

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Hofrat Dr. Jensik als Vorsitzenden, durch den Senatspräsidenten Dr. Vogel und durch die Hofräte 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, wider die beklagte Partei C***** B*****, vertreten durch Dr. Fabian Maschke, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert 34.900 EUR) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert 100 EUR), infolge außerordentlicher Revision und außerordentlichen Revisionsrekurses der beklagten Partei gegen das Urteil und den Beschluss des Oberlandesgerichts Linz als Berufungs- und Rekursgericht vom 13. Oktober 2014, GZ 6 R 178/14k-13, womit das Urteil und der Beschluss des Landesgerichts Steyr vom 22. August 2014, GZ 4 Cg 81/14s-6, bestätigt wurden, folgenden

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 betreibt ein Cafe in Oberösterreich. Er verfügt über keine Bewilligung für den Betrieb von Glücksspielautomaten, hat aber in seinem Lokal drei 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 seinem Lokal, 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, Pflieger, 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. Jedenfalls sei die Rechtsansicht des Beklagten vertretbar; daher bestehe kein lauterkeitsrechtlicher Unterlassungsanspruch.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt und erließ die beantragte einstweilige Verfügung, ohne den Erlag einer Sicherheitsleistung aufzutragen. 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.

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 Unanwendbarkeit der Regelungen des GSpG infolge Unionsrechtswidrigkeit scheidet somit aus. Das Unionsrecht hindere Mitgliedstaaten nicht daran, Normen im innerstaatlichen Bereich aufrecht zu erhalten, die bei Vorliegen eines grenzüberschreitenden Anknüpfungspunkts unzulässige Beschränkungen der Art 56 ff AEUV wären. Auch der Verfassungsgerichtshof habe in mehreren Erkenntnissen die Verfassungsmäßigkeit des Glücksspielgesetzes bestätigt. Eine vertretbare Rechtsansicht liege angesichts der gefestigten (lauterkeitsrechtlichen) Rechtsprechung der Zivilgerichte zu vergleichbaren Sachverhalten nicht vor.

Gegen diese Entscheidung richtet sich eine außerordentliche Revision des Beklagten, mit der er im Rechtsmittelantrag unter Punkt 2b) auch beantragt, die einstweilige Verfügung von einer Sicherheitsleistung in Höhe von 50.000 EUR abhängig zu machen; 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 VfGH 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*), hat der Senat auch in der (in der Hauptsache ergangenen) Entscheidung 4 Ob 200/14m festgehalten. Die dort ausführlich dargelegten Gründe, auf die verwiesen wird, treffen auch hier zu.

2. Auf dieser Grundlage ist die Sache nicht entscheidungsreif.

2.1. 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 „Landesausspielungen“ (§ 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).

2.2. 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, Pflieger; 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).

2.3. 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 und 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 Unionsrechtsverstoßes 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 Unionswidrigkeit 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 beweibelasteten Beklagten (RIS-Justiz RS0037797).

2.4. Erweisen sich die Regelungen des Glücksspielrechts aufgrund von deren tatsächlichen

Auswirkungen als unionsrechtswidrig, wären sie nicht anwendbar, und die Klage wäre abzuweisen.

3. Aus diesen Gründen sind die Urteile der Vorinstanzen aufzuheben, und dem Erstgericht ist die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung aufzutragen.

4. Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 52 ZPO.

B. Zum außerordentlichen Revisionsrekurs

1. Die allseitige Überprüfung der rechtlichen Beurteilung der Entscheidung zweiter Instanz durch den Obersten Gerichtshof beschränkt sich auf jene Umstände, die Gegenstand des Verfahrens zweiter Instanz waren (vgl RIS-Justiz RS0043573 [T41]). Der Beklagte hat das Unterbleiben eines Auftrags zur Sicherheitsleistung im Rekurs nicht geltend gemacht (so schon 4 Ob 232/14t, 4 Ob 237/14b). 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 17. Februar 2015
Dr. V o g e l
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: