REPUBLIK ÖSTERREICH
OBERLANDESGERICHT LINZ

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Oberlandesgericht Linz als Berufungsgericht hat durch die Richter Dr. Paul Aman als Vorsitzenden sowie Dr. Werner Gratzl und Mag. Christine Mayrhofer in der Rechtssache der klagenden Partei **Admiral Casinos & Entertainment Aktiengesellschaft**, Wiener Straße 158, 2352 Gumpoldskirchen, vertreten durch die Ebert Huber Swoboda Oswald & Partner Rechtsanwälte GmbH in Wien, wider die beklagte Partei **Amigo Gesellschaft mbH**, Bahnhofstraße 16, 4400 Steyr, vertreten durch Dr. Fabian Maschke, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert EUR 34.900,00) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert EUR 100,00) über die Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Landesgerichtes Steyr vom 21. Dezember 2015, 9 Cg 10/15p-20, in nicht öffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 3.051,12 (darin enthalten EUR 508,52 USt) bestimmten Kosten der Berufungsbeantwortung binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstands übersteigt EUR 30.000,00.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

Die Klägerin ist Inhaberin einer nach dem Oö GlücksspielautomatenG erteilten Bewilligung für die Durchführung von Glücksspielen in Form der Ausspielung mittels Automaten. Sie betreibt aufgrund dieser Bewilligung an zahlreichen Standorten in Oberösterreich legal Glücksspielautomatensalons.

Die Beklagte betreibt in Steyr, Bahnhofstraße 16, das Lokal „Amigo/Kajot“. Sie verfügt für diesen Standort über eine Gewerbeberechtigung für das Gastgewerbe in der Betriebsart eines Café. In einem ohne Zutrittskontrolle zugänglichen Nebenraum ihres Lokals waren am 19. März 2015 vier Glücksspielautomaten aufgestellt. Die Automaten ermöglichten gegen

Eingabe von Bargeld Spiele, die als Ausspielung durchgeführt wurden und bei denen die Entscheidung über Gewinn oder Verlust ausschließlich oder überwiegend vom Zufall abhing, ohne dass der Spieler darauf Einfluss nehmen konnte. Die Beklagte verfügt über keine Konzession/Bewilligung zur Durchführung von Glücksspielen in Form der Ausspielung.

Die Klägerin erhob das Urteilsbegehren, die Beklagte schuldig zu erkennen, es im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen, Geräte für die Durchführung von Glücksspielen in Form der Ausspielung zu betreiben oder einem Dritten den Betrieb solcher Geräte zu ermöglichen, insbesondere durch Aufstellung und/oder Zugänglichmachung derartiger Geräte, vor allem in ihrem Lokal „Amigo/Kajot“ in Steyr, solange sie oder der Dritte nicht über die dafür erforderliche Bewilligung verfügt und/oder nicht die glücksspielrechtlichen Vorschriften über den Spielerschutz einhält, insbesondere kein Identifikations- bzw Zutrittssystem besteht. Weiters begehrte die Klägerin die Erteilung der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung in einer Lokalausgabe der „Oberösterreichischen Nachrichten“. Sie brachte im Wesentlichen vor, dass die Beklagte mittels der in ihrem Lokal bewilligungslos aufgestellten Automaten ein illegales Glücksspiel betreibe und damit gegen § 1 Abs 1 Z 1 UWG verstoße.

Die Beklagte beantragte Klagsabweisung und wandte ein, dass das in Österreich bestehende Glücksspielmonopol und damit auch die es regelnden Bestimmungen unionsrechtswidrig seien, worauf sie sich wegen verfassungsrechtlich verbotener Inländerdiskriminierung berufen könne. Abgesehen davon seien in ihrem Lokal nur Eingabeterminals aufgestellt, über die Aufträge weitergegeben würden und auf Automaten gespielt werden könne, die sich in Tschechien befänden und dort legal betrieben würden. Die Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielmonopols folge daraus, dass es vor allem das Anliegen der Maximierung staatlicher Einnahmen verfolge und keinen Spielerschutz gewährleiste. Es gebe keinen Nachweis dafür, dass Kriminalität in Zusammenhang mit dem Glücksspiel oder der Spielsucht in Österreich ein erhebliches Problem darstellen würde. Die offensive Werbepolitik des Konzessionsinhabers überschreite die Grenzen zulässiger Werbeaktivitäten.

Mit dem angefochtenen Urteil gab das Erstgericht der Klage (mit Ausnahme eines Teils des Veröffentlichungsbegehrens) statt. Es legte seiner Entscheidung im Wesentlichen den bereits eingangs wiedergegebenen Sachverhalt und die nachstehenden weiteren Feststellungen zugrunde:

Es kann nicht festgestellt werden, dass die Automaten im Lokal der Beklagten mit Glücksspielautomaten in Tschechien verbunden und lediglich Eingabeterminals wären. Es kann auch nicht festgestellt werden, dass das Glücksspielgesetz (GSpG) und das Oö Glücksspielauto-

matenG keine tatsächliche Wirkung entfalteten und nicht oder nur vordergründig dem Spielerschutz oder der Kriminalitätsbekämpfung dienten, dass die Spielsucht und eine mit dem Glücksspiel zusammenhängende Kriminalität in Österreich kein Problem darstellten, dass die Geschäftspolitik der Monopolinhaberinnen sowohl hinsichtlich des Werbeumfangs als auch hinsichtlich der Schaffung neuer Spiele nicht als Teil einer Politik der kontrollierten Expansion im Glücksspielsektor zur wirksamen Lenkung der Spiellust in rechtmäßige Bahnen anzusehen wäre sowie dass es der Beibehaltung des bestehenden Glücksspielmonopols nicht bedürfte, um in kohärenter und systematischer Weise die Gelegenheiten zum Spiel zu verringern oder spielbedingte Kriminalität zu bekämpfen.

In rechtlicher Hinsicht gelangte das Erstgericht zu dem Ergebnis, dass die Geschäftspraktik der Beklagten, in ihrem Lokal konzessionslos und damit rechtswidrig ein Automatenglücksspiel anzubieten, als unlauter im Sinne des § 1 UWG zu qualifizieren sei. Auf eine Unionsrechtswidrigkeit des österreichischen Glücksspielrechts wegen Verstoßes gegen die Dienstleistungsfreiheit (Art 56 AEUV) könne sich die Beklagte nicht unmittelbar berufen, weil ein reiner Binnensachverhalt ohne transnationales Element vorliege. Es finde aber auch keine Inländerdiskriminierung statt. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs sei ein Glücksspielmonopol zulässig, wenn damit das Anliegen verfolgt werde, in kohärenter und systematischer Weise die Gelegenheiten zum Glücksspiel im Sinne des Spielerschutzes zu verringern oder eine mit dem Glücksspiel verbundene Kriminalität zu bekämpfen, und wenn es auch tatsächlich eine derartige Wirkung entfalte. Den ihr obliegenden Beweis, dass dies nicht der Fall und deshalb das österreichische Glücksspielrecht unionsrechtswidrig sei, habe die Beklagte nicht erbracht.

Dagegen richtet sich die Berufung der Beklagten aus den Rechtsmittelgründen der unrichtigen Tatsachenfeststellung aufgrund unrichtiger Beweiswürdigung, der unvollständigen Erledigung der Sachanträge (§ 496 Abs 1 Z 1 ZPO), der unrichtigen rechtlichen Beurteilung (einschließlich der Geltendmachung sekundärer Feststellungsmängel) sowie der Mangelhaftigkeit des Verfahrens (unbegründete Abweisung von Beweisanträgen) mit dem Antrag, das angefochtene Urteil im Sinne einer Klagsabweisung abzuändern, *in eventu* aufzuheben.

Die Klägerin erstattete eine Berufungsbeantwortung, mit der sie eine Bestätigung des Ersturteils anstrebt.

Da dem Berufungssenat die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung über die Berufung nicht als erforderlich erschien, war in nicht öffentlicher Sitzung zu entscheiden (§ 480 ZPO).

Der Berufung kommt keine Berechtigung zu.

Die Beklagte bekämpft die (Negativ-)Feststellung, wonach nicht festgestellt werden kann, dass das Glücksspielgesetz (GSpG) und das Oö GlücksspielautomatenG nicht oder nur vordergründig dem Spielerschutz oder der Kriminalitätsbekämpfung dienten und keine tatsächliche Wirkung entfalteten. Sie begehrt die (positive) Ersatzfeststellung, dass das Glücksspielmonopol nicht oder nur vordergründig das Ziel des Spieler- und Jugendschutzes oder der Kriminalitätsbekämpfung verfolge und die bezughabenden Gesetzesbestimmungen keine tatsächliche Wirkung entfalten würden.

Der Tatsachenrüge fehlt es teilweise an der rechtlichen Relevanz. Der Europäische Gerichtshof hat in der Rechtssache C-390/12, *Pfleger* die unionsrechtliche Zulässigkeit des Glücksspielmonopols sowohl von der Zielsetzung des Gesetzgebers als auch von der tatsächlichen Wirkung der entsprechenden Regelungen abhängig gemacht. Der Oberste Gerichtshof hat bereits mehrfach (4 Ob 200/14m, 4 Ob 231/14w, 4 Ob 251/14m) ausgesprochen, dass aus den (das österreichische Glücksspielmonopol statuierenden und regelnden, es also ausmachenden) gesetzlichen Bestimmungen als solchen nicht abzuleiten ist, die Ausgestaltung des österreichischen Glücksspielrechts würde nicht dem Ziel des Spielerschutzes und der Kriminalitätsbekämpfung dienen; vielmehr sprechen sowohl der Wortlaut als auch die erklärte Zielsetzung des Gesetzgebers (vgl etwa die Materialien zur GSpG-Nov 2010, BGBl I 2010/73: 657 BlgNR 24. GP 3 [RV], 784 BlgNR 24. GP 1 [AB]) gegen die Annahme einer Unionsrechtswidrigkeit. Die Rechtsfrage der Zielsetzung des Gesetzgebers hat das Höchstgericht damit bereits geklärt. Selbst wenn man aber diese Frage dem Tatsachenbereich zuzuordnen würde, bestünden keine Zweifel daran, dass die sich aus den Materialien ergebende Zielsetzung der tatsächlichen Intention des Gesetzgebers entspricht und dieser keinen Gesetzeszweck verschleiert oder vorgetäuscht hat. Einen tragfähigen Grund für ein Abgehen von der Auffassung, dass Wortlaut und erklärte Zielsetzung des Gesetzgebers gegen die Annahme einer Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielmonopols sprechen, zeigt die Berufung nicht auf.

Hinsichtlich der tatsächlichen Auswirkungen der Regelungen des österreichischen Glücksspielrechts hat das Erstgericht eine *non-liquet*-Situation angenommen, die zulasten der Beklagten geht (4 Ob 66/15g). Dagegen bestehen aufgrund folgender Erwägungen keine Bedenken:

Das (von der Beklagten als solches bezeichnete) „Gutachten“ von MMag. Malgorzata Zanki (Beilage ./12) stellt weder ein Gerichts- noch ein Privatgutachten, sondern lediglich einen Essay dar, weil weder eine Befundaufnahme erfolgte noch der Auftraggeber erkennbar ist. Dieser Aufsatz gibt die Ansicht der Verfasserin wieder und ist für das Gericht nicht verbindlich. Selbst wenn es als Privatgutachten zu qualifizieren wäre, könnten daraus keine Feststellungen getroffen werden, weil hierfür die Zustimmung des Gegners erforderlich wäre und eine

solche nicht vorliegt (17 Ob 21/10b; RIS-Justiz RS0040636 [T1]). Letztendlich bleibt auch unklar, welche *conclusio* die Verfasserin aus den von ihr dargestellten Missständen zieht. Soweit ihr Essay als Plädoyer für ein generelles Verbot des Automatenglücksspiels aufzufassen sein sollte, liegt eine Entscheidung über die Erforderlichkeit eines solchen Verbots in der Hand des Gesetzgebers und nicht der Gerichte.

Die von der Beklagten bemühten Zeugen waren nur in der Lage, Einzelfälle zu schildern und persönliche Einschätzungen abzugeben. Aufgabe eines Zeugen ist es, seine Wahrnehmungen über konkrete Tatsachen zu bekunden, nicht aber diese Tatsachen zu beurteilen oder aus ihnen Schlussfolgerungen zu ziehen (RIS-Justiz RS0040548). Die Zeugen schilderten ihre subjektiven Eindrücke und Wahrnehmungen von der Geschäftspolitik der Konzessionärinnen. Roman Neßhold (der Geschäftsführer des Instituts für Glücksspiel und Abhängigkeit in Salzburg) berichtete, dass der Spielerschutz eines kontrollierten lizenzierten Betreibers in Oberösterreich verglichen mit anderen österreichischen Bundesländern sehr gut sei. Die Konzessionäre hätten mit dem Problem der vielen illegalen Anbieter zu kämpfen (Seite 10 in Beilage ./M 10). Er berichtete zwar auch von angezeigten Gesetzesverstößen der Casinos Austria AG (Seite 11 der Beilage ./M 10), qualifizierte aber dann den Spielerschutz doch als gut, und zwar mit den Worten: „*Wenn wir in Österreich eine Verlustobergrenze hätten, hätten wir einen guten Spielerschutz. Generell kann man den Umkehrschluss nicht ziehen.*“ (Seite 12 in Beilage ./M 10). „*Als Spielerschützer hat man immer besonders scharfe Augen auf die Dinge, die nicht passen. Es läuft schon vieles sehr gut, es könnte aber auch vieles verbesserungswürdig sein. Ich habe eine Spielhalle in Oberösterreich gesehen und war ich da betreffend Spielerschutz begeistert. Dies war ein legaler Anbieter*“ (Seite 13 in Beilage ./M 10). Seine weitere Aussage, wonach es zunehmend Probleme mit Glücksspielsüchtigen gebe, die Online-Glücksspiel betreiben (Seite 12 in Beilage ./M 10), bezieht sich so wie jene des Zeugen Helmut Kafka (des Präsidenten und Pressesprechers des Automatenverbandes) auf die vielen illegalen Online-Anbieter (Seiten 28 f in Beilage ./M 11). Nach der Darstellung des Helmut Kafka hat das Online-Glücksspiel um 118 % zugenommen und ist gegen die illegalen Online-Anbieter kaum ein wirksamer Spielerschutz durchsetzbar (Seiten 28 f, insbesondere 29 unten in Beilage ./M 11). Dieser Zeuge gesteht jenen Spielern, die sich entsprechend den geltenden Regeln bzw Normen verhalten und registrieren lassen, einen guten Spielerschutz zu (Seite 29 in Beilage ./M 11).

Der Berufsdetektiv Roland Ramseder, der drei Konzessionärinnen auf ihre Gesetzestreue hin observiert hat, konnte zwar zeigen, dass es möglich ist, einen Minderjährigen in den für ihn gesperrten Bereich eines Glücksspiellokals einzuschleusen und ihm mit einer unberechtigt weitergegebenen Spielerkarte das Spielen zu ermöglichen (Seite 16 in Beilage ./M 10). Die von ihm ermittelten Möglichkeiten, das bestehende Zugangskontrollsystem zu unterlaufen,

sind aber von ihrem Gewicht her lediglich Aspekte für eine Verbesserung des ohnehin schon bestehenden guten Spielerschutzsystems (Seiten 14 bis 16 in Beilage ./M 10).

Die Aussage der Landesbeamtin Dr. Isolde Wabitsch-Peraus bieten überhaupt keine Anhaltspunkte für das von der Beklagten angestrebte Ergebnis. Insgesamt schilderte die Zeugin ein dichtes Netz an Maßnahmen für den Spieler- und Jugendschutz und die Kriminalitätsbekämpfung (wie Zugangskontrollen, Registrierung, Spielerkarte, Spielsuchtvorbeugung etc), das auch regelmäßig unangemeldet kontrolliert wird. Selbst als ein eingeschleuster Minderjähriger mit einer weitergegebenen Spielerkarte spielte, habe das Überwachungssystem erkannt, dass der Spieler nicht zur Spielerkarte passte, und ihn gesperrt (Seite 4 in Beilage ./M 10).

Ebenso wenig lässt sich aus der Aussage des Zeugen Wilfried Lehner (des Leiters der Finanzpolizei Österreich) ein für die Beklagte günstiges Ergebnis ableiten: „*Ich habe keine Zahlen darüber, welche von den beschlagnahmten Geräten dann tatsächlich auch vernichtet wurden. Ich habe auch keine Zahlen darüber, wie viele von den beschlagnahmten Geräten nach Abführung des Strafverfahrens wieder freigegeben wurden*“ (Seite 8 in Beilage ./M 10). Entscheidend aus dieser Aussage sind folgende Passagen: „*Wir beschlagnahmen zwischen 500 und 2500 Eingriffsgegenstände im Jahr*“ (Seite 7 unten in Beilage ./M 10). „*Ein Teilaspekt des Spielerschutzes ist, dass illegale Geräte aus dem Verkehr gezogen werden*“ (Seite 9 oben in Beilage ./M 10). „*Als weiteres Instrument versuchen wir, dass die Behörden Betriebsschliessungen durchführen*“ (gemeint: bezüglich illegaler Anbieter; Seite 8 Mitte in Beilage ./M 10). Insgesamt geht aus dieser Aussage hervor, dass es viele illegale Glücksspielanbieter gibt, die Finanzpolizei massiv gegen diese vorgeht (Seite 7 unten in Beilage ./M 10) und es ihr auch gelingt, die illegalen Geräte vom Markt zurückzudrängen (Seite 9 Mitte in Beilage ./M 10).

Die Aussage des Zeugen Dr. Alexander Legat (eines Prokuristen der Klägerin und Leiters der Rechtsabteilung ihrer Muttergesellschaft Novomatic AG), wonach die Klägerin 2014 1.200 Präventionsgespräche geführt und etwa 100.000 registrierte Kunden und ca 8.000 aufrechte Sperren habe (Seite 22 in Beilage ./M 11), zeigt gerade, dass sie die gesetzlichen Ziele des Spielerschutzes und der Kriminalitätsbekämpfung beachtet. Insgesamt schilderte dieser Zeuge sehr anschaulich, wie die diese Ziele verwirklicht werden. Es finde bereits beim Zutritt des Gastes eine Registrierung statt; es werde ein amtlicher Lichtbildausweis verlangt, die Volljährigkeit des Gastes geprüft und anschließend eine Spielerkarte mit Foto und PIN-Code ausgestellt. Es erfolge auch eine Überprüfung in nationalen und internationalen Fahndungslisten (Seiten 20 f in Beilage ./M 11). Alle Automaten seien an das Bundesrechenzentrum angebunden, von wo aus jeder einzelne Spielvorgang durch das Kontrollsystem des Bundes überwacht werde (Seite 22 Mitte in Beilage ./M 11). Selbst in dem vom Berufsdetektiven Roland Ramseder geschilderten Fall habe das installierte Überwachungssystem den Karten-

missbrauch gemeldet, woraufhin die Mitarbeiter diesen Fall bei der Behörde angezeigt hätten (Seite 23 in Beilage ./M 11). Das System werde im Hinblick auf Spielerschutz und Kriminalitätsbekämpfung laufend verbessert (Seite 24 oben in Beilage ./M 11). Derzeit fänden auch Gespräche zwischen den Konzessionsinhaberinnen über eine Vernetzung der Sperren (spielbetreiberübergreifende Sperre) statt (Seite 23 unten in Beilage ./M 11). International sei ihm kein anderes derart strenges Zutritts- und Überwachungssystem bekannt (Seite 23 in Beilage ./M 11). Die Vollzugsbehörden hätten durch ihre Beschlagnahmen dazu beigetragen, dass sich die Gesamtzahl der Glücksspielautomaten in Österreich reduziert habe, weil die illegalen Geräte vom Markt zurückgedrängt worden seien (Seite 24 in Beilage ./M 11).

Aus diesen Zeugenaussagen lassen sich somit keine tauglichen Anhaltspunkte für eine inkohärente Geschäftspraxis der Konzessionärinnen gewinnen.

Das E-Mail der Dr. Izabela Horodecki vom 24. März 2015 (Beilage ./17) und die darin enthaltene Aussage, es gebe in Österreich zumindest doppelt so viele Spielsüchtige wie Drogenabhängige, spricht für ein bestehendes Suchtproblem und schadet der Beklagten insoweit, als daraus zusammen mit den oben dargestellten Ergebnissen folgt, dass es der Aufrechterhaltung des Monopols bedarf, um illegale Geräte (und Anbieter) vom Markt zu drängen und auf diese Weise die Gelegenheiten zum Spiel generell zu verringern und die Verbraucher weg von den illegalen hin zu den legalen und kontrollierten Spielnetzwerken zu lenken.

Diese Beweisergebnisse und die im Übrigen unbedenkliche erstgerichtliche Beweiswürdigung (§ 500a ZPO) lassen das *non liquet* zur tatsächlichen Wirkungsweise der Glücksspielregelungen als unbedenklich erscheinen.

Ergänzend ist noch festzuhalten, dass selbst bei Darstellung der gegenwärtigen Situation im Bereich von Spielsucht und Kriminalität offen bliebe, wie sich die Lage ohne Glücksspielmonopol darstellen würde, das in seiner heutigen Form auf § 2 GSpG 1962 (BGBl Nr 169/1962) zurückgeht und somit bereits seit mehr als fünf Jahrzehnten besteht. Da sich die Situation ohne Monopolregelung, also bei gänzlicher Liberalisierung des Glücksspielmarktes, auch verschlechtern könnte, wäre dieser Umstand in die Beurteilung der Frage einzubeziehen, ob die bestehenden Monopolregelungen in kohärenter und systematischer Weise die Gelegenheit zum Glücksspiel verringern oder die damit verbundene Kriminalität bekämpfen.

Unter dem Berufungsgrund der unvollständigen Erledigung von Sachanträgen rügt die Beklagte das Unterbleiben der Einholung des von ihr beantragten Sachverständigengutachtens. Dies ist insofern verfehlt, als Sachanträge im Sinne des § 496 Abs 1 Z 1 ZPO nur Urteils- und Urteilsgegenanträge sind, somit Klagebegehren, Zwischenfeststellungsanträge und Aufrechnungseinreden (*Pimmer* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozessgeset-

zen² IV/1 [2005], § 496 ZPO Rz 12; *Pochmarski/Lichtenberg*, Berufung in der ZPO² [2010], 60 je mwN). Werden hingegen prozessuale Anträge einer Partei (wie etwa Beweisanträge) nicht (oder nicht im gewünschten Sinn) erledigt, kann dies nur einen Verfahrensmangel gemäß § 496 Abs 1 Z 2 ZPO begründen. Auch ein solcher liegt jedoch hier nicht vor:

Die Beklagte hat mit Schriftsatz vom 19. November 2015 (ON 17) die Einholung eines Sachverständigengutachtens aus dem Gebiet der klinischen Psychologie zum Beweis dafür beantragt, dass die Anzahl der Spielsüchtigen innerhalb der letzten Jahre – insbesondere zwischen 2010 und 2015 – angestiegen sei und somit die gesetzlichen und tatsächlichen Vorkehrungen zum Spielerschutz im genannten Zeitraum ineffektiv gewesen seien. Das Erstgericht hat diesen Beweisantrag abgewiesen und dies im angefochtenen Urteil (Seite 13 in ON 20) mit einer Unerheblichkeit des Beweisthemas begründet. Ein Anstieg der Zahl der Spielsüchtigen im genannten Zeitraum lasse keinen Rückschluss auf eine generelle Ineffektivität der Spielerschutzmaßnahmen zu.

Dieses Argument ist stichhältig. Aus einem allfälligen Anstieg der (registrierten bzw statistisch erfassten) Spielsüchtigen (die Dunkelziffer wird hier enorm sein) ließe sich tatsächlich keine zwingende und valide Korrelation zu einer bestimmten Effektivität oder Ineffektivität des bestehenden Spielerschutzsystems ableiten. So könnte etwa ein solcher Anstieg gerade eine Folge des Agierens von illegalen, den gesetzlich vorgesehenen Spielerschutz missachtenden Glücksspielanbietern sein. Eine Darstellung der Entwicklung der (wie auch immer ermittelten) Anzahl von (wie auch immer zu definierenden) Spielsüchtigen ist damit von vornherein nicht geeignet, den angestrebten Beweis eines Versagens des gesetzlich vorgeschriebenen Spielerschutzes zu erbringen; dafür ist diese Problematik doch zu vielschichtig. Abgesehen davon ist auch nicht ersichtlich, auf welches Datenmaterial ein psychologischer Sachverständiger für die gewünschte Beurteilung zurückgreifen sollte; seine eigenen Wahrnehmungen wären dafür zweifellos nicht ausreichend bzw nicht repräsentativ genug. Auf das Argument eines Erkundungsbeweises, gegen das sich die Berufung wendet, hat sich das Erstgericht nicht gestützt.

Der Oberste Gerichtshof hat bereits mehrfach (4 Ob 145/14y, 4 Ob 200/14m, 4 Ob 243/14k, 4 Ob 244/14g ua) ausgesprochen, dass

- sich ein Mitbewerber in der Fallgruppe „Wettbewerbsvorsprung durch Rechtsbruch“ nicht darauf berufen kann, er habe in vertretbarer Weise annehmen können, die übertretene Norm sei aus unionsrechtlichen Gründen unanwendbar oder verstoße gegen höherrangiges nationales Recht;
- die Unionsrechtswidrigkeit und/oder der Verstoß gegen höherrangiges nationales Recht daher grundsätzlich im lauterkeitsrechtlichen Verfahren zu prüfen ist;

- eine Unionsrechtswidrigkeit zur Abweisung der Klage und Bedenken in Bezug auf einen Verstoß gegen höherrangiges nationales Recht zu einer Anfechtung beim Verfassungsgerichtshof – allenfalls auch im Wege einer „Gesetzesbeschwerde“ (Art 139 Abs 1 Z 4, 140 Abs 1 Z 1 lit d B-VG) – führen müssten;

- eine Unvereinbarkeit von Bestimmungen des GSpG mit der primärrechtlichen Dienstleistungs- oder Niederlassungsfreiheit in rein nationalen Fällen nicht zur Unanwendbarkeit dieser Bestimmungen führen würde, sondern nur eine verfassungsrechtlich unzulässige und daher vom Verfassungsgerichtshof wahrzunehmende Inländerdiskriminierung bewirken könnte.

Nach den erstgerichtlichen Feststellungen ist hier von einem reinen Binnensachverhalt auszugehen, weshalb sich die Beklagte nicht (unmittelbar) auf die Grundfreiheiten des Unionsrechts berufen kann. Eine Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielmonopols könnte aber unter Umständen wegen unsachlicher Inländerdiskriminierung zur Verfassungswidrigkeit der einschlägigen Bestimmungen des nationalen Rechts führen (4 Ob 145/14y, 4 Ob 200/14m jeweils mwN). Die behauptete Unionsrechtswidrigkeit ist insofern nur Vorfrage (4 Ob 200/14m, 4 Ob 251/14m, 4 Ob 97/15s ua).

Unter einer Inländerdiskriminierung ist zu verstehen, dass wegen der unmittelbaren Geltung und Vorrangwirkung des Unionsrechts ausländischen Unionsbürgern in Österreich Rechte zustehen können, die einem österreichischen Staatsbürger in Österreich nicht gewährt sind (*Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht[11] Rz 1355). Nach Ansicht des Verfassungsgerichtshofes widerspricht es dem innerstaatlichen Gleichheitsgrundsatz, wenn österreichische Staatsbürger gegenüber Ausländern ohne sachlichen Grund benachteiligt werden (VfSlg 14.863, 14.963/1997, 15.683/1999).

Soweit der Europäische Gerichtshof Vorabentscheidungsersuchen zu den Grundfreiheiten des Unionsrechts auch in reinen Binnenfällen als zulässig erachtet hat, tat er dies mit der Begründung, dass die allfällige Unionsrechtswidrigkeit einer Regelung für die nach nationalem Recht zu beurteilende Frage relevant sein könnte, ob „einem inländischen Staatsangehörigen die gleichen Rechte zustehen, die einem Staatsangehörigen eines anderen Mitgliedsstaats in der gleichen Lage kraft Unionsrecht zustünden“ (C-470/11, *SIA Garkalns*, Rz 20 mwN; C-159/12 bis C-161/12, *Alessandra Venturini ua*, Rz 28).

Der Oberste Gerichtshof hat in der Entscheidung 4 Ob 251/14m ausgesprochen, dass sich – in Einklang mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs – nur solche Unternehmen auf die Dienstleistungsfreiheit berufen können, die im Staat ihrer Niederlassung rechtmäßig ähnliche Dienstleistungen erbringen. Die Beklagte hätte daher, um sich auf eine aus dem Unionsrecht abgeleitete Inländerdiskriminierung berufen zu können, behaupten müs-

sen, dass ein Angehöriger eines anderen Mitgliedsstaates in der gleichen Lage (gleiche Befähigung; keine Konzession oder Bewilligung zur Ausübung des Glücksspiels) in einem anderen Mitgliedsstaat legal Ausspielungen ohne Konzession durchführen dürfe. Die Beklagte hat nicht einmal behauptet, dass es in irgendeinem anderen Mitgliedsstaat der Europäischen Union kein Glücksspielmonopol gebe.

Eine Inländerdiskriminierung kommt somit bereits mangels eines hinreichend konkreten Vorbringens der Beklagten im erstinstanzlichen Verfahren nicht in Betracht (ebenso OLG Linz 3 R 115/15z; 3 R 36/15g; 3 R 17/15p; 6 R 102/15k; 6 R 103/15g).

Selbst bei inhaltlicher Prüfung ergeben sich aber aus folgenden Erwägungen keine Anhaltspunkte für eine Inländerdiskriminierung der Beklagten:

Grundlage für die mögliche Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielmonopols, die allenfalls eine verfassungsrechtlich unzulässige Inländerdiskriminierung bewirken könnte, ist nach dem Vorbringen der Beklagten – wie schon zu 4 Ob 145/14y und 4 Ob 200/14m – die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache C-390/12, *Pfleger*. Danach ist Art 56 AEUV dahin auszulegen, dass er einer die Dienstleistungsfreiheit einschränkenden nationalen Glücksspielregelung entgegensteht, sofern diese Regelung nicht wirklich das Ziel des Spielerschutzes oder der Kriminalitätsbekämpfung verfolgt und nicht tatsächlich dem Anliegen entspricht, in kohärenter und systematischer Weise die Gelegenheiten zum Spiel zu verringern oder die mit diesen Spielen verbundene Kriminalität zu bekämpfen.

Damit macht der Europäische Gerichtshof die (unionsrechtliche) Zulässigkeit des Glücksspielmonopols nicht nur von der Zielsetzung des Gesetzgebers, sondern auch von der tatsächlichen Wirkung der Regelungen abhängig. Grundsätzlich ist die Vereinbarkeit von nationalem Recht mit Unionsrecht als Rechtsfrage von Amts wegen zu prüfen, sodass sich Fragen zu einer Darlegungspflicht (Behauptungslast) nicht stellen. Können aber bei Regelungen, bei denen – wie hier – sowohl der Wortlaut als auch die erklärte Zielsetzung des Gesetzgebers gegen die Annahme eines Unionsrechtsverstoßes sprechen, ausnahmsweise tatsächliche Umstände zu einem anderen Ergebnis führen, so hat sich diese Prüfung grundsätzlich an diesbezüglichen Parteienbehauptungen zu orientieren. Dabei trifft den Beklagten die Verpflichtung zur Behauptung entsprechender Tatsachen, weil es sich beim Einwand der Unionsrechtswidrigkeit um eine anspruchsvernichtende Einwendung handelt (RIS-Justiz RS0129945).

Soweit sich die Beklagte, um zu dem von ihr gewünschten Ergebnis zu gelangen, darauf beruft, dass nach der oberstgerichtlichen Entscheidung 4 Ob 200/14m grundsätzlich die Vereinbarkeit von nationalem Recht mit Unionsrecht als Rechtsfrage von Amts wegen zu prüfen sei, ist ihr entgegenzuhalten, dass eine amtswegige Beweisaufnahme und Sachverhaltsfeststellung darin nur für den Fall gefordert wird, dass das Gericht aufgrund konkreter Anhalts-

punkte Zweifel an der Unionsrechtskonformität des Glücksspielrechts haben sollte. Solche Zweifel werden aber im vorliegenden Fall nicht geweckt. Selbst eine amtswegige Sachverhaltserforschung bedeutet nicht, dass das Gericht so lange Beweise aufzunehmen hätte, bis das vom Beklagten gewünschte Ergebnis erreicht ist.

Angesichts der dargelegten Gründe sieht sich das Berufungsgericht nicht veranlasst, ein Vorabentscheidungsersuchen an den Europäischen Gerichtshof zu richten oder den Verfassungsgerichtshof zur Überprüfung der Verfassungskonformität der Glücksspielregelungen anzurufen. Der in der Berufung gestellte Antrag, das Berufungsverfahren bis zum Vorliegen einer vom Landesgericht Wiener Neustadt begehrten Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofs auszusetzen, entbehrt einer entsprechenden Grundlage. Vorabentscheidungsersuchen anderer Gerichte entfalten keine Bindungswirkung; § 90a GOG bindet nur das anfragende Gericht (RIS-Justiz RS0114648).

Es war daher wie im Spruch zu erkennen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 50 Abs 1, 41 ZPO.

Die Bewertung des Entscheidungsgegenstands orientiert sich an dem von der Klägerin gewählten Streitwert. Dass dieser in Relation zur wirtschaftlichen Bedeutung der Rechtssache unangemessen hoch wäre, ist nicht ersichtlich.

Die ordentliche Revision wurde nicht zugelassen, weil die maßgeblichen Rechtsfragen unter Beachtung der dazu vorliegenden Judikatur des Obersten Gerichtshofes gelöst wurden und damit die Zulassungsvoraussetzungen des § 502 Abs 1 ZPO nicht erfüllt sind.

Oberlandesgericht Linz, Abteilung 2
Linz, 24. Februar 2016
Dr. Paul Aman, Richter

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG