



## Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch den Senatspräsidenten des Oberlandesgerichts Dr. Dallinger als Vorsitzenden sowie den Richter des Oberlandesgerichts Dr. Teply und den KR Ing. Maier, MBA, in der Rechtssache der klagenden Partei **Admiral Casinos & Entertainment AG**, Wiener Straße 158, 2352 Gumpoldskirchen, vertreten durch Ebert Huber Swoboda Oswald & Partner Rechtsanwälte GmbH in Wien, gegen die beklagten Parteien **1. G.G. Spiel- und Pokertischvermietungs GmbH**, Stadionstraße 36, 2700 Wiener Neustadt, **2. Peter Hajszan**, [REDACTED] beide vertreten durch Dr. Patrick Ruth, Rechtsanwalt in Innsbruck, wegen Unterlassung (Streitwert EUR 34.900,--) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert EUR 100,--), über die Berufung der beklagten Parteien gegen das Urteil des Landesgerichtes Wiener Neustadt als Handelsgericht vom 10.8.2017, 26 Cg 99/13h-44, in nicht öffentlicher Sitzung beschlossen und zu Recht erkannt:

I. Der Antrag der beklagten Parteien auf Einholung einer Vorabentscheidung durch den Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) wird zurückgewiesen.

II. Der Antrag auf Unterbrechung des Berufungsverfahrens bis zur Entscheidung des EuGH über die Vorabentscheidungsersuchen des Landesverwaltungsgerichts Oberös-

terreich vom 16.11.2016 zu Rs C-589/16 (Rechtssache *Filippi*) und vom 7.2.2017 zu Rs C-79/17 (Rechtssache *Gmalieva* ua) sowie über das Vorabentscheidungsverfahren zu C-3/17 (Rechtssache *Sporting Odds Limited*), wird abgewiesen.

III. Der Berufung wird **teilweise** Folge gegeben.

Das angefochtene Urteil wird dahin abgeändert, dass die Spruchpunkte 2. und 3. zu lauten haben wie folgt:

*„2. Die klagende Partei wird ermächtigt, den Ausspruch über das Unterlassungs- und Veröffentlichungsbegehren binnen 6 Monaten ab Rechtskraft ein Mal in einer Ausgabe der „Niederösterreichischen Nachrichten (NÖN)“, in der Lokalausgabe für Wr. Neustadt, auf Kosten der beklagten Parteien mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung in Normallettern, somit in gleich großer Schrift wie der Fließtext redaktioneller Artikel, zu veröffentlichen.*

*Das Veröffentlichungsmehrbegehren wird abgewiesen.*

*3. Die beklagten Parteien sind schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen die mit EUR 24.408,55 (darin EUR 3.944,71 USt und EUR 740,30 Barauslagen) bestimmten Prozesskosten zu ersetzen.“*

Die beklagten Parteien sind schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen die mit EUR 3.355,98 (darin EUR 559,33 USt) bestimmten Kosten der Berufungsbeantwortung zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt in Ansehung beider beklagten Parteien jeweils EUR 30.000,--.

Die ordentliche Revision ist **nicht** zulässig.

#### **E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :**

Unstrittig ist, dass die Klägerin Inhaberin der einzigen, ihr auf Basis des NÖ SpielautomatenG 2011 erteil-

ten Bewilligung für die Durchführung von von Glücksspiel in Form der Ausspielung mittels Automaten in Niederösterreich war. Mit Erkenntnis vom 11.5.2016 zu 2013/02/0094 hob der Verwaltungsgerichtshof den Bewilligungsbescheid auf. Mit Bescheid vom 29.09.2016 zu IVW7-A-104/038-2016 verpflichtete das Amt der Niederösterreichischen Landesregierung die Klägerin dazu, die Ausspielung mit den bewilligten Automatensalons und Glücksspielautomaten nach der Aufhebung durch das Erkenntnis des VwGH ab 20.5.2016 während einer Dauer von längstens 18 Monaten weiter zu betreiben.

Die Erstbeklagte betreibt am Standort 2700 Wiener Neustadt, Stadiongasse 36, das Lokal Poker Royal Card Casino, wofür sie über eine Gewerbeberechtigung für das Halten von erlaubten Kartenspielen ohne Bankhalter, bei denen der Spielerfolg nicht ausschließlich oder überwiegend vom Zufall abhängig ist, verfügt. Der Zweitbeklagte ist Geschäftsführer der Erstbeklagten.

Die Erstbeklagte hat in ihrem Lokal zehn Automaten aufgestellt, an welchen Spiele gespielt werden können, bei denen die Entscheidung über Gewinn und Verlust ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt. Der Spieler hat keine Möglichkeit, durch Geschicklichkeit in das Spiel einzugreifen und die Entscheidung über das Spielergebnis zu beeinflussen. Als Guthaben werden eingegebene Geldscheine und Münzen ausgewiesen. Die Entscheidung über Gewinn und Verlust wird durch eine elektronische Einrichtung getroffen, die sich nicht in dem vom Spieler bedienten Terminal, sondern in einem damit vernetzten, nicht im Lokal der Beklagten aufgestellten Automaten befindet. Der Höchsteinsatz beträgt je nach Automat zwischen EUR 5,-- und EUR 15,--. Ein allfälliger Gewinn wird zum Guthaben

hinzugerechnet. Die beschriebenen Spielabläufe fanden auch am 29.5.2013 statt.

Betreiberin dieser Spielterminals ist nicht die Erstbeklagte, sondern die Casino Games EU s.r.o. Zwischen diesem Unternehmen und den Beklagten besteht ein Vertrag, der jenes zur Aufstellung von Spielautomaten in dem von der Erstbeklagten betriebenen Lokal gegen Entgelt berechtigt.

Die Beklagten verfügen weder über eine Bewilligung zur Durchführung von Glücksspiel in Form der Ausspielung mittels Automaten nach dem Niederösterreichischen Spielautomatengesetz noch über eine Konzession zur Ausspielung im Form einer elektronischen Lotterie nach dem GSpG. Auch die Betreiberin Casino Games EU s.r.o. hat keine Bewilligung zur Durchführung von Glücksspiel in Österreich in Form der Ausspielung mittels Automaten.

Die Klägerin beehrte, die Beklagten zur ungeteilten Hand schuldig zu erkennen, es im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen, Geräte für die Durchführung von Glücksspielen in Form der Ausspielung zu betreiben oder 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 Poker Royale Card Casino, Stadionstraße 36, 2700 Wiener Neustadt, solange sie nicht über die dafür erforderliche behördliche Bewilligung verfügen. Ferner erhob sie ein Urteilsveröffentlichungsbegehren.

Zur Begründung brachte die Klägerin nach Darstellung der rechtlichen Rahmenbedingungen des Glücksspiels in Österreich vor, im Lokal der Erstbeklagten seien insgesamt 10 spielbereite Automaten aufgestellt („JJ“, „Multi

Game", „Apollo", „World Games" und „ACT"). Am 29.5.2013 habe der von ihr beauftragte Kontrolleur auf zwei dieser Automaten das Spiel „Lady Luck" (Walzenspiel) gespielt und festgestellt, dass es sich dabei um ein Glücksspiel handle, bei dem die Entscheidung über das Spielergebnis (Gewinn oder Verlust) ausschließlich oder überwiegend vom Zufall abhängt. Er habe keine Möglichkeit gehabt, durch Geschicklichkeit in das Spiel einzugreifen und die Entscheidung über Gewinn und Verlust zu beeinflussen. Das Glücksspiel sei als Ausspielung durchgeführt worden. Der Kontrolleur habe EUR 160,-- eingeworfen, die als Guthaben ausgewiesen worden seien. Er habe den Einsatz pro Spiel festlegen können, wobei der Höchsteinsatz bei den verschiedenen Automaten zwischen EUR 5,-- und EUR 15,-- betragen habe. Ihm sei gemäß dem dargestellten Gewinnplan abhängig von seinem Einsatz ein Gewinn in Aussicht gestellt worden. Die Entscheidung über das Spielergebnis (Gewinn und Verlust) sei ausschließlich vom Zufall abhängig gewesen. Er habe keine Möglichkeit gehabt, durch Geschicklichkeit in das Spiel einzugreifen und die Entscheidung über Gewinn und Verlust zu beeinflussen. Im Falle eines Gewinns sei dieser auf sein Guthaben wieder gutgebucht worden, sodass sich dieses erhöht habe. Insgesamt habe der Kontrolleur bei sämtlichen von ihm durchgeführten Spielen EUR 160,-- verloren. Da er keinen Gewinn erzielen habe können, sei es auch zu keiner Auszahlung gekommen. Die Geräte seien jedoch mit dem Vermerk „Gewinne werden bar ausbezahlt" versehen gewesen.

Die Beklagten verfügten über keine Bewilligung für die Durchführung von Glücksspielen in Form der Ausspielung und könnten auch keine Rechte von einer erteilten Bewilligung oder Konzession ableiten. Das von der Erstbe-

klagten betriebene Lokal liege in  
Niederösterreich,  
sodass das NÖ SpielautomatenG 2011 zur Anwendung gelange.  
Diese habe als Unternehmerin gehandelt.

Die Erstbeklagte verstoße (durch Rechtsbruch) insbesondere gegen § 1 Abs 1 Z 1 UWG. Zwischen den Streitparteien bestehe ein Wettbewerbsverhältnis, da auch die Klägerin Geräte für die Durchführung des Glücksspiels in Form von Ausspielungen betreibe. Zudem befinde sich das Lokal der Erstbeklagten in örtlicher Nähe zu den von der Klägerin legal betriebenen Glücksspielautomaten. Die unlautere Geschäftspraktik der (Erst-)Beklagten sei geeignet, den Wettbewerb zum Nachteil der Klägerin nicht nur unerheblich zu beeinflussen. Auch der Zweitbeklagte sei passiv legitimiert, weil er als geschäftsführender Gesellschafter am Wettbewerbsverstoß aktiv mitgewirkt oder zumindestens die Möglichkeit gehabt habe, den Wettbewerbsverstoß zu verhindern.

Die Beklagten könnten sich nicht auf eine vertretbare Rechtsansicht berufen.

Die Beklagten beantragen Klagsabweisung und wendeten ihre mangelnde Veranstaltereneigenschaft iS des GSpG ein. Veranstalterin der in Rede stehenden Ausspielungen sei vielmehr die Casino Games EU s.r.o. mit Sitz in Bratislava. Die Beklagten hätten lediglich die Aufstellungsfläche gegen Entgelt zur Verfügung gestellt, ohne ein wirtschaftliches Risiko zu tragen.

Bei den Automaten handle es sich um mikroprozessorgesteuerte Video-Terminals, welche nicht von sich aus Spiele selbständig ausführen und auch nicht über Gewinn oder Verlust entscheiden würden. Die Entscheidung darüber erfolge vielmehr auf einem auf dem Gebiet der Europäischen Union betriebenen Server. Die Terminals seien daher

keine Glücksspielautomaten im Sinne der Bestimmungen des GSpG. Die darauf durchgeführten Ausspielungen seien als Videolotterien nach § 12a GSpG zu qualifizieren. Die Klägerin führe keine Ausspielungen in Form von Videolotterien durch, weil sie dafür auch keine Genehmigung besitze. Daher stünden die von der Casino Games EU s.r.o. in Form von Videolotterien durchgeführten Ausspielungen in keinem Konkurrenzverhältnis zu den von der Klägerin durchgeführten Ausspielungen mit Glücksspielautomaten, sondern ausschließlich in Konkurrenz zur Tätigkeit der Österreichischen Lotterien GmbH oder zu anderen Anbietern von Online-Glücksspielen.

Die Beklagten seien aufgrund ihnen vorliegender Gerichtsentscheidungen überzeugt gewesen, dass das Aufstellen und der Betrieb der streitgegenständlichen Terminals durch die Casino Games EU s.r.o. gesetzlich erlaubt sei.

Der Veranstalterin der Ausspielungen Casino Games EU s.r.o. mit Sitz in der Slowakei kämen die unionsrechtlichen Grundfreiheiten zugute, die es ihr erlaubten, die in der beschriebenen Form veranstalteten Spiele legal durchzuführen. Das GSpG und das Glücksspielmonopol des Bundes verstießen gegen Unionsrecht, vor allem gegen das Recht der Niederlassungsfreiheit (Art 49 AEUV) und der Freiheit des Dienstleistungsverkehrs (Art 56 AEUV). Aufgrund des Vorranges des Unionsrechts seien die durch das GSpG normierten Einschränkungen der Niederlassungsfreiheit unwirksam. Das von der Veranstalterin angebotene Glücksspiel sei somit nicht verboten und damit nicht rechtswidrig.

Das im ersten Rechtsgang ergangene klagsstattgebende Urteil des Erstgerichtes vom 18.12.2014 (ON 25) wurde mit

Beschluss des Berufungsgerichtes vom 27.2.2015 (ON 31) aufgehoben und dem Erstgericht eine neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung aufgetragen.

Im fortgesetzten Verfahren stützte die Klägerin (Schriftsatz vom 29.4.2015, ON 32) ihr Unterlassungsbegehren auch auf den Vorwurf des unlauteren Rechtsbruchs durch Verstoß gegen die Bestimmungen der §§ 5, 12a 25, 25a GSpG und erweiterte ihr Klagebegehren um den Zusatz: *„und/oder nicht die Bestimmungen über den Spielerschutz nach den glücksspielrechtlichen Vorschriften einhält, insbesondere kein Identifikationssystem/Zutrittssystem besteht.“*

Die Beklagte wandte im Hinblick auf die Aufhebung des einschlägigen Bewilligungsbescheides mangelnde Aktivlegitimation der Klägerin ein.

Mit dem nunmehr angefochtenen, im zweiten Rechtsgang ergangenen Urteil gab das Erstgericht der Klage statt. Dazu stellte es den eingangs wiedergegebenen Sachverhalt fest und führte in rechtlicher Hinsicht aus, für den Begriff der Ausspielung iSd § 2 Abs 1 GSpG sei es unerheblich, ob die Entscheidung über Gewinn und Verlust durch den Apparat selbständig oder zentralseitig erfolge. Die als elektronische Lotterien zu qualifizierenden Ausspielungen der Beklagten unterlägen daher gemäß § 3 GSpG dem Glücksspielmonopol des Bundes.

Zwischen den Streitteilen bestehe ein Wettbewerbsverhältnis. Die Beklagten hätten gegen § 1 UWG verstoßen. Die Aktivlegitimation der Klägerin sei ungeachtet der Aufhebung des Bewilligungsbescheides durch den Verwaltungsgerichtshof gegeben, weil es dafür nicht auf die befugte Ausübung des Gewerbebetriebs ankomme und das Klagerecht des Mitbewerbers nach § 14 UWG nicht durch eigene



gleichartige Wettbewerbsverstöße beeinträchtigt werde.

Da den Beklagten klar habe sein müssen, dass der Betrieb von Glücksspielautomaten ohne Bewilligung unabhängig von unionsrechtlichen Überlegungen jedenfalls unzulässig sei, könnten sie sich nicht auf eine vertretbare Rechtsansicht berufen, weshalb dem Unterlassungsbegehren und dem Veröffentlichungsbegehren stattzugeben gewesen sei.

Ein Verstoß des österreichischen Glücksspielrechts gegen Unionsrecht sei im Anschluss an die jüngere höchstgerichtliche Rechtsprechung zu verneinen. Der Durchführung eines Beweisverfahrens zur Frage der von den Beklagten behaupteten Unionsrechtswidrigkeit im Zusammenhang mit mangelnder Effektivität des Glücksspielgesetzes habe es aufgrund der zwischenzeitig ergangenen höchstgerichtlichen Rechtsprechung nicht bedurft.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Beklagten wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, das angefochtene Urteil im Sinne einer gänzlichen Klagsabweisung abzuändern; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Klägerin beantragt, der Berufung nicht Folge zu geben.

Die Berufung ist teilweise berechtigt.

Zu I.:

Der Antrag der Beklagten auf Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens war schon aus formalen Gründen zurückzuweisen, weil das Gericht von Amts wegen zu entscheiden hat, ob ein Vorabentscheidungsersuchen erforderlich ist; die Parteien können dies nur anregen (RIS-Justiz RS0058452 T1, T14, T16, T21).

Der Gerichtshof der Europäischen Union hat die Kri-

terien einer allfälligen Unionsrechtswidrigkeit des GSpG bereits in mehreren Entscheidungen hinreichend festgelegt (ua EuGH C-390/12, Pflieger; EuGH C-347/09, Dickinger/Ömer; EuGH C-64/08, Engelmann), woran sich die gefestigte Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs, der das Berufungsgericht folgt, orientiert. Folglich besteht auch kein Anlass zur amtswegigen Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens durch das Berufungsgericht.

Zu II.:

Die Klärung der Rechtsfragen im Anlassverfahren hängt - wie der Oberste Gerichtshof bereits klargestellt hat - nicht von den im Spruch zitierten Vorabentscheidungsersuchen des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich ab, weshalb der darauf bezogene Unterbrechungsantrag der Beklagten unbegründet und daher abzuweisen ist (vgl 4 Ob 268/16i; 4 Ob 18/17a ua). Auch eine Unterbrechung im Hinblick auf das in der Berufung genannte Vorabentscheidungsersuchen des Fővárosi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság (Ungarn) vom 3. Januar 2017 zu C-3/17 (*Sporting Odds Limited*) ist für die rechtliche Klärung des gegenständlichen Verfahrens nicht angezeigt.

Zu III.:

1. Der Behandlung der Rechtsrüge der Beklagten sind die mittlerweile gefestigte Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs und die - dieser vorangegangenen - wesentlichen Entscheidungen des Verwaltungs- und des Verfassungsgerichtshofs voranzustellen:

Mit Erkenntnis vom 15.10.2016, E 945/2016-24 ua, wies der Verfassungsgerichtshof mehrere Beschwerden ab, die gegen die gesetzliche Beschränkung des Glücksspiels gerichtet waren. Er ging davon aus, dass die Bestimmungen des GSpG allen vom EuGH aufgezeigten Vorgaben des Unions-

rechts 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 bestünden) in Konflikt geraten. Die österreichischen Bestimmungen liefen auch aufgrund 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.

Bereits zuvor hatte sich (auch) der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 16.03.2016 (Ro 2015/17/0022) eingehend mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union und der unionsrechtlichen Zulässigkeit von Beschränkungen der Glücksspieltätigkeiten durch das GSpG auseinandergesetzt. 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 erreiche. 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 Lan-

desausspielungen mit Glücksspielautomaten sowie der Bestimmungen zur Hintanhaltung von illegalem Glücksspiel (§ 52 f GSpG) verfolgten in kohärenter und systematischer Weise die angestrebten Ziele des Spielerschutzes, der Spielsuchtbekämpfung, der Verringerung der Beschaffungskriminalität sowie der Verhinderung von kriminellen Handlungen gegenüber Spielern.

Der Oberste Gerichtshof wies mit Beschluss vom 22.11.2016 in den zu 4 Ob 31/16m verbundenen, jeweils Fragen zur Unions- oder Verfassungsrechtskonformität des GSpG betreffenden Rechtssachen die Revisionen der jeweils Beklagten (gegen die ihnen wegen Wettbewerbsverstößen auferlegten Unterlassungsgebote) mit der zentralen Begründung zurück, dass die unions- und verfassungsrechtlichen Fragen durch die inhaltliche Entscheidung des VfGH in Zusammenschau mit der Entscheidung des VwGH hinreichend geklärt seien. Zu 4 Ob 162/16a erachtete der Oberste Gerichtshof wegen dieser Klärung (auch der Frage eines maßvollen Werbeauftritts der Konzessionäre) eine Ergänzung des Beweisverfahrens zu den Auswirkungen des Glücksspielmonopols für entbehrlich. In seinen Beschlüssen zu 4 Ob 18/17a und zu 4 Ob 41/17h verwies er ebenfalls auf die im Lichte der zwischenzeitig ergangenen Judikatur aller drei Höchstgerichte geklärte Rechtslage. Zu 4 Ob 30/17s sah er (erneut) keinen Anlass zu einem Abgehen von der dargestellten Rechtsprechung und verwies darauf, dass der VfGH (zu G 173-175/2016) die Behandlung eines Normenkontrollantrags mangels Erfolgsaussicht abgelehnt habe. Auch die zu diesem Themenkreis ergangene jüngste Entscheidung (4 Ob 71/17w) stützt sich auf die gefestigte Rechtsprechung, dass nach gesamthafter Würdigung aller tatsächlichen Auswirkungen im Sinn der Recht-

sprechung des EuGH das österreichische System der Glücksspielkonzessionen nicht gegen Unionsrecht verstoße und daher auch kein Anhaltspunkt für eine Inländerdiskriminierung bestehe.

Soweit die Beklagten in ihrem Rechtsmittel weiterhin auf der Unionsrechts- und Verfassungswidrigkeit des Glücksspielmonopols, die ihnen im Wege der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit, hilfsweise wegen des Verbots der Inländerdiskriminierung zugutekomme (Berufung Pkt. 1. [S 2 ff]), beharren, sind sie daher auf diese mittlerweile gefestigte Rechtsprechung zu verweisen, von der abzugehen das Berufungsgericht sich durch die Rechtsmittelausführungen nicht veranlasst sieht.

Ausgehend von dieser Rechtsprechung kommt es auf die von den Beklagten vermissten Feststellungen zu den Auswirkungen des Glücksspielmonopols nicht an. Sekundäre Feststellungsmängel liegen daher nicht vor.

Die vom GSpG in kohärenter und systematischer Weise verfolgten Ziele des Spielerschutzes, der Spielsuchtbekämpfung, der Verringerung der Beschaffungskriminalität sowie der Verhinderung von kriminellen Handlungen gegenüber Spielern können nach dem zitierten Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs (Ro 2015/17/0022; dort Rz 121) entgegen der Ansicht der Beklagten nicht bloß als Vorwand für die Beibehaltung der Monopolregelung bzw eine Einnahmenmaximierung angesehen werden.

Der Verfassungsgerichtshof hat den vom Obersten Gerichtshof gewählten - und auch von der Berufung der Beklagten mit dem Hinweis auf bestimmte Werbemaßnahmen verfolgten - Ansatz, isoliert konkrete Werbetätigkeiten einzelner Konzessionäre zu betrachten, ausdrücklich verworfen (E 945/2016-24, Pkt. 2.4.4.). Im Übrigen sieht der

Verwaltungsgerichtshof selbst massive Werbung insbesondere für weniger suchtgeneigte Glücksspiele als dazu geeignet an, die Spieler von den illegalen Spielmöglichkeiten zu den legalen hinzuleiten (Ro 2015/17/0022, Rz 115). Die Beklagten sind daher auf diese Aussagen und allgemein - neuerlich - darauf zu verweisen, dass der Verwaltungs- und Verfassungsgerichtshof die unions- und verfassungsrechtlichen Fragen unter „gesamthafter Würdigung aller Auswirkungen auf dem Glücksspielmarkt im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union“ (4 Ob 31/16m) abschließend geklärt haben.

Diese erfolgte abschließende Klärung lassen die - insoweit nur Teilaspekte der „tatsächlichen Wirkungen“ der Regulierung des österreichischen Glücksspielsektors zur Darstellung bringenden - Berufungswerber in ihrer Argumentation (auch) zum Thema Spielerschutz und Kriminalität außer Acht. Der Verwaltungsgerichtshof stimmte zu Ro 2015/17/0022 dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zwar in dessen Ergebnis zu, dass Spielsucht und Kriminalität in Österreich seit 2010 keine überdurchschnittlich maßgeblichen oder gesamtgesellschaftlich relevanten Probleme darstellten, die ein unverzügliches Einschreiten des Gesetzgebers erfordert hätten. Das sei allerdings unter dem Blickwinkel zu betrachten, dass die Beschränkung der Möglichkeit der Teilnahme an Glücksspielen durch ein Monopolsystem, das mit einem Konzessionssystem kombiniert worden sei, bereits seit langer Zeit bestanden habe. Durch dieses Ergebnis werde eindrucksvoll 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 erreicht habe (Rz 108; vgl auch die Bezugnahme darauf im Beschluss des VfGH zu G 103-104/2016-49 ua).

Zusammengefasst ist somit den in der Rechtsrüge erhobenen Einwänden der Beklagten in Bezug auf die Unionsrechts- und Verfassungswidrigkeit des Glücksspielmonopols durch die jüngste Rechtsprechung aller drei Höchstgerichte der Boden entzogen.

2. Die Beklagten nehmen auch im Berufungsverfahren den Standpunkt ein, die Klägerin sei nicht aktiv klagslegitimiert, weil der Bescheid der NÖ Landesregierung vom 8.3.2012, mit welchem ihr die Bewilligung von Landesauspielungen mit 1339 Glücksspielautomaten bewilligt worden sei, vom Verwaltungsgerichtshof aufgehoben worden sei. Hinsichtlich des Feststellungsbescheids der NÖ Landesregierung vom 26.9.2016 habe der Verwaltungsgerichtshof festgehalten, dass dieser keine unmittelbaren Auswirkungen auf die Rechtssphäre eines am Feststellungsverfahren nicht als Partei teilnehmenden Dritten habe. Die Klägerin verfüge somit selbst nicht über eine rechtsgültige Grundlage zum Betrieb ihrer Glücksspielautomaten in Niederösterreich. § 5 Abs 6 NÖ SpielautomatenG komme nicht zum Tragen. Die Klägerin sei daher nicht als rechtstreue Mitbewerber anzusehen, sodass ihr kein wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsanspruch zustehe.

Doch kommt es entgegen der Ansicht der Beklagten für die Aktivlegitimation nach § 14 UWG nicht auf die befugte Ausübung des Gewerbebetriebs an (RIS-Justiz RS0079597). Vielmehr ist die Frage der gewerberechtlichen Befugnis für die Beurteilung der Teilnahme am geschäftlichen Verkehr und für das Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses

ohne Bedeutung. Diese Teilnahme am Verkehr ist alleine faktisch zu beurteilen (RIS-Justiz RS0077586). Das Klagerrecht eines Mitbewerbers nach § 14 UWG wird durch eigene gleichartige Wettbewerbsverstöße nicht beeinträchtigt (RIS-Justiz RS0014242; RS0077853; RS0077867). Dementsprechend hat der Oberste Gerichtshof die Aktivlegitimation der Klägerin in vergleichbaren Fallkonstellationen bereits mehrfach bejaht (etwa 4 Ob 262/16g; 4 Ob 216/16t; 4 Ob 217/16i). Diese Rechtsprechung ist auch dem Argument der Beklagten, das Klagebegehren sei nach Wegfall der Bewilligung der Klägerin rechtsmissbräuchlich, entgegenzuhalten.

3. Zu Recht erachten die Berufungswerber indessen die Veröffentlichungsermächtigung als zu weitgehend. Die Wahl der Schriftgröße steht nämlich nicht im Belieben der Klägerin. Die Veröffentlichung in Normallettern reicht aus (4 Ob 142/16k; 4 Ob 153/16b; 4 Ob 155/16x; RIS-Justiz RS00121963 T14). Insoweit war der Berufung Folge zu geben und die angefochtene Entscheidung abzuändern.

4. Zu Recht kritisieren die Berufungswerber schließlich auch ihre vom Erstgericht angenommene Solidarhaftung (in Bezug auf den Kostenersatz). Mehrere Unterlassungsverpflichtete haften nicht zur ungeteilten Hand, weil die Erfüllung der Unterlassungsverpflichtung durch den einen Schuldner die gleiche Verpflichtung des anderen nicht erfüllt (RIS-Justiz RS0079591). Es liegt eine subjektive Klagenhäufung vor, weil die Klägerin zwei inhaltsgleiche, theoretisch voneinander unabhängige Unterlassungs- und Veröffentlichungsbegehren gegen zwei Beklagte richtet. Damit sind die beiden Beklagten nur formelle Streitgenossen (§ 11 Z 2 ZPO) und ist gemäß § 46 ZPO keine Solidarhaftung der Beklagten für die Verfahrenskosten gegeben.



Die Wendung „zur ungeteilten Hand“ in Punkt 3. des Urteilspruchs hatte daher zu entfallen.

Die Entscheidung über die Verfahrenskosten erster Instanz beruht auf § 43 Abs 2 ZPO, jene über die Kosten des Berufungsverfahrens auf den §§ 43 Abs 2, 50 ZPO. Die Beklagten sind nur mit einem verhältnismäßig geringfügigen Teil ihrer Berufung durchgedrungen (Schriftgröße der Urteilsveröffentlichung; Entfall der Solidarhaftung für die Verfahrenskosten), der kostenmäßig nicht ins Gewicht fällt. Eine Abänderung der Höhe des den Beklagten im Verfahren erster Instanz auferlegten Kostenersatzes war daher trotz teilweiser Stattgebung der Berufung nicht erforderlich.

Der Ausspruch nach § 500 Abs 2 Z 1 ZPO orientiert sich an der wirtschaftliche Bedeutung, die der Ausspielung von Gewinnen und somit den inkriminierten Geschäftspraktiken für die Parteien zukommt.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig, weil im Hinblick auf die in der Berufungsentscheidung zitierten höchstgerichtlichen Entscheidungen keine erhebliche Rechtsfrage im Sinne des § 502 Abs 1 ZPO vorliegt.

Oberlandesgericht Wien  
1011 Wien, Schmerlingplatz 11  
Abt. 2, am 21. Dezember 2017

**Dr. Klaus Dallinger**

Elektronische Ausfertigung  
gemäß § 79 GOG