleich mit der tatsächlichen Entwicklung ohne die Geltung des Glücksspielgesetzes erforderlich, die auch einem Gutachter nur aus allgemeinen Überlegungen heraus möglich wäre.

Zum Anderen hat sich die gesamthafte Würdigung der Auswirkungen einer monopolistischen Konzessionserteilung alleine an den Auswirkungen eines freien, nicht durch das Monopol eingeschränkten Marktes zu messen. Insbesondere bei der Prüfung, ob es trotz Monopols zu einer Ausweitung der Glücksspielsucht und/oder Kriminalität gekommen ist, ist ein Vergleich zu der Alternative anzustellen, dass eine derartige Regelung überhaupt nicht besteht. Nur aus dieser Sicht machen die vom EuGH aufgestellten Kriterien, unter denen eine Einschränkung des freien Marktes zulässig sind, einen Sinn. Die Auswirkungen alternativer rechtlicher

Gestaltungen des Glückspielmarktes haben daher jedenfalls außer Betracht zu bleiben; rechtspolitische Beurteilungen haben nicht die Gerichte sondern die dazu aufgerufenen gesetzgebenden Organe anzustellen.

Es ist jedenfalls davon auszugehen, dass in einem freien Markt die nunmehr von den Beklagten monierten Werbemaßnahmen nicht nur von einem einzelnen Betreiber gesetzt worden wären, sondern von allen Mitbewerbern in sich wechselseitig überbietendem Umfang; dies ist gerade der Sinn eines freien, gewinnorientierten Wettbewerbes. Die Beklagten bringen auch gar nicht vor, dass sie im Falle eines Zuganges zum Wettbewerb nicht genauso agieren würden. Ebenso würden bei einer gänzlichen Nichtanwendbarkeit des Glückspielgesetzes auch die Schützmaßnahmen, die nach dem EuGH als begründete Eingriff in den freien Markt zulässig sind wie etwa die Regelungen zur Identitätskontrolle und zum Jugendschutz, unanwendbar sein. Auch daraus lässt sich zweifelsfrei ableiten, dass die vom EuGH geforderten Kriterien durch das im Glücksspielgesetz normierte Monopol eher eingehalten werden, als es ein regelungsfreier Markt tun würde, zumal derartige Zielsetzungen den zu erwartenden Gewinn jedenfalls schmälern und damit von gewinnorientiert denkenden Unternehmen in einem Konkurrentverhältnis nicht freiwillig übernommen werden. Dass in einem freien Markt derartige Beschränkungen wie etwa Zugangskontrollen nicht ohne gesetzlichen Zwang eingerichtet werden, lässt sich schon aus der freien Zugänglichkeit der im gegenständlichen Verfahren inkriminierten Geräte erkennen. Es liegt damit kein Anhaltspunkt und damit auch kein Ergebnis des Bescheinigungsverfahrens vor, dass das österreichische Glücksspielgesetz die vom EuGH geforderten Kriterien nicht erfüllt.

Unter Hinweis auf die Entscheidung des VwGH über die Aufhebung der erteilten Konzession bestreitet die Beklagte die aktive Klagslegitimation. Die Klägerin legt zum Nachweis ihrer Legitimation den Bescheid des Amtes der NÖ Landesregierung vom 26.9.2016, IVW7-GA-104/038-2016 vor (Beilage .B2). Nach diesem war sie nicht berechtigt, dieser Entscheidung zuwider den Betrieb einzustellen, unabhängig davon, ob er bereits in Rechtskraft erwuchs oder nicht. Die Beurteilung, ob dieser Bescheid rechtskonform erlassen wurde, hat im dazu vorgesehenen Verwaltungsverfahren zu erfolgen. Dem erkennenden Gericht ist es verwehrt, den Bescheid zu prüfen oder ihm gar eine Rechtsverbindlichkeit abzusprechen. Die Klägerin war dementsprechend gar nicht berechtigt, zu Gunsten der Beklagten Glücksspiele nicht zu veranstalten. Ist sie aber auf Grund der bescheidmäßig festgestellten Betriebspflicht zur unternehmerischen Tätigkeit verpflichtet und führt sie diese entsprechend aus, so ist sie auch berechtigt, sich auf die wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen zu stützen.

Damit kann auch der Einwand, die bescheidmäßig erfolgte Konzessionsvergabe sei intransparent und damit sowohl dem Uninsrecht als auch dem österreichischen Glücksspielgesetz widersprechend im gerichtlichen Verfahren nicht mit Erfolg aufgegriffen

werden.

Zuletzt sehen die Beklagten die Unionsrechtswidrigkeit des österreichischen Glücksspielmonopols auch darin gelegen, dass die unterschiedlichen, das Glücksspiel regelnden Landesgesetze im Verhältnis zueinander aber auch im Verhältnis zu den Regelungen betreffend Sportwetten ohne sachlich ausreichende Begründung abweichend sind und sich damit die Regelungen bundesweit als inkohärent erweisen. Unterschiedliche, dem föderalistischen Prinzip entspringende Landesregelungen führen aber nicht per se zu einer ein bundesweites Monopol unzulässig machenden Inkohärenz und ist eine solche den im Provisorialverfahren zu treffenden Feststellungen auch nicht zu entnehmen. Im Hinblick auf den unterschiedlichen Regelungsbereich kann eine Inkohärenz im Zusammenhang mit Sportwetten nicht erkannt werden. Die zu diesen Themen beantragte Einholung eines Sachverständigengutachtens konnte im Provisorialverfahren darüber hinaus schon deswegen unterbleiben, als es sich nicht um ein parates Bescheinigungsmittel handelt.

Gemäß § 1 Abs 1 Z 1 UWG kann derjenige, der im geschäftlichen Verkehr eine unlautere Geschäftspraktik oder sonstige unlautere Handlung anwendet, die geeignet ist, den Wettbewerb zum Nachteil von Unternehmen nicht nur unerheblich zu beeinflussen, auf Unterlassung und bei Verschulden auf Schadenersatz in Anspruch genommen werden. Anhaltspunkte, wonach anzunehmen ist, dass durch das Verhalten der Beklagten in den Wettbewerb nur unerheblich eingegriffen werde, lagen nicht vor.

Der wettbewerbsrechtliche Unterlassungsanspruch richtet sich nicht nur gegen den unmittelbaren Täter, sondern auch gegen Mittäter, Anstifter und Gehilfen, weshalb von einem weiten Störerbegriff auszugehen ist. Umfasst ist somit jeder, der am wettbewerbswidrigen Verhalten des unmittelbaren Täters mitwirkt, indem er durch eigenes Verhalten den Verstoß eines anderen selbständig handelnden Dritten fördert oder überhaupt erst ermöglicht. Das Aufstellen der Glücksspielautomaten bzw. Zurverfügungstellen von Standorten stellt einen Beitrag an einem wettbewerbswidrigen Verhalten dar. Damit ist es irrelevant, ob die inkriminierten Geräte von den Beklagten oder einer englischen Gesellschaft betrieben wurden, die Einvernahme der Beklagten dazu konnte daher unterbleiben.

Der Einwand der Drittbeklagten, sie sei nicht passiv klagslegitimiert, da sie bloß formal nicht aber faktisch die Geschäftsführung der Erstbeklagten inne hatte, greift nicht. Als handelsrechtliche Geschäftsführerin traf sie die Pflicht, Wettbewerbsverstöße des von ihr geführten Unternehmens bzw. der von ihr im Zuge des Betriebes eingesetzten Leute zu unterbinden. Auch durch ihr behauptetes ausschließlich passives Verhalten hat sie den Wettbewerb des Gerätebetreibers gefördert und wäre es ihr als Geschäftsführerin jederzeit möglich gewesen, rechtswidriges Glücksspiel in dem unter ihrer Geschäftsführung betriebenen Lokal zu verhindern.

Der Einwand der Beklagten, sie hätten die Geräte gleich nach Bekanntwerden der Entscheidung des VfGH demontiert, ändern am bis dahin erfolgten Wettbewerbsverstoß nichts. Mangels Anerkenntnis oder Abgabe einer Unterlassungserklärung ist Wiederholungsgefahr zu vermuten.

Eine mit guten Gründen vertretbare Rechtsansicht, wonach die Durchführung der Ausspielungen ohne erforderliche Bewilligung rechtlich zulässig sei, lag nicht vor. Einerseits ist der nationale Gesetzeswortlaut, gegen den die Beklagten durch ihr Verhalten verstoßen haben, eindeutig. Andererseits hat der EuGH zwar eine Reihe von Kriterien festgelegt, welche dazu führen, dass staatliche Monopole infolge einer Unvereinbarkeit mit bestimmten europäischen Grundfreiheiten unzulässig wären. Davon, dass diese Kriterien nicht eingehalten wurden, durften die Beklagten im Zweifel aber nicht ausgehen.

Unter Hinweis auf die zitierte oberstgerichtliche Judikatur sieht auch das erkennenden Gericht keinen Anlassfall für die Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens.

Landesgericht Korneuburg als Handelsgericht
Abteilung 6, Korneuburg, 29. März 2017
Mag. Robert Altmann, Richter

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG