



20 Cg 303/08g - 160

Im Namen der Republik

Das Landes- als Handelsgericht Wiener Neustadt erkennt durch den Richter Mag. Rainer Lipowec in der Rechtssache des Klägers **Azren Koka, Salzburgerstraße 127, 4600 Wels**, vertreten durch Dr. Fabian Maschke, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Dominikanerbastei 17/11 wider die beklagte Partei **Admiral Sportwetten GmbH, 2352 Gumpoldskirchen, Novamatic Straße 5**, vertreten durch Dr. Peter Zöchbauer, Rechtsanwalt in 1040 Wien, Karlsgasse 15/3 wegen § 35.000,-- s.A. nach öffentlicher mündlicher Verhandlung zu Recht:

1. Das Klagebegehren, die beklagte Partei sei schuldig, es im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen, in Österreich außerhalb von konzessionierten Casinos Ausspielungsapparate, die unter das Glücksspielmonopolgesetz fallen, aufzustellen, bereit zu halten oder die Aufstellung durch Dritte zuzulassen oder zu betreiben, soweit es sich um Apparate handelt, bei denen pro Spiel ein Einsatz von mehr als € 0,50 möglich ist, oder ein Gewinn von mehr als € 20,-- in Aussicht gestellt wird oder ermöglicht wird, oder auf denen Serien- oder Parallelspiele möglich sind, insbesondere wenn der Einsatz von € 0,50 durch die Maschine im Rahmen eines vorgeschalteten „Wahlvorgangs“ sei es als sogenannte „Wiener Würfel“ oder durch sonstige einfach oder automatisch zu betätigende Wahltasten oder im Rahmen von Actionspielen über das zulässige Ausmaß hinaus, vervielfacht werden kann oder

Parallelspiele gespielt werden können oder der Einsatz bzw. Gewinn nur verschlüsselt dargestellt werden, wie insbesondere bei den Geräten oder Spiel mit der Bezeichnung Magic Games II (auch: Magic Gaminator 42) und Admiral XXXL Gaminator 42, wird
a b g e w i e s e n .

2. Das weitere Begehren, die klagende Partei werde ermächtigt, auf Kosten der beklagten Partei binnen drei Monaten ab Rechtskraft dieses Urteils den klagsstattgebenden Punkt 1. dieses Urteils samt Kopf „Im Namen der Republik“ und Angabe des Gerichts, der Geschäftszahl und des Namens des Richters, der Parteien in Fettdruck und ihrer Vertreter, dies alles umrandet, in je einer Wochentagsausgabe der Tageszeitung Kurier, Kronen Zeitung, Heute und Österreich zu veröffentlichen, wird
a b g e w i e s e n .

3. Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit € 40.389,12 bestimmten Kosten binnen 14 Tagen zu ersetzen (darin 20 % USt und € 1.362,-- an Barauslagen).

Entscheidungsgründe:

Der Kläger beehrte wie im Spruch ersichtlich und brachte dazu vor, er stelle in Österreich Spielautomaten auf und stehe daher in einem Wettbewerbsverhältnis mit der Beklagten. Diese betreibe Spielautomaten, bei denen mit Einsätzen bis zu € 12,-- pro Spiel gespielt werden könne. Dies werde durch die Vorschaltung eines Würfelspiels ermöglicht, das den eigentlichen Spieleinsatz für das jeweilige Kartenspiel, Früchtesymbolspiel etc. bestimme. Durch eine Automatiktaste werde sichergestellt, dass das Würfelspiel nicht jedes Mal mittels Tastendrucks neu gestartet werden müsse. Schon aufgrund der immensen Geschwindigkeit des Ablaufs des Würfelspiels liege ein unerlaubtes Serienspiel iSd § 168 StGB vor.

Nach den erteilten behördlichen Genehmigungen sei der Einsatz pro Spiel auf € 0,50 beschränkt und dürfe der maximale Gewinn pro Spiel € 20,-- betragen. Diese für das „kleine Glücksspiel“ geltenden Wertgrenzen würden durch das vorgeschaltete Würfelspiel und durch sogenannte Supergames überschritten. Mit der Programmierung der Automaten umgehe die Beklagte die ihr erteilten Auflagen des kleinen Glücksspiels. Sie verstoße gegen das GSpG und - da es sich um verbotene Serienspiele handle - gegen § 168 StGB und damit gegen § 1 UWG.

Die Beklagte bestritt das Klagebegehren und wendete mangelnde Aktivlegitimation des Klägers ein, weil dieser keine Spielautomaten in Wien betreibe und daher nicht Mitbewerber sei. Sie sei eine Konzerngesellschaft

der Novomatic-Gruppe. Die vom Kläger beanstandeten Glücksspielautomaten würden nicht von ihr, sondern von einer anderen Konzerngesellschaft der Novomatic-Gruppe betrieben, auf die sie keinen Einfluss nehmen könne.

Bei lediglich an einem der zahlreichen, in der Klage inkriminierten, Standorte in Wien, betreibe die beklagte Partei Münzgewinnspielapparate nach dem Wiener Veranstaltungsgesetz, nämlich in 1100 Wien, Inzersdorfer Straße 100, Top 6. Der Kläger verfüge auch über keine aufrechte Konzession zum Betrieb von Münzgewinnspielautomaten in Wien und betreibe auch keine Münzgewinnspielautomaten.

Die Novomatic-Gruppe betreibe alle ihre Glücksspiele im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen. Die von ihr produzierten und/oder betriebenen Glücksspielautomaten entsprächen den Vorgaben des Glücksspielgesetzes. Zu den vom Kläger beanstandeten „Würfelsymbolspiel“ und den „Action Games“ lägen mehrere Gutachten gerichtlich beeideter Sachverständiger sowie Rechtsgutachten namhafter Experten vor, die die Zuverlässigkeit dieser Spiele bestätigen. Auch lägen behördliche Genehmigungen für die Spielstätten vor.

Für die Automatenkasinos in Wien sei das Wiener Veranstaltungsgesetz und die Verordnung der Wiener Landesregierung über die Organisation und die Etiketten des Wiener Spielapparatebeirates einschlägig. Diesen Beirat hätten fachkundige Vertreter aus unterschiedlichen Fachbereichen anzugehören, seine Aufgabe sei die Prüfung angebotener Glücksspiele. Er habe die Spielapparatetypen zu untersuchen und

probeweise zu bespielen und anschließend eine fachliche Empfehlung abzugeben, wobei das Ergebnis der Beurteilung in eine fortlaufend zu aktualisierende Liste aufzunehmen und diese der Konzessionsbehörde und den gesetzlichen Interessensvertretungen nach Verlangen zur Verfügung zu stellen sei („Positivliste“, die im World Wild Web abrufbar sei). Die vom Kläger beanstandeten Spielvarianten „Action Games“, „Würfelsymbolspiel“ und „Gambeln“ seien vom Spielapparatebeirat typisiert worden, ebenso die „Automatik-Startfunktion“; die entsprechenden Münzgewinnspielapparate seien auf die Positivliste gesetzt worden. Münzgewinnspielapparate bedürften in Wien einer behördlichen Konzession. Konzessionsansuchen müssten für bestimmte, im Ansuchen zu präzisierende Münzgewinnspielautomate gestellt werden. Nach einem Ermittlungsverfahren (unter Berücksichtigung der Empfehlung des Wiener Spieleapparatebeirates) werde dann allenfalls eine Konzession erteilt. Dies habe unter anderem zur Folge, dass der Betrieb der entsprechenden als „Veranstaltung“ iSd Wiener Veranstaltungsgesetzes qualifiziert sei; eine solche verwaltungsbehördliche Konzession liege für den von der beklagten Partei betriebenen Standort vor.

Ihre Rechtsansicht, dass die inkriminierten Glücksspiele mit den Vorschriften des GSpG im Einklang stünden, sei daher jedenfalls vertretbar, sodass ein Wettbewerbsverstoß nach § 1 UWG ausgeschlossen sei.

Der Kläger bestritt die Einwände der mangelnden Aktiv- und Passivlegitimation und brachte vor, die inkriminierten Apparate seien in Geschäften

aufgestellt, die unter dem Namen „Admiral Sportwetten“ betrieben würden. Es unterliege sehr wohl dem Einfluss der Beklagten, dass in ihren Geschäften unter ihrem Namen bzw. ihrer Marke verbotene Glücksspiele durchgeführt würden. Seit der Entscheidung des Obersten Gerichtshofes vom 18. April 2013 könne nicht mehr vertreten werden, dass diese Spiele rechtskonform seien.

Beweis wurde erhoben durch

a) Einsicht in die Urkunden:

- ./A Auszug aus dem Gewerberegister vom 21.11.2007
- ./B FA Grieskirchen Wels, Bescheid über Erteilung Steuernummer vom 1.4.2008
- ./C Bericht von Josef Mitterhofer vom 12.9.2007
- ./D RIDA-Stichworteliste „vorgeschaltetes Würfelspiel“ vom 10.12.2011
- ./E RIDA-Stichwortliste „vorgeschaltetes Würfelspiel“ vom 10.12.2011
- ./1 Gutachten SV Michael Gruja vom 21.11.2003
- ./2 u. ./4, ./11 - ./16 und ./26 u. ./27 Gutachten des SV Ing. Manfred Traffler
- ./3 u. ./6 Wiener Spieleapparatebeirat, Fachliche Empfehlung vom 2.10.2007
- ./5 Rechtsgutachten des SV Dr. Walter Schwarz vom 13.9.2007
- ./7 - ./10 gutachten des SV Richard Pedri
- ./17 Wiener Spieleapparatebeirat, Liste typisierter Apparate vom 4.12.2009
- ./17 u. ./18 Firmenbuchauszüge vom 6.10.2010
- ./19, ./20, ./22 u. ./25 Ausdrücke von verschiedenen Homepages
- ./21 Olympia News vom 17.2.2010

- ./23 Rechnungshofbericht 2009/2
- ./24 Eidesstattliche Erklärung vom 24.1.2011
- ./28 StA St. Pölten, Einstellung des Verfahrens, Benachrichtigung vom 12.1.2012
- ./29 LG St. Pölten, Beschluss vom 29.10.2012
- ./30 LG Wr. Neustadt, Protokoll vom 16.5.2013
- ./32 kopiertes Rechtsgutachten RA Dr. Walter Schwartz vom 13.9.2007 betreffend „elektronisches Würfelspiel“
- ./33 kopiertes Rechtsgutachten RA Dr. Walter Schwartz vom 13.9.2007 betreffend „Action Games“
- ./34 kopierte aktuelle Liste des „Wiener Spielapparatrbeirates“
- ./35 kopiertes Schreiben der Gemeinde Wien (MA 36) vom 5. Oktober 2007 samt Attachement
- ./36 kopiertes Muster Konzessionsansuchen
- ./37 kopiertes Rechtsgutachten Univ. Prof. Dr. Heinz Mayer vom 10.4.2014
- ./38 kopierter Beschluss 1 R 220/13z des OLG Wien
- ./39 kopiertes Urteil 3 R 22/14y
- ./40 kopierter Bescheid samt Konzessionsansuchen zum Standort 1100 Wien, Inzersdorfer Straße 100/6 zu M 36/17166/2008
- ./41 kopiertes Gutachten Dr. Walter Schwartz vom 31.8.2014
- ./42 Typengutachten vom 26.3.2009

b) Vernehmung folgender Personen:

Parteieneinvernahme des Klägers, sowie zeugenschaftliche Einvernahme des Mag. Gabriele Kritzek, des Jürgen Walter Irsigler, des Kommerzialrat Ernst Riedl und des Helmut Kafka.

Fest steht:

Der Kläger betrieb von 2008 bis 30.4.2014 das Gewerbe der Vermietung von Spielautomaten (./A) in ganz Österreich. Seit 1.5.2014 wird ein solches Gewerbe nur mehr von der Azren Koka GmbH ausgeübt; der Kläger ist nicht Gesellschafter, sondern lediglich angestellter Geschäftsführer.

In Lokalen, die unter dem Firmenwortlaut „Admiral Sportwetten“ betrieben werden, sind Glücksspielautomaten aufgestellt, auf denen unter anderem folgende Spiele gespielt werden können:

Würfelsymbolspiel: Bei dem Spiel werden auf dem Bildschirm Würfel dargestellt, mittels Spielwahltaste kann der Spieler vor dem Spielstart ein Würfelsymbol auswählen. Durch das Drücken der Start-Taste wird maximal € 0,50 vom Guthaben des Spielers abgezogen und dann das jeweilige Würfelspiel gestartet, wobei der rechte Würfel optisch und zufallsgesteuert gedreht wird. Ausgangsmöglichkeiten:

- Sind die Würfelsymbole gleich, wird das Würfelspiel ohne weitere Einsatzleistung fortgesetzt, indem automatisch wiederum ein zufallsabhängig gesteuertes Spiel gestartet wird.
- Zeigt das rechte Würfelsymbol ein „?“ gibt es einen Sofortgewinn bis maximal € 20,--.
- Sind die Symbole unterschiedlich, ist das Spiel beendet, „Game over“ wird angezeigt und der Einsatz ist verloren.

Jedes Würfelsymbolspiel ist somit ein für sich selbst einsatzpflichtiges, abgeschlossenes Spiel, das mittels eines Zufallsmechanismus über Gewinn und Verlust entscheidet.

Action/Active/Super Game: Die Spiele haben einen Einsatz von maximal € 0,10 und einen Gewinn von maximal € 10,--. Die Spiele werden auf dem Action/Active/Super Game Display angezeigt und können nur nach den Gewinnen eines Basisspieles gespielt werden. Nach Betätigen der Start/Nehmen-Taste wird der Einsatz vom Kredit abgebucht und das Spiel gestartet. Die zwölf Felder des Spielrades werden im Uhrzeigersinn einzeln beleuchtet, wobei das Licht nach einem Zufallsmechanismus auf einem Feld stehen bleibt, je nach dem Symbol auf dem Feld gewinnt oder verliert der Spieler. Durch Drücken der Auszahl-Taste kann das Anbot zur Spielteilnahme abgelehnt werden.

Gamble Feature: Mit dieser Funktion wird dem Spieler die Möglichkeit angeboten, durch Drücken der Risiko-Taste die Dauer eines laufenden Spieles zu verlängern und ohne weiteren Einsatz auf einen Gewinn von maximal € 20,-- zu kommen. Durch das Drücken der Start/Nehmen-Taste wird das Gamble Feature nicht gestartet, ein allfälliges Ergebnis wird auf den Kredit übertragen und gutgebucht.

Automatik Start-Taste: Durch die Automatik Start-Taste läuft ein Spiel nach dem anderen ab, bis die Taste noch einmal gedrückt wird, oder kein Kredit mehr vorhanden ist. Die Folge von Spielen wird ebenfalls unterbrochen, wenn es bei einem Spiel einen Gewinn gibt. Durch nochmaliges Drücken der Automatik Start-Taste kann die Spielserie jederzeit unterbrochen werden. Die Spieldauer eines Spieles beträgt etwa eine Sekunde.

Für den Spieler ist bei jedem einzelnen Spiel Beginn

und ende des Spiels erkennbar. Der maximale Einsatz pro Spiel beträgt € 0,50, der maximale Gewinn € 20,--.

Die beklagte Partei ist allerdings lediglich an einem dieser Standorte selbst Inhaber einer Konzession nach dem Wiener Veranstaltungsgesetz, nämlich am Standort 1100 Wien, Inzersdorfer Straße 100, Top 6; an allen anderen Standorten sind die jeweiligen Lokalinhaber selbst Träger der Konzession.

Die eben genannte Konzession der beklagten Partei wurde von der MA 36 des Magistrates Wien mit Bescheid vom 30.4.2009 erteilt (Beilage ./14); dies aufgrund eines Konzessionsansuchens, in welchem detailliert dargelegt wurde, welche konkreten Glücksspiele (Auspielungen) inklusive „Automatikstartfunktion“ mit den Gewinnspielapparaten gespielt werden sollten (Beilage ./40), nämlich folgende:

„Beetle Mania“	„Beetle Mania Action-9“
„Heart of Gold“	„Fruit X Card“
„Interactive Games“	„Bee Bop“
„License to Print Money“	„Frog Power“
„Magic Games“	„Hot Shell“
„Merlin Magic“	„Hot Goal“
„Party Animal“	„Hot Target“
„Silverball“	„Sharky Action“
„Treasure Ant“	„Sizzling Hot“
„Fruit Card Cherry“	„Magic Games II“
„Moneypoly“	„Columbia“
„Columbus“	„Chili con cash“
„Queen of Hearts“	„Magic Money“
„Roller Coaster“	„Lucky Lady´s Charm“
„Book of RA AG“	„Wanted AG“

„High Roller AG“	„Golden Cobras“
„Money Money“	„Multigame Vienna 2“
„Multigame Vienna 1“	„Gryphon´s Gold“
„Oliver´s Bar“	„Fruits on Fire“
„Threee“	„Lemon Cherry“
„Mosqutozzz“	

Der tatsächliche Ablauf, der letztlich zu fachlichen Empfehlungen zur Typisierung eines Spielapparates führt, ist vor dem „Spielapparatebeirat“, nach dem Wiener Veranstaltungsgesetz folgender:

Im Konzessionsansuchen hat der Konzessionswerber die für die Behörden notwendigen Daten anzuführen. Im Ansuchen ist die genaue Bezeichnung des Apparates bzw. der Software anzugeben; alternativ ist auf die Bezeichnung in der vom Spielapparatebeirat fortlaufend zu aktualisierende Liste bereits erfolgte Beurteilungen zu verweisen (Beilage ./14).

Mitglieder des Spielapparatebeirates sind fachkundige Vertreter aus den Bereichen Kinder- und Jugendpsychologie, Jugendschutz, Veranstaltungsrecht, Abgabenrecht, Wirtschaftsrecht, Glücksspielwesen und Abratetechnik, sowie je ein Vertreter der Wirtschaftskammer Wien und der Kammer für Arbeiter und Angestellte. Im Konzessionsansuchen werden die jeweiligen Typengutachten angeschlossen (wie z.B. die Gutachten Beilagenkonvolut ./42).

Die Automaten werden dem Spielapparatebeirat vorgeführt; die Überprüfung erfolgte aufgrund des optischen Eindruckes des Spielgehäuses und bezüglich des Spieles selbst. In die Überprüfung wird auch die

sogenannte „Automatik Start-Taste“ einbezogen. Die Entscheidung des Spielapparatbeirates, ob der geprüfte Apparat bzw. das Spiel dem vom Spielapparatebeirat zu prüfenden rechtlichen Voraussetzungen entspricht oder nicht, erfolgt nicht nur aufgrund des vom Konzessionswerber vorzulegenden Gutachtens, sondern auch aufgrund der Empfehlungen von Mitgliedern des Spielapparatebeirates, die von den anderen Mitgliedern des Spielapparatebeirates als zur Prüfung dieser Voraussetzungen kompetent angesehen werden; das ist zumindest ein Mitglied des Begutachtengremiums; Gegenstand der Überprüfung ist vor allem auch der Source Code des jeweiligen Spieles.

In die Abgabe von fachlichen Empfehlungen zur Typisierung eines Spielapparates fließt auch die Ansicht des Spielapparatebeirates ein, ob es sich um „kleines Glücksspiel“ oder um ein Spiel handelt, das dem Glücksspielmonopol unterliegt; dies unter Berücksichtigung der Funktion der „Automatik Spieltaste“.

Der Spielapparatebeirat führt eine sogenannte „Positivliste“, d.h. eine Liste der Spielapparate, die nach Ansicht des Beirates dem Gesetz entsprechen. Diese Liste ist im Internet einsehbar. Enthält nun ein Ansuchen ein Spiel, das schon in dieser „Positivliste“ verzeichnet ist, wird dieser Spielapparat bzw. dieses Spiel nicht nochmals beurteilt.

Die konzessionserteilende Behörde folgt den Empfehlungen des Spielapparatebeirates immer und erteilt die Konzession, wenn die neben der Empfehlung

des Spielapparatebeirates notwendigen Voraussetzungen nach Ansicht der Behörde gegeben sind.

Diese Vorgangsweise wurde auch bei Erlassung des Bescheides vom 30.4.2009 (Beilage ./14) eingehalten.

Die gegenständlichen Spiele waren auch Gegenstand des Ermittlungsverfahrens der Staatsanwaltschaft St. Pölten, 20 BAZ 2004/08d.

Beweiswürdigung:

Der festgestellte Sachverhalt war weitgehend unstrittig.

Hinsichtlich der Tätigkeit des Klägers folgte das Gericht seinen eigenen Angaben; bei den Feststellungen zum tatsächlichen Ablauf der Prüfung durch den Spielapparatebeirat folgte das Gericht den Zeugenaussagen der Mitglieder des Spielapparatebeirates sowie der damit im Einklang stehenden Aussagen der Zeugin Mag. Kritzek.

Rechtlich folgt:

Zunächst sei die vom OGH in seiner Entscheidung vom 23.4.2014 referierte und dem Erstgericht überbundene Rechtsansicht referiert:

1. Es kommt auf das Vorliegen einer vertretbaren Rechtsansicht an, das Verhalten der Beklagten ist grundsätzlich nach neuem Recht zu beurteilen.

1.1. Ein Verstoß gegen eine nicht dem Lauterkeitsrecht im engeren Sinn zuzuordnende generelle Norm ist als unlautere Geschäftspraktik oder als sonstige unlautere Handlung iSv § 1 Abs 1 Z 1 UWG zu werten, wenn die Norm nicht auch mit guten Gründen in

einer Weise ausgelegt werden kann, dass sie dem beanstandeten Verhalten nicht entgegensteht. Der Unterlassungsanspruch setzt ferner voraus, dass das beanstandete Verhalten geeignet ist, den Wettbewerb zum Nachteil von rechtstreuen Mitbewerbern nicht bloß unerheblich zu beeinflussen (4 Ob 225/07d = SZ 2008/32 - Wiener Stadtrundfahrten; RIS-Justiz RS0123239). Maßgebend für die Vertretbarkeit einer Rechtsauffassung sind der eindeutige Wortlaut und Zweck der angeblich übertretenen Norm sowie gegebenenfalls die Rechtsprechung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts und eine beständige Praxis von Verwaltungsbehörden (4 Ob 225/07b - Wiener Stadtrundfahrten; RIS-Justiz RS==77771[T76]; zuletzt etwa 4 Ob 20/13i= wbl 2013, 418-Vertretungsvorbehalt der Rechtsanwälte; 3 Ob 115/13b = ÖBl 2013, 38 [Anzenberger] = ecolex 2014, 255 [Tonninger] - Ö3 Eukrowuchteln; 4 Ob 166/13k = ÖBl-LS 2014/13 - Bleaching).

1.2. Der Senat hat im Zusammenhang mit dem Inkrafttreten der UWG-Novelle 2007 mehrfach ausgesprochen, dass ein in die Zukunft wirkendes Verbot nur dann erlassen oder bestätigt werden kann, wenn das beanstandete Verhalten im Zeitpunkt der Entscheidung auch nach der neuen Rechtslage unlauter ist (RIS-Justiz RS0123158; 4 Ob 156/08g = wbl 2009, 206 - Stiftung Warentest 4 Ob 39/10d = ecolex 2011, 142 - Billigstzeitung). Eine Parallelprüfung nach altem Recht kann unterbleiben, wenn das beanstandete Verhalten nach Inkrafttreten des neuen Rechts fortgesetzt wurde (4 Ob 76/12y = wbl 2012, 590 = ecolex 2012, 993 [Tonninger] - Media-Analyse II; RIS-Justiz RS 123158 [T5]. Nichts Anderes kann gelten, wenn sich zwar nicht die lauterkeitsrechtliche Bestimmung, wohl aber die dem

Rechtsbruchtatbestand zugrunde liegende Norm geändert hat. Auch hier ist ein Verbot nur möglich, wenn das beanstandete Verhalten auch nach neuer Rechtslage unzulässig ist. Hat der Beklagte - wie hier nach den für die Beurteilung der Wiederholungsgefahr maßgebenden Verhältnissen bei Schluss der Verhandlung erster Instanz - sein Verhalten auch unter Geltung des neuen Rechts fortgesetzt, ist eine Parallelprüfung nach altem Recht nicht erforderlich. Das auf das Vorliegen unzulässiger Serienspiele gerichtete Sachvorbringen der Beklagten kann auch unter die nun geltende Rechtslage subsumiert werden.

2. Die Beklagte gesteht im Rekurs zu, dass die die „Automatik-Startfunktion“ - also das Auslösen mehrere „Spiele“, die bis zu einer Unterbrechung oder zum Aufbrauchen des Guthabens ohne weiteres Tätigwerden des Spielers ablaufen - gegen § 5 Abs 5 lit a Z 3 und lit b Z 3 GSpG idgF verstößt. Danach muss jedes Spiel zumindest zwei Sekunden dauernd und vom Spielteilnehmer „gesondert ausgelöst“ werden. Beide Bedingungen sind bei Möglichkeit einer „Automatik-Startfunktion“ auch dann nicht erfüllt, wenn man unter „Spiel“ - wie von der Beklagten vertreten - jeden einzelnen maschineninternen Spielvorgang versteht. Hingegen ist nicht erkennbar, weshalb es (auch) nach neuem Recht unvertretbar sein sollte, Spielern das Aufbrauchen eines Guthabens zu ermöglichen, das mit jeweils gesondert auszulösenden und als solchen unbedenklichen Spielen aufgebraucht werden kann. Das Berufungsgericht hat diese Auffassung zwar nicht unplausibel mit dem Gesetzeszweck begründet; im Wortlaut der Bestimmung findet sie aber keine Deckung. Damit ist insofern - vorbehaltlich anderslautender Entscheidungen der zur

Durchsetzung des Glücksspielrechts primär zuständigen Verwaltungsgerichte - keine unvertretbare Rechtsansicht anzunehmen.

3. In Bezug auf die „Automatik-Startfunktion“ sind allerdings die Übergangsvorschriften der GSpG-Novelle 2010, BGBl I 73, zu beachten.

3.1. Nach § 60 Abs 25 Z 2 GSpG idgF dürfen „Glücksspielautomaten, die aufgrund landesgesetzlicher Bewilligung gemäß § 4 Abs 2 idF vor diesem Bundesgesetz [d.h. vor der Novelle 2010] zugelassen worden sind, [...] längstens bis zum Ablauf des 31. Dezember 2014 betrieben werden (Übergangszeit). Wenn in einem Bundesland die nach § 5 Abs 1 höchstzulässige Anzahl an Glücksspielautomaten zum 31. Dezember 2009 um mehr als das Doppelte überschritten worden ist, dürfen in diesem Bundesland Glücksspielautomaten, die aufgrund landesgesetzlicher Bewilligung gemäß § 4 Abs 2 idF vor diesem Bundesgesetz zugelassen worden sind, längstens bis zum Ablauf des 31. Dezember 2015 betrieben und bis dahin an bereits bestehenden Standorten und im bestehenden Ausmaß auch verlängert werden.“

Die Regierungsvorlage zur Nov2010 (657 BlgNr24.GP10) führt dazu aus, dass Glücksspielautomaten einen „Vertrauensschutz“ bis Ende 2014 genießen. Eine Verlängerung um ein Jahr hätten jene „Erlaubnisländer“, die Ende 2009 die höchstzulässige Automatenanzahl nach diesem Bundesgesetz um mehr als das Doppelte überschritten hätten. Spielautomaten, die nach altem Recht aufgrund landesrechtlicher Bestimmungen bewilligt waren, fallen daher nicht unter § 5 GSpG idgF.

3.2. Das Erstgericht hat zwar festgestellt, dass die von der Beklagten angebotenen „Spiele“ [...] behördlich genehmigt und vom Wiener Spielapparatebeirat begutachtet und empfohlen“ worden seien. Diese Feststellung trägt die Abweisung allerdings noch nicht, weil es nach der dargestellten Bestimmung nicht um die (abstrakte) Genehmigung von Spielen, sondern um die konkrete Bewilligung von bestimmten Spielautomaten - hier also von solchen mit „Automatik-Startfunktion“ - geht. Liegen insoferne Bewilligungen vor, wäre deren inhaltliche Richtigkeit (Zulässigkeit) freilich nicht mehr zu prüfen. Denn ein von der Verwaltungsbehörde genehmigtes Verhalten kann nicht lauterkeitsrechtlich wegen angeblicher Rechtswidrigkeiten des von ihr erlassenen Bescheids verboten werden (RIS-Justiz RS007861 [T2, T3, T10], RS0077771 [T37, T61, T 64; zuletzt etwa 4 Ob 157/12k=wbl 2013/19 [Lettner] - Schutzzone im Bauland, und 4 Ob 41/13b, beide mwN). Die Beklagte durfte daher aus lauterkeitsrechtlicher Sicht auf allenfalls vorliegende Bewilligungen vertrauen. Auf die Auslegung von § 4 Abs 2 GSpG aF als solchem käme es in diesem Fall entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht an. Fehlten demgegenüber einschlägige Bewilligungen, wäre das Verhalten der Beklagten wegen Unanwendbarkeit der Übergangsbestimmung ausschließlich am neuen Recht zu messen; § 4 GSpG aF wäre auch in diesem Fall unerheblich.

Aufgrund des nach Verfahrensergänzung festgestellten weiteren Tatsachen ist auszuführen:

Auf den vorliegenden Sachverhalt ist unter anderem das Wiener Veranstaltungsgesetz sowie die Verordnung der Wiener Landesregierung über die

Organisation und Tätigkeit des Spielapparatebeirates anzuwenden.

Gemäß § 9 des Wiener Veranstaltungsgesetzes bedürfen Münzgewinnspielapparate einer Konzession. Vor Konzessionserteilung ist der Wiener Spielapparatebeirat zu hören. Diesem obliegt die Abgabe von fachlichen Empfehlungen und die Typisierung der Spielapparate (§ 15 Wiener Veranstaltungsgesetz, §§ 4 und 5 der Verordnung der Wiener Landesregierung über die Organisation und Tätigkeit des Spielapparatebeirates).

Die tatsächliche Überprüfung, die letztlich zur Typisierung bzw. zur Empfehlung des Spielapparatebeirates führt, ist im Sachverhalt wiedergegeben. Die entsprechende Empfehlung des Wiener Spielapparatebeirates ist auch als verfassungsrechtlicher Bescheid zu qualifizieren, an den auch Zivilgerichte gebunden sind (analog „Ethikkommission“ zfhR 2011, 152 mwN).

Darüber hinaus gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass für die „Typisierung“ eines Spieles bzw. eines Apparates ein zusätzlicher Behördenakt vorgesehen sei. Im Zusammenhalt des Bescheides und der fachlichen Empfehlung sind vom Spielapparatebeirat empfohlene Geräte als „zulässig“ im Sinne des Wiener Glücksspielgesetzes zu qualifizieren.

Selbst wenn man der Ansicht ist, dass kein verfassungsrechtlicher Bescheid vorliegt, so ist von den klagsgegenständlichen Bewilligungen jedenfalls auch der Spielablauf und die Spielgestaltungsmöglichkeit mitumfasst, weil nach dem Wiener Veranstaltungsgesetz geprüft wird, ob sich die Spielgestaltung innerhalb der gesetzlichen Beschränkungen hält. Ob die Funktionsweise bzw. der Spielablauf objektiv gesehen gegen gesetzliche

Grenzen überschreitet, ist daher, infolge der auch im Bezug auf die Spielabläufe vorhandenen landesbehördlichen Genehmigungen (Konzession), im Ergebnis bedeutungslos (1 R 220/13z OLG Wien).

Aber selbst für den Fall, dass nach der Rechtsansicht ist, dass die Spiele nicht behördlich genehmigt sind, wäre die Ansicht der beklagten Partei, dass behördliche Genehmigungen vorliegen, aus gutem Grunde vertretbar:

1. Die angebotenen Glücksspiele, insbesondere auch die Action-Games, wurden vom Wiener Spielapparatebeirat empfohlen.

2. Für die Glücksspiele liegen Gutachten von gerichtlich beeideten Sachverständigen hinsichtlich der Gesetzeskonformität vor.

3. Die StA St. Pölten führte zu 20 BAZ 2004/08 ein mehrjähriges Ermittlungsverfahren, das eingestellt wurde; der gegen den Einstellungsbeschluss eingebrachte Fortführungsantrag wurde vom Landesgericht St. Pölten verworfen. Im Einstellungsbeschluss vertrat die StA St. Pölten die Ansicht, dass Bewilligungen der Behörden vorlägen, weshalb keine Rechtswidrigkeit im Sinne des § 168 StGB gegeben sei.

Aus all diesen Überlegungen kann die Auffassung der beklagten Partei, dass mit Erteilung der Konzession auch die konkreten Spiele bzw. Apparate eine verwaltungsbehördliche Bewilligung besitzen, mit gutem Grunde vertreten werden.

Zum Wettbewerbsverhältnis ist auszuführen:

Ein Wettbewerbsverhältnis liegt vor, wenn zwischen den Vorteilen, die jemand durch eine Maßnahme für sein oder ein fremdes Unternehmen zu erreichen

sucht, und den Nachteilen, die ein anderer dadurch erleidet, eine Wechselbeziehung in dem Sinn besteht, dass der eigene Wettbewerb gefördert und der fremde Wettbewerb beeinträchtigt werden kann. Das ist dann der Fall, wenn Gewerbetreibende - mittelbar oder unmittelbar - den gleichen Abnehmerkreis haben.

In diesem Sinne ist ein Wettbewerbsverhältnis nur bis 30.4.2014 anzunehmen; danach übt nicht der Kläger als angestellter Geschäftsführer das Gewerbe aus, sondern nur mehr die Azren Koka GmbH.

Das konkrete Wettbewerbsverhältnis entfällt nämlich, wenn der Unternehmer seine Wettbewerbstätigkeit einstellt.

Die allenfalls dem Kläger bei Klagseinbringung zustehenden Unterlassungsansprüche sind dadurch entfallen, dass er im Laufe des Rechtsstreites seine Tätigkeit eingestellt und damit seine Aktivlegitimation mangels Fortbestehen eines Wettbewerbsverhältnisses eingebüßt hat. Er kann deshalb derzeit auch nicht als potenzieller Mitbewerber angesehen werden. Die bloße Möglichkeit, dass der Kläger künftig seine Tätigkeit wieder aufnehmen könnte, reicht dafür nicht aus; konkrete Vorbereitungshandlungen für eine solche Maßnahme sind weder vorgebracht noch ersichtlich.

Im übrigen hat die klagende Partei es unterlassen, der Anregung der OGH zu folgen, die komplizierte Formulierung des Klagebegehrens klarer zu fassen.

Die Kostenentscheidung gründet auf §§ 41 Abs 1, wonach die vollständig unterliegende Partei ihrem Gegner alle durch die Prozessführung verursachten, zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung bzw. -

Verteidigung notwendigen Kosten zu ersetzen hat.

Landesgericht Wiener Neustadt

Ger.Abt. 23, am 5.3.2015

**Mag. Rainer Lipowec
Richter**

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG