



REPUBLIK ÖSTERREICH  
Oberlandesgericht Wien

2 R 53/11w

## Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Dallinger (Vorsitzender), den Richter Mag. Hofmann und den Kommerzialrat Pretsch in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, 1060 Wien, Linke Wienzeile 18, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, wider die beklagte Partei **Lottelo GmbH**, 1090 Wien, Universitätsstraße 4/12, vertreten durch Mag. Dr. Lothar Wiltschek, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert EUR 30.500,--) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert EUR 5.500,--, Gesamtstreitwert EUR 36.000,--), über die Berufungen der klagenden Partei (Berufungsinteresse EUR 6.562,50) und der beklagten Partei (Berufungsinteresse - richtig - EUR 29.437,50) gegen das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 20.12.2010, 30 Cg 43/10s-7, in nicht öffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung der klagenden Partei wird nicht Folge gegeben.

Der Berufung der beklagten Partei wird Folge gegeben. Das angefochtene Urteil wird dahin abgeändert, dass es insgesamt lautet:

„Die Klagebegehren des Inhalts,

I. der beklagten Partei werde im geschäftlichen

Verkehr verboten, ein Gewinnspiel zu veranstalten, welches darauf fußt, dass die Teilnehmer über die Ausübung moralischen Drucks für die entgeltliche Teilnahme gewonnen werden, insbesondere durch folgende oder sinngleiche Aufforderungen: "Mach einen Freund von Dir zum Millionär! Sende seine Nummer per SMS an 0900600200 - mag er Dich, spielt er auch für Dich", "Leider hat Dein Freund nicht gewonnen. Gib noch einem Freund die Chance, morgen eine Million Euro zu gewinnen und antworte mit seiner Handynummer", "Dein Freund spielt für Dich Lotte-lo.at. Gib auch ihm/ihr die Chance auf eine Million Euro und antworte mit 01 oder der Nummer eines anderen Freundes"; sowie das Eventualbegehren desselben Inhalts betreffend das Veranstalten eines solchen an Kinder und Jugendliche gerichteten Gewinnspiels,

II. der beklagten Partei werde im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrunde legt, und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern verboten, folgende oder sinngleiche Klauseln zu verwenden oder sich hierauf zu berufen:

1. Der Spielteilnehmer nimmt die vorliegenden Allgemeinen Bedingungen mit Setzen einer Mobiltelefonnummer an;

~~2. Die Gewinnermittlung erfolgt nach Ende einer Spielrunde (0-24 Uhr eines Tages). An der Gewinnermittlung welcher Spielrunde~~

teilgenommen wird, bestimmt sich nach der gewählten Übermittlungsvariante:

a) SMS: Zeitpunkt des Absendens des Bestätigungs-SMS durch die LOTTELO-GmbH an den Spielteilnehmer;

b) Web/WAP: Zeitpunkt des DLR-Eingangs bzw. Zeit-

punkt des responses zum capture-Aufruf.

3. Die Anfechtung des Vertrages wegen laesio enormis, Wuchers oder Irrtums ist ausgeschlossen.

4. Der Spielteilnehmer und der LOTTELO-Freund stimmen der Verwendung und Verarbeitung der übermittelten Daten zum Zweck der Abwicklung des Spielvertrages und der Information über neue Angebote des Spielveranstalters zu. Diese Zustimmung kann jederzeit widerrufen werden;

III. der klagenden Partei werde die Ermächtigung erteilt, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruches im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der darauf bezogenen Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen sechs Monaten ab Rechtskraft auf Kosten der beklagten Partei zu veröffentlichen, und zwar

zu I. jeweils einmal in einer Samstagsausgabe des redaktionellen Teiles der "Kronen Zeitung", bundesweit erscheinende Ausgabe, sowie in der Montagsausgabe des redaktionellen Teiles von "Heute", jeweils mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung in Normallettern, somit in gleich großer Schrift wie der Fließtext redaktioneller Artikel, sowie einmal durch Verlesung im Fernsehen im Programm ORF 1 unmittelbar vor Beginn des Hauptabendprogramms um 20.15 Uhr;

zu II. einmal in einer Samstagsausgabe des redaktionellen Teiles der "Kronen Zeitung", bundesweit erscheinende Ausgabe, mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung in Normallettern, somit in gleich großer Schrift wie der Fließtext redaktioneller Artikel, in eventu in einem vom Gericht festzusetzenden Medium in einer vom Gericht festzusetzenden Form, werden a b g e w i e s e n .

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten

Partei die mit EUR 6.314,46 (darin EUR 1.052,41 USt) bestimmten Prozesskosten binnen 14 Tagen zu ersetzen."

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit EUR 4.134,33 (darin EUR 524,72 USt und EUR 986,-- Barauslagen) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstandes zu I. und II. (inclusive jeweils dazu gehörendem Veröffentlichungsbegehren) übersteigt jeweils EUR 30.000,--.

Die ordentliche Revision ist jeweils nicht zulässig.

**Entscheidungsgründe:**

Der Kläger ist ein nach § 14 UWG und §§ 28, 29 KSchG klagebefugter Verein.

Die Beklagte bewarb und betrieb in der ersten Jahreshälfte 2010 das Gewinnspiel LOTTELO. Dessen zentrale Idee ist, dass den allfälligen Gewinn nicht der Spielteilnehmer selbst erhält, sondern ein Dritter, dessen Mobiltelefonnummer der Spielteilnehmer gesetzt hat; dieser Dritte ("Freund/Freundin") sollte seinerseits am Gewinnspiel durch Setzen der Mobiltelefonnummer des ursprünglichen Spielers teilnehmen, um so auch jenem die Gewinnmöglichkeit einzuräumen. Ende August 2010 hat die Beklagte ihre Tätigkeit aufgrund der Novellierung des § 2 GSpG durch das BGBl I 2010/54 eingestellt. Ihre Zukunft ist noch ungeklärt; entweder wird ein Mantelverkauf stattfinden oder sie wird liquidiert werden.

Der Kläger erhob mit seiner Klage vom 1.2.2010 die im Spruch ersichtlichen Begehren. Er brachte - soweit für das Berufungsverfahren noch relevant - in der Tag-satzung vom 14.9.2010 (ON 6) vor, Wiederholungsgefahr bestehe ungeachtet der Einstellung des Gewinnspiels unverändert, weil ein Mantelverkauf überlegt werde und

eine Liquidation der Beklagten noch nicht eingeleitet sei.

Die Beklagte beantragte Klagsabweisung und wendete im Wesentlichen den Wegfall der Wiederholungsgefahr ein: nach ursprünglicher Rechtslage habe es sich um ein dem Glückspielgesetz nicht unterliegendes (zulässiges) Gewinnspiel gehandelt, bei dem nicht der Spieler selbst, sondern ein anderer gewinnt; nachdem die Novellierung nunmehr auch diese Konstellation erfasse, habe sie das beanstandete Spiel eingestellt.

Mit dem angefochtenen Urteil gab das Erstgericht der Klage teilweise statt und wies sie teilweise ab (S 1 bis 3 der Ausfertigung). Es traf die auf Seiten 6 bis 8 der Ausfertigung ersichtlichen Feststellungen, auf die verwiesen wird. In rechtlicher Hinsicht bejahte es die Wiederholungsgefahr: zwar sei das Gewinnspiel nach Novellierung des GSpG Ende August 2010 eingestellt worden, jedoch sei die Zukunft der Beklagten ungewiss; sofern bereits eine Rechtsverletzung stattgefunden hat, sei in der Regel Wiederholungsgefahr anzunehmen, wenn nicht das nachträgliche Verhalten des Eingreifers oder andere/besondere Umstände dies zumindest äußerst unwahrscheinlich bzw als vollständig beseitigt erscheinen lassen. Da ein Mantelverkauf überlegt werde und die Liquidation der Beklagten noch nicht eingeleitet worden sei, bleibe die Wiederholungsgefahr aufrecht, weil jederzeit wieder eine Geschäftstätigkeit aufgenommen werden könnte.

Gegen den klagsstattgebenden Teil richtet sich die Berufung der Beklagten aus dem Grunde der unrichtigen rechtlichen Beurteilung (einschließlich sekundärer Feststellungsmängel, die "in eventu/vorsichtshalber" auch als

Mangelhaftigkeit des Verfahrens und unrichtige Beweiswürdigung geltend gemacht werden) mit dem Antrag auf Abänderung durch gänzliche Klagsabweisung, hilfsweise auf Urteilsaufhebung.

Der Kläger bekämpft mit seiner aus dem Grunde der unrichtigen rechtlichen Beurteilung erhobenen Berufung die abweislichen Teile von Spruchpunkt 2 und 3 und strebt insoweit eine Abänderung durch Klagsstattgebung, hilfsweise Urteilsaufhebung an.

Beide Parteien beantragen wechselseitig, der Berufung des Gegners nicht Folge zu geben.

Nur die Berufung der Beklagten ist berechtigt.

Die Rechtsrüge der Beklagten führt ins Treffen, sie habe das Spiel nur solange durchgeführt, als es mit dem GSpG in Einklang stand. Nach der Novellierung habe sie es unverzüglich abgebrochen, da sie nur ein gesetzeskonformes Spiel durchführen wolle. Auch bei einem Mantelverkauf bestehe kein Grund zur Annahme, dass die beanstandete Geschäftstätigkeit wieder aufgenommen werde; die Beklagte würde dem Mantelkäufer eine solche Unterlassungsverpflichtung ausdrücklich auferlegen.

Der Berufungsgegner hebt hervor, die Beklagte habe ihren Verstoß gegen das Glückspielgesetz auch in dessen ursprünglicher Fassung in Abrede gestellt; würde der Verstoß gegen das novellierte GSpG wegfallen (wohl gemeint: würde die Novellierung vom Gesetzgeber rückgängig gemacht), wäre mit der Wiederaufnahme des Gewinnspieles zu rechnen. Die Beklagte halte daran fest, zur beanstandeten Handlung (ursprünglich) berechtigt gewesen zu sein und habe auch kein ausreichendes Vergleichsangebot gelegt; Wiederholungsgefahr sei auch bei einem nicht besonders hohen Grad der Wahrscheinlichkeit anzunehmen.

1. GSpG aF und nF

a) § 2 Abs 1 GSpG in der Fassung vor der Änderung durch das BGBl I 2010/54 definierte Glücksspiele als Ausspielungen, bei denen der Unternehmer (Veranstalter) den Spielern für eine vermögensrechtliche Leistung eine vermögensrechtliche Gegenleistung in Aussicht stellt. Der reine Gesetzeswortlaut umfasste somit nicht auch die streitgegenständliche Ausspielung, bei der die vermögensrechtliche Gegenleistung gerade nicht dem Spieler, sondern einem Dritten (dessen Mobiltelefonnummer der Spieler gesetzt hat) in Aussicht steht.

b) Demgegenüber definiert § 2 Abs 1 GSpG in der Fassung BGBl I 2010/54 Glücksspiele als Ausspielungen, bei denen - soweit hier relevant - Spieler oder andere eine vermögenswerte Leistung in Zusammenhang mit der Teilnahme am Glücksspiel erbringen (Einsatz) und vom Unternehmer, von Spielern oder von anderen eine vermögenswerte Leistung in Aussicht gestellt wird (Gewinn).

Der Gesetzeswortlaut umfasst somit nunmehr jegliche Ausspielung der streitgegenständlichen Art unabhängig davon, von wem der Einsatz stammt und wem der Gewinn zukommt. In-Kraft-Tretensdatum ist der der Kundmachung folgende Tag, sohin der 20.7.2010. Die konsolidierte Fassung wurde im RIS (wohl in Hinblick auf die am 19.8.2010 in Kraft getretene weitere Änderung des GSpG mit BGBl I 2010/73) am 25.8.2010 aktualisiert.

2. Die Gefahr künftiger Rechtsverletzungen ist eine materiell-rechtliche Anspruchsvoraussetzung. Hat sich der Beklagte bereits rechtswidrig verhalten, so ist zu vermuten, dass er sich auch in Zukunft nicht an das Gesetz halten werde. Er muss daher besondere Umstände dartun, die eine Wiederholung seiner gesetzwidrigen Handlung als

ausgeschlossen oder zumindest äußerst unwahrscheinlich erscheinen lassen. Dabei kommt es immer auf die Art des Eingriffs und die Willensrichtung des Störers an. Maßgebend ist stets, ob dem Verhalten des Verletzers in seiner Gesamtheit wichtige Anhaltspunkte dafür entnommen werden können, dass er ernstlich gewillt ist, von künftigen Störungen Abstand zu nehmen (vgl 17 Ob 11/07b mwN). Fällt die Erstbegehungsgefahr oder Wiederholungsgefahr weg, sei es, daß ein wettbewerbswidriges Verhalten aus tatsächlichen Gründen ausgeschlossen ist (zB Veräußerung des Unternehmens und Ausscheiden aus dem Gewerbebetrieb ohne Anzeichen dafür, daß das Geschäft in anderer Form wieder aufgenommen wird), sei es, daß es aus rechtlichen Gründen zu keinem Verstoß kommen kann (zB durch Wegfall der Verbotsnorm), dann besteht kein Unterlassungsanspruch (RIS-Justiz RS0037664). Bei Schließung des Geschäftes wird im allgemeinen die Wiederholungsgefahr wegfallen, wenn nicht ernstliche Anzeichen dafür bestehen, daß es - wenn auch in anderer Form - wieder aufgenommen wird (RIS-Justiz RS0077206 T1).

3. Anhand des vorliegend zu beurteilenden Sachverhaltes entwickelte die Beklagte eine Geschäftsidee für das Veranstalten einer gewinnspielartigen Ausspielung, die - zumindest vom reinen Gesetzestext her - vom Glückspiel-Begriff und damit vom Glückspielgesetz nicht erfaßt war. Wäre ihr ein Verstoß gegen das Glückspielmonopol (vgl § 52 GSpG) vorgeworfen worden, hätte sie dem durch Hinweis auf den Gesetzeswortlaut mit gewichtigem Argument entgegentreten können, ohne dass dieser Einwand von vornherein als evident unrichtig oder spitzfindig hätte abgetan werden können.

Nach neuer Rechtslage ist dieser Geschäftsidee der

Beklagten jeglicher Boden entzogen; sie hat demgemäß auch zeitnah mit der Einstellung ihrer Aktivitäten reagiert.

Die Beklagte mag sohin zunächst ein rechtlich umstrittenes, jedoch auf den Gesetzeswortlaut aufbauendes und ihr damit chancenreich erscheinendes wirtschaftliches Wagnis eingegangen sein. Ihr kann allerdings nicht unterstellt werden, wider jegliche wirtschaftliche Vernunft diese oder eine ähnliche Geschäftsidee wieder aufzunehmen, welche nunmehr aufgrund der zwischenzeitigen Gesetzesänderung geradezu chancenlos und mit Gewissheit zum Scheitern verurteilt ist. Dasselbe gilt auch im Falle eines Verkaufs des Gesellschaftsmantels, ist doch kein Grund ersichtlich, warum eine andere Gesellschafterstruktur Anlass für eine evident rechtswidrige Wiederaufnahme der nunmehr zweifellos als Glücksspiel zu qualifizierenden Ausspielung sein sollte. Mit anderen Worten: dass die Beklagte eine nunmehr mit seriöser juristischer Argumentation nicht mehr vertretbare gesetzwidrige Ausspielung neuerlich beginnen oder dass der Gesetzgeber (wie vom Berufungsgegner angedeutet) zur ursprünglichen - der Geschäftsidee der Beklagten grundsätzlich wieder Raum gebenden - Textierung zurückkehren würde, ist als in höchstem Maße unwahrscheinlich zu beurteilen. Bei diesen besonderen Verhältnissen des gegenständlichen Falles vermag der erkennende Senat die Gefahr der Wiederaufnahme einer gleichen oder ähnlichen geschäftlichen Aktivität nicht zu erkennen.

Zusammenfassend kann dahingestellt bleiben, ob die Beklagte im Zeitpunkt der Klagseinbringung die ihr vorgeworfenen Verstöße sei es gegen lauterkeitsrechtliche, sei es gegen die die Abfassung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen regelnden Normen verwirklicht hat. Ab jener

Gesetzesänderung, welche ihr Verhalten pro futuro jedenfalls unterbindet, hat sie ihre Aktivitäten dauerhaft eingestellt. Letztlich zeigt der Berufungsgegner auch nicht ansatzweise auf, welche ähnliche von der Beklagten allenfalls aufnehmbare Geschäftsidee im Raume stünde, welche zwar kein Glückspiel darstellt, aber dennoch wirtschaftlich erfolgversprechend und gegebenenfalls gleichermaßen als aggressive Geschäftspraktik nach § 1a UWG qualifizierbar wäre. Demnach sind anhand der besonderen Umstände des gegenständlichen Falles im Zusammenhang mit der dargelegten Gesetzesänderung die Wiederholungsgefahr und damit die materiell-rechtlichen Anspruchsvoraussetzungen vor Schluss der mündlichen Verhandlung weggefallen. Der Kläger hat jedoch die Klageseinschränkung auf Kosten verabsäumt, was in Stattgebung der Berufung zur spruchgemäßen Klagsabweisung führen musste. Die Berufung des Klägers ist hierauf zu verweisen.

Die Kostenentscheidungen gründen sich auf § 41 bzw §§ 50, 41 ZPO. Dem von der Berufung des Klägers betroffenen Teil haben beide Parteien einhellig einen Streitwert von EUR 6.562,50 beigemessen (ON 10, 2 bzw ON 12, 1); für ein Abgehen davon besteht kein Anlass, sodass für den die Berufung der Beklagten betreffenden Teil eine Bemessungsgrundlage von EUR 29.437,50 verbleibt. Damit erübrigt sich auch ein Eingehen auf den Schriftsatz der Beklagten vom 27.1.2011 (ON 9), mit welchem sie die Berichtigung der nur vermeintlich zu geringen Pauschalgebührenverzeichnung anstrebt.

Die Klägerin hat zwar beide Unterlassungskomplexe zuzüglich Urteilsveröffentlichung mit insgesamt EUR 36.000,-- bewertet, sodass sich gleichteilig bloß ein Entscheidungsgegenstand von je EUR 18.000,-- ergäbe. In

Hinblick auf die wirtschaftliche Bedeutung, die der Auspielung von Gewinnen und somit auch der solchen Aktivitäten zugrunde liegenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen zukommt, orientiert sich der berufsgerichtliche Bewertungsausspruch allerdings jeweils an § 5 Z 14 AHK.

Der Ausspruch nach § 500 Abs 2 Z 3 ZPO beruht auf dem Fehlen einer wesentlichen Rechtsfrage im Sinne des § 502 Abs 1 ZPO. Die Beurteilung des Wegfalls der Wiederholungsgefahr anhand der konkreten gegenständlichen Verhältnisse ist nicht von über den Einzelfall hinausgehender Bedeutung.

Oberlandesgericht Wien  
1016 Wien, Schmerlingplatz 11  
Abt. 2, am 30. Mai 2011

**Dr. Klaus Dallinger**  
Elektronische Ausfertigung  
gemäß § 79 GOG

