

# Urteil Az. I-20 U 110/05\*

OLG Düsseldorf

14. Februar 2006

## Tenor

- 1 Die Berufung des Beklagten gegen das Urteil der 2. Kammer für Handels-sachen des Landgerichts Mönchengladbach vom 20. April 2005 wird zu-rückgewiesen.
- 2 Die Kosten des Berufungsrechtszuges hat der Beklagte zu tragen.
- 3 Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

## Gründe

- 4 I.
- 5 Der klagende Verein hat beanstandet, dass durch zwei Zeugen vom Bundesverband der Automatenunternehmer am 25.8.2004 und am 25.10.2004 beobachtet worden sei, wie im Internet-Café des Beklagten von der aufsichtsführenden Person einem Kunden Token gegen Bargeld eingetauscht worden seien und damit gegen §33 c Gewerbeordnung durch Aufstellen eines Spielgerätes ohne die erforderliche Erlaubnis verstoßen worden sei. Der Beklagte hat sich in erster Instanz damit verteidigt, dass zu den von der Klägerin angegebenen Zeiten der von ihm mit der Aufsicht Beauftragte nicht anwesend gewesen und von einem Gast vertreten worden sei. Deshalb könne es sein, dass der jeweils die Aufsicht vertretende Gast privat die Token eines anderen Gastes gegen Geld eingetauscht habe; ein solcher Tausch unter Gästen sei üblich; damit habe jedoch er - der Beklagte - nichts zu tun.
- 6 Das Landgericht hat den Beklagten verurteilt,
- 7 es zu unterlassen im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken Medaillen, die ein Spieler bei einem bestimmten Punktestand an Unterhaltungsgeräten

---

\*<http://openjur.de/u/113170.html> (= openJur 2011, 41259)

- ohne Geldgewinnspielmöglichkeit erhält, nach einer bestimmten Quote in Geld einzulösen, sofern der vergütete Betrag den spielerseitig geleisteten Betrag übersteigt,
- 8 sowie
- 9 189 § 364; Abmahnkosten nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 14.09.2004 zu zahlen.
- 10 Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, dass der Beklagte die vom Kläger behaupteten Verstöße nicht hinreichend bestritten habe.
- 11 Mit der Berufung macht der Beklagte geltend, dass die Feststellungen des Landgerichts zu dem Vorfall vom 25.8.2004 falsch seien. Der Beklagte habe diesen Vorfall gemäß dem in erster Instanz vorgelegten prozessualen Schreiben seines Prozessbevollmächtigten vom 10.9.2004 bestritten. Es habe sich um einen privaten Tausch zwischen Nutzern und nicht durch Angestellte des Beklagten gehandelt. In Bezug auf den Vorfall vom 25.10.2004 macht der Beklagte geltend, dass die vom Kläger beschriebene Person keine Aufsichtsperson gewesen sei, sondern ein Gast. Auch bei diesem Vorfall habe es sich somit um einen Privattausch zwischen Gästen gehandelt.
- 12 Der Beklagte beantragt,
- 13 unter Abänderung des angefochtenen Urteils des Landgerichtes Mönchengladbach vom 20.4.2005 die Klage kostenpflichtig abzuweisen.
- 14 Der Kläger beantragt,
- 15 die Berufung zurückzuweisen.
- 16 Der Kläger verteidigt mit der Berufungserwiderung das erstinstanzliche Urteil.
- 17 II.
- 18 Die zulässige Berufung des Beklagten hat in der Sache keinen Erfolg.
- 19 Die in erster Instanz vorgebrachte Rüge der fehlenden Aktivlegitimation des Klägers wiederholt der Beklagte in zweiter Instanz nicht. Ebenso wird nicht in Zweifel gezogen, dass die Aufstellung von Spielgeräten mit Gewinnmöglichkeit ohne die erforderliche Erlaubnis ein wettbewerblich unlauteres Verhalten unter dem Gesichtspunkt des Vorsprungs durch Rechtsbruch darstellt, §§ 4, 11 UWG. Das Rechtsmittel des Beklagten richtet sich ausschließlich gegen die Tatsachenfeststellung des Landgerichtes, dass am 25. August und 25. Oktober 2004 jeweils der dem Beklagten vorgeworfene Umtausch von Token in Geld stattgefunden hat, und zwar nicht nur unter Besuchern des Internet-Cafés, sondern seitens

einer Person, die als Aufsicht gehandelt hat. Die hiergegen vorgebrachten Einwände des Beklagten greifen jedoch nicht durch.

- 20 Der Beklagte hat auf den mit der Klageschrift vorgetragene Sachverhalt in erster Instanz erwidert, dass zu den vom Kläger angegebenen Zeiten nicht die von ihm (dem Beklagten) als Aufsicht eingesetzte Person, sondern ein von dieser Person beauftragter Gast als Aufsicht fungiert habe und die Token in Bargeld umgetauscht haben könne. Dieses Vorbringen des Beklagten hat das Landgericht in seinem Urteil zu Recht als Grundlage genommen, denn nach allgemeinen Grundsätzen ist davon auszugehen, dass der Prozessgegner sich ein für ihn günstiges Vorbringen der Gegenseite zumindest hilfsweise zu eigen macht, insbesondere, wenn es - wie hier - nicht im Widerspruch zu seinen eigenen Ausführungen steht (vgl. BGH NJW-RR 1995, 684-686). Ebenfalls zu Recht ist das Landgericht nicht der Wertung des Beklagten, dass es sich bei dem von ihm selbst eingeräumten Vorgang um einen Privattausch unter Gästen und nicht um einen Tausch durch aufsichtsführendes Personal des Beklagten gehandelt habe, gefolgt, denn wenn ein als Aufsicht eingesetzter Gast anderen Kunden Token gegen Geld eintauscht, spricht nichts dafür, dass er dies "privat" tut. Im Augenblick des Umtausches hat er als aufsichtsführendes Personal fungiert und nicht am Spielbetrieb teilgenommen. Der Beklagte haftet daher nach §8 Abs. 2 UWG für die in seinem Unternehmen von einem Beauftragten begangene Zuwiderhandlung. Der Beklagte ist offensichtlich damit einverstanden gewesen, dass die von ihm eingesetzte Aufsichtsperson im Falle ihrer Verhinderung andere Personen mit der Aufsicht betraut; somit muss der Beklagte sich auch deren Verhalten zurechnen lassen.
- 21 Nicht berücksichtigt werden kann der in zweiter Instanz neu eingeführte Vortrag des Beklagten in Bezug auf den zweiten Vorfall vom 25. Oktober 2004. Der Beklagte behauptet nunmehr, dass sich zu der vom Kläger angegebenen Zeit wieder die "reguläre" Aufsicht in seinem Internet-Café befunden habe und der Eintausch nicht durch diese Person sondern durch einen Gast erfolgt sei. Dieser Vortrag ist neu und gemäß §531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO nicht zuzulassen, weil er aufgrund von Nachlässigkeit im ersten Rechtszug nicht geltend gemacht worden ist. Es gibt keine entschuldigende Erklärung dafür, warum der Beklagte in erster Instanz zu dem betreffenden Vorfall vom 25.10.2004 anders vorgetragen hat, als er nunmehr in zweiter Instanz vorträgt.
- 22 Gegen die Verurteilung zur Zahlung der Abmahnkosten bringt der Beklagte keine selbständigen Angriffe mit der Berufung vor.
- 23 Das Rechtsmittel war daher mit der Kostenfolge des §97 ZPO zurückzuweisen.
- 24 Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §708 Nr. 10 in Verbindung mit §713 ZPO.
- 25 Streitwert: 7.689 & 8364; (entsprechend der von den Parteien nicht beanstandete-

ten Wertfestsetzung durch das Landgericht).

26 B. Sch. F.