



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 Mag. Sertic 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. HG Tankstellenbetriebs-GmbH, 2. Mag. Edwin Hierzmann, [REDACTED]** beide vertreten durch Dr. Patrick Ruth, Rechtsanwalt in Innsbruck, wegen Unterlassung (Streitwert EUR 34.900,--) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert EUR 100,--), über die Berufungen der klagenden Partei und der beklagten Parteien gegen das Urteil des Landesgerichtes St. Pölten als Handelsgericht vom 19.5.2017, 38 Cg 107/13f-48, 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 der beklagten Parteien auf Unterbrechung des Berufungsverfahrens bis zur Entscheidung des EuGH über die Vorabentscheidungsersuchen des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich 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. Beiden Berufungen wird **nicht** Folge gegeben.

Die beklagten Parteien sind schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen die mit EUR 2.552,17 bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens 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 :

Die Klägerin war aufgrund des von der Niederösterreichischen Landesregierung erteilten Bescheides vom 8.3.2012 Inhaberin einer Bewilligung für die Durchführung von Glücksspiel in Form der Ausspielung mittels Automaten in Niederösterreich nach dem Niederösterreichischen Spielautomatengesetz 2011, die 1339 Glücksspielautomaten ua an den Standorten St. Pölten, Krems, Neunkirchen, Baden und Korneuburg umfasste. Dieser Bescheid wurde mit Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs zu Zl 3013/02/0094 vom 11.5.2016 wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben. Der Klägerin wurde mit Schreiben der NÖ Landesregierung vom 31.5.2016 mitgeteilt und es wurde mit Bescheid vom 29.09.2016 der NÖ Landesregierung festgestellt, dass sie zum Fortbetrieb nach § 5 Abs 6 NÖ Spielautomateng 2011 berechtigt und verpflichtet sei.

Die Erstbeklagte betreibt die GT-Diskont Tankstelle am Standort Tullner Straße 15a bzw B19, 3442 Tulln/Langenrohr. Dafür verfügt sie über eine Gewerbeberechtigung für Gastronomie gemäß § 111 Abs 1 Z 2 GewO 1994 in der Betriebsart Espresso sowie über eine Gewerbeberechtigung

für den Betrieb von Tankstellen.

Der Zweitbeklagte ist Geschäftsführer der Erstbeklagten.

Die Beklagten verfügen weder über eine Bewilligung zur Durchführung von Glücksspiel in Form der Ausspielung mittels Automaten in Niederösterreich nach dem NÖ SpielautomatenG 2011 noch über eine Konzession zur Durchführung von Ausspielungen in Form der elektronischen Lotterie im Sinne des § 12a GSpG.

Am 3.10.2013 kontrollierte ein Mitarbeiter der Klägerin das Lokal der Beklagten. In einem frei zugänglichen Raum des Lokals der Beklagten standen zwei Terminals der „Marke Dreamliner Gold“, Firma ACT, in der äußeren Form von Glücksspielautomaten. Die Spielautomaten standen mit Wissen der Beklagten in deren Lokal. Diese stellten die Räumlichkeiten zur Verfügung und erbrachten Supportleistungen. Auf den Geräten wurden mindestens 15 Spiele angeboten, unter anderem auch „Power Liner“ und „Burning Star“ (Walzenspiele). Bei den Automaten konnte man nur Geldscheine eingeben und so ein Guthaben aufbuchen. Pro Spiel konnte ein Einsatz festgelegt werden, wobei der Mindesteinsatz abhängig vom gewählten Spiel unterschiedlich war. Der Höchsteinsatz betrug EUR 15,--. Abhängig vom Einsatz wurde ein Gewinn in Aussicht gestellt. Durch das Betätigen der „Start“-Taste wurde das Spiel in Gang gesetzt, gleichzeitig wurde der Einsatz vom Guthaben abgebucht. Die Entscheidung über das Spielergebnis erfolgte ausschließlich oder vorwiegend durch Zufall. Es bestand keine Möglichkeit, durch Geschicklichkeit in das Spiel einzugreifen oder die Entscheidung über Gewinn oder Verlust zu beeinflussen. Im Falle eines Gewinnes wurde dieser auf das Guthaben aufgebucht.

Das Unternehmen ACT Games s.r.o. mit Sitz in Smetanova 993/8A, 60200 Brno, Tschechien, war „Organisator“ bzw „Betreiber“ der beiden Automaten. Dieses verfügte über keine Glücksspiel-Genehmigungen.

Es konnte nicht festgestellt werden, ob die Automaten die Spiele und Programme selbsttätig ausführten oder ob es sich um mikroprozessorgesteuerte Videoterminals handelte, mit welchen Ausspielungen in Form von elektronischen Lotterien durchgeführt werden konnten. Es konnte nicht festgestellt werden, dass sich der Server dafür in Tschechien befand.

Bis zur Zustellung der in diesem Verfahren erlassenen einstweiligen Verfügung am 8.11.2013 gab es im Betrieb der Beklagten keine Zutrittskontrollen. Ab dem Zeitpunkt der Zustellung hielten sich die Beklagten an diesen Beschluss und betrieben weder selbst Geräte im Sinne der einstweiligen Verfügung noch ermöglichten sie Dritten den Betrieb von Geräten für die Durchführung von Glücksspielen in Form der Ausspielung in ihrem Lokal.

Die Klägerin begehrte ursprünglich, 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 in der GT-Diskont Tankstelle, Tullner Straße 15a bzw B19, 3442 Tulln/Langenrohr, solange sie nicht über die dafür erforderliche behördliche Bewilligung verfügen. Mit Schriftsatz vom 29.4.2015 stützte die Klägerin ihr Unterlassungsbegehren auch auf den Vorwurf des unlauteren Rechts-

bruchs 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.“ Ferner beehrte sie die Einräumung der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung.

Zur Begründung brachte sie zusammengefasst vor, im Lokal der Erstbeklagten werde - zumal diese weder über eine bundesrechtliche Konzession noch über eine landesrechtliche Bewilligung verfüge - illegales Glücksspiel veranstaltet. Die Erstbeklagte habe als Unternehmerin gehandelt. Sie sei Betreiberin des Lokals, in welchem die Geräte für die Durchführung von Glücksspielen in Form der Ausspielung aufgestellt seien, sodass davon auszugehen sei, dass sie die Geräte selbst betreibe. Es sei evident, dass sie einem Erwerbszweck nachgehe. Selbst wenn ein Dritter Betreiber der Geräte sein sollte, wäre für die Erstbeklagte nichts gewonnen, weil sie sich diesfalls durch das bloße Bereitstellen des Spielorts in ihrem Lokal am illegalen Glücksspiel beteiligt hätte.

Die Erstbeklagte verstoße (durch Rechtsbruch) insbesondere gegen § 1 Abs 1 Z 1 UWG, indem sie in ihrem Lokal ohne entsprechende Bewilligung Geräte zur Durchführung des Glücksspiels in Form von Ausspielungen betreibe, oder zumindest den Betrieb solcher Geräte durch Aufstellen und Zugänglichmachung in ihrem Lokal ermögliche. Der Zweitbeklagte sei als geschäftsführender Gesellschafter passiv legitimiert, weil er am Wettbewerbsverstoß aktiv mitgewirkt und zumindestens die Möglichkeit gehabt habe, diesen zu verhindern. Die Beklagten könnten sich auf

keine vertretbare Rechtsansicht berufen, da nach dem klaren Gesetzeswortlaut des GSpG sowie des NÖ Spielautomatengesetzes 2011 für die Durchführung von Glücksspielen in Form der Ausspielung eine Bewilligung erforderlich sei. Dass die (angebliche) Veranstalterin ACT Games s.r.o. eine glücksspielrechtliche Konzession habe, werde von den Beklagten nicht einmal behauptet.

Zwischen den Streitteilen bestehe ein Wettbewerbsverhältnis, da auch die Klägerin Geräte für die Durchführung des Glücksspiels in Form von Ausspielungen betreibe. Die unlautere Geschäftspraktik der (Erst-)Beklagten sei schließlich auch geeignet, den Wettbewerb zum Nachteil der Klägerin nicht nur unerheblich zu beeinflussen.

Die Klägerin habe Anspruch auf Urteilsveröffentlichung nach § 25 UWG. Die Veröffentlichung in den „Niederösterreichischen Nachrichten“ sei adäquat und äquivalent, um die Besucher des Lokals der Beklagten über den Gesetzesverstoß aufzuklären.

Die Beklagten beantragen Klagsabweisung und wendeten mangelnde Veranstaltereigenschaft iS des GSpG ein. Veranstalterin der in Rede stehenden Ausspielungen sei vielmehr die ACT Games s.r.o. mit Sitz in Smetanova 993/8A, 60200 Brno, Tschechien. Die Beklagten hätten lediglich die Aufstellungsfläche gegen Entgelt zur Verfügung gestellt, ohne ein wirtschaftliches Risiko zu tragen. Eine unternehmerische Beteiligung in Form der Vermietung der Aufstellungsfläche bedeute aber keineswegs eine Mitwirkung an einem allfälligen Wettbewerbsverstoß des Veranstalters.

Bei den Automaten handle 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 falle vielmehr auf einem in der Europäischen Union (nämlich in Tschechien) 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 ACT Games 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.

Da Veranstalterin der Ausspielungen die ACT Games s.r.o. mit Sitz in Tschechien sei und die Beklagten nur Supportleistungen anbieten würden, kämen ihnen die unionsrechtlichen Freiheiten zugute, die es ihnen 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). Die Monopolregelung und -praxis des österreichischen GSpG entsprächen nicht den Vorgaben der Judikatur des EuGH für eine zulässige Beschränkung der Grundfreiheiten durch eine Monopolregelung. Sie seien daher unionsrechtswidrig und dürften auf Sachverhalte mit Unionsrechtsbezug nicht weiter angewendet werden. Die Rechtsauffassung der Beklagten sei vertretbar.

Die Klägerin sei nach der Aufhebung des Bewilli-

gungsbescheides nicht (mehr) aktiv legitimiert, sodass die Klagsführung weder gerechtfertigt noch zulässig sei. § 5 Abs 6 NÖ SpielautomatenG 2011 komme nicht zum Tragen. Soweit das als Klagsänderung zu qualifizierende Klagebegehren auf die Einhaltung der Bestimmungen über den Spielerschutz gestützt werde, sei es verjährt.

Das im ersten Rechtsgang ergangene klagsstattgebende Urteil des Erstgerichtes vom 8.8.2014 (ON 19) wurde mit Beschluss des Berufungsgerichtes vom 24.2.2015 (ON 23) aufgehoben und dem Erstgericht eine neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung aufgetragen.

Mit dem nunmehr angefochtenen, im zweiten Rechtsgang ergangenen Urteil gab das Erstgericht dem ursprünglich erhobenen Klagebegehren statt und wies das darüber hinausgehende Unterlassungsbegehren samt dem korrespondierenden Veröffentlichungsbegehren ab. Ausgehend von dem eingangs wiedergegebenen Sachverhalt gelangte es in rechtlicher Hinsicht zum Ergebnis, dass den Beklagten - da sie weder über eine Bewilligung noch über eine Konzession für die Ausspielungen verfügten und auch sonst keine gesetzliche Ausnahme vom Glücksspielmonopol des Bundes vorliege - ein Verstoß gegen das Glücksspielgesetz vorzuwerfen sei. Nach dem GSpG seien die Betreiber eines Glücksspiels - auch wenn sie dieses ohne Konzession oder Bewilligung betreiben würden - überdies verpflichtet, Maßnahmen zum Spielerschutz zu treffen, wozu auch die Einhaltung eines Identifikations- und Zutrittssystems gehöre. Auch insoweit sei daher unter Zugrundelegung des gegenständlichen Sachverhalts ein Verstoß gegen Bestimmungen des GSpG zu bejahen, weil im Betrieb der Beklagten keine Zugangskontrollen stattgefunden hätten.

Ein Verstoß des österreichischen Glücksspielrechts

gegen Unionsrecht sei im Anschluss an die jüngere höchstgerichtliche Rechtsprechung zu verneinen. Im Hinblick darauf sei die vom Berufungsgericht aufgetragene Ergänzung des Beweisverfahrens durch Einholung eines Sachverständigengutachtens obsolet. Einer neuerlichen Überprüfung des GSpG stehe die absolute Rechtskraftwirkung von Erkenntnissen des Verfassungsgerichtshofes entgegen. Die aktive Klagslegitimation der Klägerin sei ungeachtet der rückwirkenden Aufhebung des Bewilligungsbeschlusses gegeben. Insgesamt begründe das Verhalten der Beklagten einen Verstoß gegen § 1 Abs 1 Z 1 UWG. Auf eine vertretbare Rechtsansicht könnten sich diese nicht berufen.

Die teilweisen Klagsabweisung begründete das Erstgericht damit, dass sich die Beklagten gegen die mit Schriftsatz vom 29.4.2015 (ON 25) vorgenommene „Modifizierung“ des Klagebegehrens ausgesprochen hätten, weil es sich um eine Klagsänderung handle. Es sei richtig, dass es sich beim Vorwurf der mangelnden Zugangs- und Identifikationskontrolle um ein Aliud gegenüber dem Vorwurf des bewilligungslosen Betriebes von Glücksspiel handle. Diese Klagsänderung sei zuzulassen gewesen, doch sei das erweiterte Unterlassungsbegehren verjährt. Nach den Feststellungen habe es bis zur Zustellung der einstweiligen Verfügung am 8.11.2013 keine Zutrittskontrollen im Lokal der Beklagten gegeben. Nach diesem Zeitpunkt sei aber dort kein Glücksspiel mehr abgehalten worden. Die Klägerin habe erst mit Schriftsatz vom 29.4.2015 auf die Nichteinhaltung der Bestimmungen über den Spielerschutz gerichtetes Vorbringen erstattet und ihr Klagebegehren entsprechend modifiziert. Damit sei der über das frühere Begehren hinausgehende Teil des Unterlassungsanspruchs bereits verjährt und daher abzuweisen.

Gegen den klagsstattgebenden Teil dieses Urteils wendet sich die Berufung der Beklagten wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit einem auf gänzliche Klagsabweisung gerichteten Abänderungsantrag; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Klägerin bekämpft den klagsabweisenden Teil dieses Urteils wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung und stellt einen auf gänzliche Klagsstattgebung gerichteten Abänderungsantrag.

Beide Streitteile beantragen, dem Rechtsmittel der Gegenseite nicht Folge zu geben.

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 Kriterien einer allfälligen Unionsrechtswidrigkeit des GSpG bereits in mehreren Entscheidungen hinreichend festgelegt (ua EuGH C-390/12, Pfleger; 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 Oberöster-

reich 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. Zur Berufung der Beklagten

1.1. 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 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 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 Verwaltungsge-

richtshof 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 Landesausspielungen 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 Rechtsprechung 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 Rechts-

mittelausführungen nicht veranlasst sieht.

Ausgehend von der dargestellten 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.

1.2. Die Beklagten nehmen im Berufungsverfahren weiterhin den Standpunkt ein, die Klägerin sei nicht aktiv klagslegitimiert, weil der Bescheid der NÖ Landes-

regierung vom 8.3.2012, mit welchem ihr die Bewilligung von Landesausspielungen 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 Mitbewerberin 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 Klagegerecht 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.

1.3. Mit ihren abschließenden - als Berufung im Kostenpunkt zu wertenden - Ausführungen rügen die Beklagten, dass das Erstgericht das ausgedehnte (und abgewiesene) Klagebegehren gemäß § 56 Abs 2 JN mit dem Zweifelsstreitwert von EUR 5.000,-- bewertet und auf dieser Grundlage die Obsiegsquoten der Streitteile berechnet hat. Eine Bewertung nach § 56 Abs 2 JN sei nur zulässig, wenn der Kläger eine Bewertung unterlasse. Die Klägerin habe den Streitwert mit EUR 35.000,-- angegeben und durch die Klagsänderung keine Erhöhung des Gesamtstreitwerts gewollt. Richtigerweise wären die beiden Teilbegehren daher im Zweifel mit jeweils EUR 17.500,-- zu bewerten und die Verfahrenskosten ab der Klagsänderung gegeneinander aufzuheben gewesen.

Dem kann nicht gefolgt werden:

Nach der ständigen oberstgerichtlichen Rechtsprechung ist eine nachträgliche Änderung eines vom Kläger nach § 56 Abs 2 JN angegebenen Streitwerts unzulässig (RIS-Justiz RS0046474). Damit verbietet sich aber von vornherein die in der Berufung vertretene Sicht, nach der Ausdehnung des Klagebegehrens sei der ursprünglich geltend gemachte und mit EUR 34.900,-- bewertete Anspruch nur mehr mit EUR 17.450,-- und damit in gleicher Höhe zu bewerten wie der von der Klägerin nicht eigens bewertete Anspruch, um den das Klagebegehren ausgedehnt wurde.

Wird die Bewertung nicht gleich bei der Erhebung des Anspruchs vorgenommen, gilt der Zweifelsstreitwert (*Gitschthaler in Fasching/Konecny*³ § 56 JN Rz 30). Diese Rechtsfolge kann der Kläger auch nicht mehr durch eine später vorgenommene Bewertung vermeiden (*Gitschthaler* aaO Rz 6/1).

Für die Kostenberechnung waren daher die vom Erstge-

richt herangezogenen formellen Streitwerte maßgeblich, sodass auch der Rüge im Kostenpunkt kein Erfolg beschieden sein kann.

2. Zur Berufung der Klägerin

Die Klägerin bekämpft die Rechtsauffassung des Erstgerichtes, wonach das (ausgedehnte) Unterlassungsbegehren wegen Nichteinhaltung der Spielerschutzvorschriften gemäß § 20 UWG verjährt sei und führt aus, sie habe bereits im Schriftsatz vom 17.4.2014 (ON 16) vorgebracht, dass die Beklagten die Bestimmungen betreffend Zugangskontrolle und Identifikationssystem nicht einhalten würden.

Dem ist zu erwidern, dass sich der Oberste Gerichtshof bereits mehrfach in vergleichbaren Fällen mit dem auch hier erhobenen Verjährungseinwand auseinandergesetzt (4 Ob 170/16b; 4 Ob 30/17s; 4 Ob 162/16a; 4 Ob 176/17m; 4 Ob 95/17z) und ausgeführt hat, dass ein auf Rechtsbruch gestützter Unterlassungsanspruch auf der Sachverhaltsebene den Verstoß gegen eine bestimmte generelle abstrakte Norm voraussetzt. Er bestehe daher nur dann zu Recht, wenn die (dort) Beklagten dadurch verbotswidrig (und damit unlauter iSd § 1 UWG) gehandelt haben, dass sie gegen eine der im Sachvorbringen genannten Verbotsnormen verstoßen haben (RIS-Justiz RS0129497). Der Sachvortrag der Klägerin umfasse als rechtserzeugende Tatsache den Vorwurf einer Gesetzesübertretung, der erst durch die Nennung der nach dem Behauptungen übertretenen Normen konkretisiert und individualisiert werde und dessen Vorliegen allein am Verbotstatbestand der genannten Normen zu beurteilen sei.

Im vorliegenden Fall stützte die Klägerin den Vorwurf des Rechtsbruchs in ihrer Klage ausschließlich auf den Umstand, dass die Beklagten durch den Betrieb oder

die Ermöglichung des Betriebs von Glücksspielen ohne Bewilligung gegen Normen des Glücksspielrechts verstoßen hätten. Auch in ihrem Schriftsatz vom 17.4.2014 (ON 16) - den die Klägerin in der Berufung als verjährungsaus-schließende Klagsmodifikation gewertet wissen will - hat sie nur auf einen solchen Gesetzesverstoß abgestellt, zu-mal sich die Ausführungen zu §§ 5 und 12a GSpG aus-schließlich auf die Unionsrechtskonformität bezogen, ohne dass daraus auch nur ansatzweise ein allfälliger lauter-keitsrechtlicher Unterlassungsanspruch abgeleitet wurde. Der Vorwurf des unlauteren Rechtsbruchs durch Verstoß ge-gen die Bestimmungen des Spielerschutzes (also gegen die §§ 5 und 12a GSpG) wurde hingegen erstmals im Schriftsatz vom 29.4.2015 erhoben. Dadurch wurde der anspruchsbegrün-dende Sachverhalt unter Anführung der übertretenen Normen und damit der Klagegrund verändert, worin das Erstgericht zutreffend eine (zuzulassende) Klagsänderung erblickt hat.

Gemäß § 20 Abs 1 UWG verjähren Unterlassungsansprü-che innerhalb von sechs Monaten, nachdem der Anspruchsbe-rechtigte von der Gesetzesverletzung und der Person des Verpflichteten erfahren hat, wobei der Anspruch gemäß Abs 2 *leg cit* gewahrt bleibt, solange ein gesetzwidriger Zu-stand fortbesteht. Anders als nach allgemeinem Zivilrecht beginnt die Verjährung eines Unterlassungsanspruchs nach dem UWG also erst mit dem Ende des gesetzesverletzenden Zustands zu laufen. Das Erstgericht stellte dazu fest, dass die Klägerin die klagsgegenständlichen Automaten am 3.10.2013 kontrollierte, woraus sich zwanglos ergibt, dass ihr seit diesem Zeitpunkt auch bekannt war, dass im Betrieb der Beklagten keine Spielerschutzvorschriften eingehalten wurden (insbesondere keine Zugangskontrollen

erfolgten). Es stellte außerdem fest, dass die Beklagten nach dem 8.11.2013 keine weiteren Glücksspiele mehr betrieben oder ermöglichten. Die sechsmonatige Verjährungsfrist des § 20 UWG begann daher mit Ende des gesetzesverletzenden Zustands am 9.11.2013 zu laufen, sodass diese am 29.4.2015 (Einbringung des Schriftsatzes mit der Klagsänderung) bereits abgelaufen war.

Das Erstgericht hat daher denjenigen Teil des Unterlassungsbegehrens, der sich auf die behaupteten Verstöße gegen die Bestimmungen über den Spielerschutz bezieht ebenso wie das damit korrespondierende Veröffentlichungsbegehren zu Recht wegen Verjährung abgewiesen.

Damit war auch der Berufung der Klägerin ein Erfolg zu versagen.

Die Kostenentscheidung stützt sich auf §§ 41, 50 ZPO. Der Kostenentscheidung war der von der Klägerin angegebene Berufungsstreitwert von EUR 5.000,-- zugrunde zu legen. Soweit die Beklagten in ihrer Berufungsbeantwortung die Auffassung vertreten, das Berufungsinteresse der Klägerin wäre richtigerweise mit EUR 17.500,-- zu bewerten, sind sie auf die Ausführungen unter Punkt 1.3. dieser Entscheidung zu verweisen.

Die Saldierung der wechselseitigen Ersatzansprüche der Streitteile führt zu einem Kostenersatzanspruch der Klägerin von EUR 2.552,17.

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