

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Vogel als Vorsitzenden und die Hofräte Dr. Jensik, Dr. Musger, Dr. Schwarzenbacher und Dr. Rassi als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei A***** AG, *****, vertreten durch Ebert Huber Swoboda Oswald & Partner Rechtsanwälte GmbH in Wien, gegen die beklagte Partei C***** H***** V*****, vertreten durch Dr. Fabian Maschke, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Gesamtstreitwert 35.000 EUR), über die außerordentliche Revision und den außerordentlichen Revisionsrekurs der beklagten Partei gegen das Urteil und den Beschluss des Oberlandesgerichts Linz als Berufungs- und Rekursgericht vom 17. September 2014, GZ 2 R 141/14i-14, mit welchem das Urteil und der Beschluss des Landesgerichts Ried im Innkreis vom 23. Juli 2014, GZ 5 Cg 61/14v-10, bestätigt wurden, in nichtöffentlicher Sitzung den

B e s c h l u s s

gefasst:

A. Der außerordentlichen Revision wird Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden aufgehoben, und die Rechtssache wird zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

B. Der außerordentliche Revisionsrekurs wird zurückgewiesen.

Die klagende Partei hat die Kosten der Revisionsrekursbeantwortung endgültig selbst zu tragen.

B e g r ü n d u n g :

Die Klägerin verfügt über eine Bewilligung der oberösterreichischen Landesregierung zur Durchführung von Glücksspielen in Form der „Landesausspielung“ mit Automaten. Sie betreibt solche Geräte an mehreren Standorten in Oberösterreich. Der Beklagte ist Inhaber einer Videothek in Ried/Innkreis. Er verfügt über keine Bewilligung für den Betrieb von Glücksspielautomaten, hat aber zwei solche Geräte aufgestellt. Das Spiel wird als Ausspielung durchgeführt, wobei der Spieler den Einsatz pro Spiel mit mindestens 20 Cent und höchstens 10,50 EUR festlegen kann. Der Sachverhalt weist keinen Auslandsbezug auf.

Die Klägerin beantragt, dem Beklagten mit Urteil und einstweiliger Verfügung zu verbieten,

Geräte für die Durchführung von Glücksspielen in Form der Ausspielung zu betreiben oder einem Dritten den Betrieb von Geräten für die Durchführung von Glücksspielen in Form der Ausspielung zu ermöglichen, insbesondere durch Aufstellung und/oder Zugänglichmachung solcher Geräte, insbesondere in seiner Videothek, solange er oder der Dritte, dem er die Durchführung von Glücksspielen in Form der Ausspielung ermöglicht,

nicht über die dafür erforderliche Konzession oder behördliche Bewilligung verfügt.

Mit dem Unterlassungsbegehren verbindet sie einen Antrag auf Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung. Eine Ausspielung mit Glücksspielautomaten dürfe nur mit behördlicher Bewilligung erfolgen. Da der Beklagte über keine solche Bewilligung verfüge, betreibe er ein illegales Glücksspiel. Dadurch verstoße er gegen § 1 Abs 1 Z 1 UWG (Wettbewerbsvorsprung durch Rechtsbruch).

Der Beklagte wendet ein, die Verbotsbestimmungen des Glücksspielgesetzes seien unanwendbar, weil das Glücksspielmonopol unionsrechtswidrig sei. Nach der zuletzt ergangenen Entscheidung des EuGH in der Rechtssache C-390/12, *Pfleger*, stehe Art 56 AEUV einer nationalen Beschränkung des Glücksspiels entgegen, sofern diese nicht wirklich das Ziel des Spielerschutzes oder der Kriminalitätsbekämpfung verfolge und nicht tatsächlich dem Anliegen entspreche, in kohärenter und systematischer Weise die Gelegenheiten zum Spiel zu verringern oder die mit diesen Spielen verbundene Kriminalität zu bekämpfen. Diese Voraussetzungen seien in Österreich nicht erfüllt. Darauf könne sich wegen der verfassungsrechtlich unzulässigen Inländerdiskriminierung (Art 7 B-VG) auch der Beklagte berufen. Eine Ungleichbehandlung von Inländern und Angehörigen anderer Mitgliedstaaten bedürfe einer hier nicht erkennbaren sachlichen Rechtfertigung. Jedenfalls sei die Rechtsansicht des Beklagten vertretbar; daher bestehe kein lauterkeitsrechtlicher Unterlassungsanspruch.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt und erließ die beantragte einstweilige Verfügung. Der Beklagte veranstalte in seinem Lokal Ausspielungen iSd § 2 Abs 1

GSpG. Da seine Automaten Einsätze von mehr als 10 EUR ermöglichten, unterlägen diese Ausspielungen nach § 3 GSpG dem Glücksspielmonopol des Bundes. Mangels Konzession greife der Beklagte in dieses Monopol ein. Ein allfälliger Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit erfasse nur Sachverhalte mit einem transnationalen Element, das hier nicht vorliege.

Das Gericht zweiter Instanz gab den gegen diese Entscheidungen gerichteten Rechtsmitteln nicht Folge. Es sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 30.000 EUR übersteige und die ordentliche Revision und der ordentliche Revisionsrekurs nicht zulässig seien.

Die im Unionsrecht garantierten Grundfreiheiten, so auch die Dienstleistungsfreiheit, erfassten nur Sachverhalte mit einem transnationalen Element. Hier liege demgegenüber ein reiner Inlandssachverhalt vor. Eine verfassungswidrige Inländerdiskriminierung liege nicht vor. Sie setze eine Benachteiligung von Inländern gegenüber Dienstleistern, die in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassen seien und von der Dienstleistungsfreiheit Gebrauch machten, voraus. Das habe der Beklagte nicht konkret behauptet. Er bringe auch nicht vor, dass er die Voraussetzungen erfülle, um in einem anderen Mitgliedstaat der Union legal das Glücksspiel (Ausspielungen) anbieten zu können. Eine vertretbare Rechtsansicht liege angesichts der gefestigten (lauterkeitsrechtlichen) Rechtsprechung der Zivilgerichte zu vergleichbaren Sachverhalten nicht vor. Auch der Verfassungsgerichtshof habe in mehreren Erkenntnissen die Verfassungsmäßigkeit des Glücksspielgesetzes bestätigt.

Gegen diese Entscheidung richtet sich eine außerordentliche Revision des Beklagten, mit der er erkennbar auch die vom Gericht zweiter Instanz bestätigte

einstweilige Verfügung bekämpft. Insofern ist das Rechtsmittel als außerordentlicher Revisionsrekurs zu behandeln. Er bringt vor, dass das österreichische Glücksspielmonopol nicht den Vorgaben des EuGH entspreche und daher jedenfalls in Sachverhalten mit transnationalen Bezügen unanwendbar sei. Dies führe zu einer verfassungsrechtlich unzulässigen Inländerdiskriminierung. Jedenfalls habe der Beklagte aufgrund einer vertretbaren Rechtsansicht gehandelt.

Der Oberste Gerichtshof stellte der Klägerin (nur) die Revisionsbeantwortung frei. Sie führt darin aus, dass das Glücksspielgesetz nicht unionsrechtswidrig sei, weswegen auch keine unzulässige Inländerdiskriminierung vorliege. Zwar müssten die damit verbundenen Einschränkungen der Dienstleistungsfreiheit durch Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt, verhältnismäßig und nicht diskriminierend sein. Dies treffe aber bei der österreichischen Regelung aus näher dargestellten Gründen zu. Auch faktisch habe diese Regelung eine spieterschützende und kriminalitätsbeschränkende Wirkung. Die dem Spieterschutz möglicherweise entgegenstehende Werbepolitik eines (großen) Mitbewerbers der Klägerin könne sich nicht zu deren Lasten auswirken.

Die außerordentliche Revision ist zulässig und im Sinn des Aufhebungsantrags berechtigt, der - rechtzeitige (RIS-Justiz RS0041670; RS0041696; RS0002105) - außerordentliche Revisionsrekurs ist mangels Vorliegens einer erheblichen Rechtsfrage unzulässig.

A. Zur außerordentlichen Revision

1. Der Senat hat in der Entscheidung 4 Ob 145/14y (= ÖBl 2015, 18 [*Isak*] - Landesausspielung) dargelegt, dass

- sich ein Mitbewerber in der Fallgruppe „Wettbewerbsvorsprung durch Rechtsbruch“ nicht darauf berufen kann, er habe in vertretbarer Weise annehmen können, die angeblich 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 durch die in erster Instanz unterlegene Partei iSv Art 139 Abs 1 Z 4 oder Art 140 Abs 1 Z 1 lit d B-VG („Gesetzesbeschwerde“) - führen müsste,
- die Unvereinbarkeit von Bestimmungen des Glücksspielgesetzes mit der primärrechtlichen Dienstleistungs- oder Niederlassungsfreiheit in rein nationalen Fällen nicht zur Unanwendbarkeit dieser Bestimmungen führte, sondern allenfalls eine verfassungsrechtlich unzulässige und daher vom Verfassungsgerichtshof wahrzunehmende Inländerdiskriminierung bewirken könnte.

An dieser Entscheidung, die grundsätzlich auch von der Klägerin nicht in Zweifel gezogen wird und die aus unionsrechtlicher Sicht Zustimmung gefunden hat (*Isak aaO*), ist festzuhalten.

2. Grundlage für die mögliche Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielmonopols, die allenfalls eine verfassungsrechtlich unzulässige Inländerdiskriminierung bewirken könnte, ist nach dem Vorbringen des Beklagten - wie schon in 4 Ob 145/14y - die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache C-390/12, *Pfleger*. Danach ist Art 56 AEUV

„dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung wie der in den Ausgangsverfahren in Rede stehenden entgegensteht, sofern diese Regelung nicht wirklich das Ziel des Spielerschutzes oder der Kriminalitätsbe-

kämpfung 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 EuGH die (unionsrechtliche) Zulässigkeit des Glücksspielmonopols nicht nur von der Zielsetzung des Gesetzgebers, sondern auch von der tatsächlichen Wirkung der Regelungen abhängig. Der Staat hat dabei dem Gericht alle Umstände „darzulegen“, anhand deren „dieses Gericht sich vergewissern kann“, dass diese Bedingungen erfüllt sind. Die Vorlage einer empirischen Untersuchung sei aber nicht zwingend erforderlich.

3. Diese Entscheidung setzt die zuletzt in 2 Ob 243/12t (= MR 2014, 44 [*Leidenmühler* 42] = *ecolex* 2014/159, 420, [*Zankl* 509] = *EvBl* 2014/66 - Online-Roulette) ausführlich dargestellte Rechtsprechung des EuGH zur Zulässigkeit nationaler Glücksspielmonopole konsequent fort. Danach ist nationales Glücksspielrecht grundsätzlich an der Dienstleistungsfreiheit des Unionsrechts zu messen. Werden dessen Vorgaben nicht eingehalten, ist das Monopol unionsrechtswidrig. Dies führte in Sachverhalten mit Bezug zu einem anderen Mitgliedstaat zur Unanwendbarkeit aller Bestimmungen des GSpG, die das Monopol normieren und seine Umsetzung regeln (2 Ob 243/12t; *Leidenmühler* und *Zankl* aaO). Folge davon wäre unter Umständen die Verfassungswidrigkeit der entsprechenden Bestimmungen, soweit diese aus unionsrechtlicher Sicht in rein nationalen Sachverhalten weiter anwendbar wären (4 Ob 145/14y). Darüber hätte der Verfassungsgerichtshof zu entscheiden.

4. Auf dieser Grundlage ist die Sache nicht entscheidungsreif.

4.1. Aus den gesetzlichen Bestimmungen als solchen ist - nach dem derzeitigen Stand des Verfahrens - nicht abzuleiten, dass die Ausgestaltung des Glücksspielrechts nicht dem Ziel des Spielerschutzes und der Kriminalitätsbekämpfung diene. Insbesondere können die Regelungen über die Erforderlichkeit und die Voraussetzungen von Konzessionen für das „große“ Glücksspiel und die Beschränkungen für „Landesauspielungen“ (§ 5 GSpG) als erforderliche und verhältnismäßige Maßnahmen verstanden werden, um den offenbar bestehenden und sonst auf illegale Weise befriedigten Spieltrieb eines nicht vernachlässigbaren Teils der Bevölkerung in geordnete Bahnen zu lenken und so ein größeres Übel zu verhindern. In diesem Zusammenhang ist darauf zu verweisen, dass auch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts zuletzt keine Veranlassung für eine unionsrechtsbedingte Nichtanwendung, amtswegige Gesetzesprüfung oder Anfechtung der Verbotsbestimmungen des Glücksspielgesetzes gesehen haben (zB VfGH G 82/12, VfSlg 19.749; B 615/2013; VwGH Ro 2014/17/0120, 0121 und 0123; Ro 2014/02/0026; Z 2012/17/0440).

4.2. Die - eine Vorfrage für eine allfällige Verfassungswidrigkeit bildende - Unionsrechtskonformität des Glücksspielgesetzes hängt nach der Rechtsprechung des EuGH allerdings auch von tatsächlichen Umständen ab (C-390/12, *Pfleger*; 4 Ob 145/14y; nunmehr auch VwGH Ro 2014/17/0120, 0121 und 0123). Die einschlägigen Regelungen müssen in ihrer Gesamtheit dazu führen, dass die Gelegenheit zum Spiel verringert und die damit verbundene Kriminalität bekämpft wird. Diese Bedingung wäre etwa dann nicht erfüllt, wenn es trotz der vordergründig restriktiven Ausgestaltung des Glücksspielrechts in den letzten

Jahren - auch unter Bedachtnahme auf Landesausspielungen iSv § 5 GSpG und die konkrete Geschäftstätigkeit von Konzessionären - zu einer Ausweitung der Spielsucht samt den damit verbundenen Problemen gekommen wäre. Dazu werden die Parteien in erster Instanz ein konkretes, mit Beweisanboten belegtes Vorbringen zu erstatten haben; dem Bund wird Gelegenheit zu geben sein, sich dazu in Form einer gutachterlichen Stellungnahme zu äußern (1 Ob 71/13t).

4.3. Aufgrund der dann zu treffenden Feststellungen wird das Erstgericht zu beurteilen haben, ob die Regelungen des Glücksspielrechts den Anforderungen des Unionsrechts entsprechen. Dabei können die vom EuGH zu Verwaltungs- bzw Strafverfahren getroffenen Aussagen über die Darlegungspflicht des Staates (zuletzt etwa C-390/12, *Pfleger*) in einem zivilrechtlichen Verfahren schon mangels Parteistellung des Staates nicht unmittelbar herangezogen werden (2 Ob 243/12t). Grundsätzlich ist die Vereinbarkeit von nationalem Recht mit Unionsrecht aber ohnehin als Rechtsfrage von Amts wegen zu prüfen, sodass sich Fragen zu einer derartigen Darlegungspflicht (Behauptungslast) nicht stellen. Können aber bei Regelungen, bei denen - wie hier - 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 eines Unionsrechtsverstößes sprechen, ausnahmsweise tatsächliche Umstände zu einem anderen Ergebnis führen, so hat sich diese Prüfung grundsätzlich an diesbezüglichen Parteienbehauptungen zu orientieren. Dabei trifft hier den Beklagten die Verpflichtung zur Behauptung entsprechender Tatsachen, weil es sich beim Einwand der Unionsrechtswidrigkeit um eine anspruchsvernichtende

Einwendung handelt (vgl. RIS-Justiz RS0106638; RS0109287). Da allerdings die Geltung oder Anwendbarkeit eines Gesetzes letztlich nicht von Behauptungen oder Beweisanboten einer Partei abhängen kann, wird das Erstgericht dann, wenn es aufgrund konkreter Anhaltspunkte Zweifel an der Unionsrechtskonformität des Glücksspielrechts haben sollte, auch von Amts wegen entsprechende Beweise aufnehmen und Feststellungen treffen müssen. Verbleiben letztendlich Zweifel über die zu prüfenden Tatsachen, liegt also ein non liquet vor, geht das zu Lasten des damit beweisbelasteten Beklagten (RIS-Justiz RS0037797).

4.4. Erweisen sich die Regelungen des Glücksspielrechts aufgrund von deren tatsächlichen Auswirkungen als unionsrechtswidrig, bestünden wegen der dann drohenden Inländerdiskriminierung Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit des Glücksspielmonopols. Dies müsste zu einer Anfechtung der relevanten Bestimmungen - also zumindest der Anordnung eines Monopols (§ 3 GSpG), der Bezeichnung von nicht ausdrücklich erlaubten oder vom Monopol ausgenommenen Ausspielungen als verboten (§ 2 Abs 4 GSpG) und der entsprechenden Verwaltungsstrafbestimmung (§ 52 Abs 1 Z 1 GSpG) - beim Verfassungsgerichtshof führen. Nach einer stattgebenden Entscheidung des Erstgerichts stünde dem Beklagten zudem ein Parteiantrag auf Normenkontrolle iSv Art 140 Abs 1 Z 1 lit d B-VG offen. Die Beurteilung der Frage, ob eine verfassungsrechtlich relevante Inländerdiskriminierung das tatsächliche Tätigwerden von ausländischen Anbietern auf dem österreichischen Markt voraussetzt oder ob eine solche Diskriminierung für eine gewisse Zeit zur Herstellung einer unionsrechtskonformen Rechtslage hinzunehmen ist (vgl.

G 41/10 ua, VfSlg 19.529), obläge ausschließlich dem Verfassungsgerichtshof.

5. Aus diesen Gründen sind die Urteile der Vorinstanzen aufzuheben, und dem Erstgericht ist die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung aufzutragen. Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 52 ZPO.

B. Zum außerordentlichen Revisionsrekurs

1. Die Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist durch die Rechtsprechung des Senats, insbesondere durch die Entscheidung 4 Ob 145/14y, gedeckt. Das Rechtsmittel zeigt keine Gründe auf, weswegen schon im Sicherungsverfahren tragfähige Feststellungen zur allfälligen Unionsrechtswidrigkeit der anwendbaren glücksspielrechtlichen Bestimmungen getroffen werden könnten. Die Frage einer allfälligen Sicherheitsleistung wird nicht releviert. Der Revisionsrekurs ist daher zurückzuweisen.

2. Die Entscheidung über die Kosten der Revisionsrekursbeantwortung gründet sich auf § 393 Abs 1 EO iVm §§ 528 Abs 3, 508a Abs 2 Satz 2 ZPO. Der Klägerin wurde nur die Beantwortung der außerordentlichen Revision freigestellt.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 20. Jänner 2015
Dr. V o g e l
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: