

OLG Karlsruhe, Urt. v. 27.9.2022- 4 U 204/22

Wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsanspruch eines Mitbewerbers bezüglich unerlaubten Betriebs einer konkurrierenden Spielhalle

(LG Offenburg, Urt. v. 23.2.2022 – 5 0 37/21 KIH)

§ 41, § 42 LGLüG BW; § 3, § 3a, § 8, § 12 UWG

Zum Anspruch eines Spielhallenbetreibers auf Untersagung des Betriebs der Spielhalle eines Konkurrenten im wettbewerbsrechtlichen einstweiligen Verfügungsverfahren.

(Amtl. Ls.)

Aus den Gründen

I. Die Verfügungsklägerin (im Folgenden: Klägerin) begehrt im einstweiligen Verfügungsverfahren die Untersagung des Betriebs einer Spielhalle der Verfügungsbeklagten (im Folgenden: Beklagte) in der C-Straße [...] in D. Hinsichtlich der tatsächlichen Feststellungen wird auf das Urteil des Landgerichts Offenburg vom 23.2.2022 Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO). Das Landgericht Offenburg hat dem Eilantrag stattgegeben und die Beklagte verurteilt, es zu unterlassen, die Spielhalle in der in der C-Straße [...] in D zu betreiben, ohne über die erforderliche Erlaubnis zu verfügen. Die Klägerin könne nach dem Ergebnis der summarischen Prüfung im einstweiligen Verfügungsverfahren die Beklagte aus den §§ 8 Absätze 1 und 3 Nr. 1, 3 Abs. 1, 3 a UWG i. V. m. § 41 Abs. 1 LGLüG auf Unterlassung des Betriebs ihrer Spielhalle in der C-Straße in D in Anspruch nehmen. Die Beklagte als Mitbewerberin i. S. v. § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG handele unlauter im Sinne von § 3 Abs. 1 UWG, da sie ihre Spielhalle ohne die erforderliche behördliche Erlaubnis nach den §§ 2, 41 LGLüG betreibe und damit einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandele, die als Marktverhaltensnorm anzusehen sei. Das Landgericht ist davon ausgegangen, dass die Klägerin ihrerseits ihre Spielhalle rechtmäßig auf der Grundlage einer wirksamen behördlichen Erlaubnis gemäß den §§ 2, 41 LGLüG betreibt. Hinsichtlich der Einzelheiten der rechtlichen Begründung wird auf das angefochtene Urteil Bezug genommen. Gegen dieses Urteil wendet sich die Beklagte mit ihrer Berufung. Die der Klägerin für den Betrieb der Spielhalle erteilte Erlaubnis sei nichtig, ihr eigener Betrieb dagegen zulässig. [...]

II. Die zulässige Berufung der Beklagten hat keinen Erfolg. Das Landgericht hat die Beklagte zu Recht im einstweiligen Verfügungsverfahren verurteilt, es zu unterlassen, ihre Spielhalle in der C-Straße in D ohne die erforderliche Erlaubnis zu betreiben. Der Verfügungsanspruch ergibt sich aus §§ 8 Abs. 1 und Abs. 3 Nr. 1, 3 Abs. 1, 3 a UWG i. V. m. § 41 Abs. 1 LGLüG. Die Beklagte handelt unlauter im Sinne von §§ 3 Abs. 1, 3 a UWG, denn sie hat ihre Spielhalle in D, anders als die Klägerin, entgegen § 41 Abs. 1 LGLüG ohne die erforderliche Erlaubnis

betrieben. Die Wiederholungsgefahr wird durch die mittlerweile erfolgte Einstellung des Betriebs nicht ausgeräumt.

Der Verfügungsgrund beruht auf der Dringlichkeitsvermutung des § 12 Abs. 1 UWG.

1. Die Klägerin, die in D in einem Abstand von weniger als 500 Metern zur Spielhalle der Beklagten ebenfalls eine Spielhalle betreibt, ist Mitbewerberin der Antragsgegnerin im Sinne von § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG. Bei dem Erfordernis einer Erlaubnis nach § 41 LGLüG handelt es sich um eine Marktverhaltensregelung, deren Verletzung angesichts der wirtschaftlichen Auswirkungen bei konkurrierenden Spielhallen geeignet ist, die Interessen von Mitbewerbern, hier der Klägerin, spürbar zu beeinträchtigen, § 3 a UWG.

2. Die Klägerin als Mitbewerberin verfügt aufgrund Bescheids der Stadt E vom 1.7.2021 über eine gültige Erlaubnis nach § 41 Abs. 1 LGLüG, deren sofortige Vollziehbarkeit gemäß § 80 a VwGO mit Bescheid vom 30.8.2021 angeordnet wurde.

a) Mit dem Landgericht geht der Senat davon aus, dass die der Klägerin erteilte Erlaubnis nicht gemäß § 44 Abs. 1 LVwVfG nichtig ist. Auf die zutreffenden Ausführungen im angefochtenen Urteil wird Bezug genommen. Bei den von der Beklagten behaupteten Rechtsverstößen würde es sich um einfache Gesetzesverstöße handeln, die nicht in einem so schwerwiegenden Widerspruch zur geltenden Rechtsordnung und den ihr zugrundeliegenden Wertvorstellungen der Gemeinschaft stehen, dass es unerträglich wäre, wenn der Verwaltungsakt die mit ihm intendierten Rechtswirkungen hätte.

b) Ob und inwieweit die Rechtmäßigkeit der der Klägerin erteilten Erlaubnis im wettbewerbsrechtlichen Eilverfahren überhaupt vorfrageweise der Überprüfung unterliegt, bedarf vorliegend keiner abschließenden Klärung.

aa) Auf den „unclean-hands“-Einwand kann sich die Beklagte jedenfalls nicht mit Erfolg berufen. Dieser kommt allenfalls ausnahmsweise bei Konkurrentenabmahnungen bei beiderseits gleichartigen und gleichzeitigen Wettbewerbsverstößen in Betracht und stützt sich darauf, dass der Kläger seinerseits gegen das Recht verstoßen habe und sich zu seinem eigenen Verhalten in Widerspruch setzen würde. Der Einwand scheidet aus, wenn durch die in Rede stehende Rechtsverletzung auch die Interessen Dritter oder der Allgemeinheit betroffen sind (OLG Karlsruhe, Urteil vom 9. April 2008- 6 U 20/08 -, juris Rn. 12; OLG Köln, Urteil vom 20. Mai 2022 - I-6 U 74/19 -, HS Microgur II, juris Rn. 66; Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, UWG, 40. Auflage 2022, § 11 Rn. 2.39; Seichter in: jurisPK-UWG, 5. Aufl., S Sc UWG, Stand: 3.1.2022, Rn. 80).

Zu Recht hat das Landgericht die Gleichartigkeit der behaupteten Wettbewerbsverstöße (behauptete fehlende Erlaubnis einerseits, behauptete rechtswidrige Erlaubnis andererseits) ver-

neint. Die Spielhalle der Klägerin wurde zwar ebenfalls nach dem Widerruf der aktiven Duldung durch Bescheid vom 29.3.2021 geschlossen. Jedenfalls seit Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit der neuen Erlaubnis mit Bescheid vom 30.8.2021 war der Betrieb der Spielhalle jedoch wieder erlaubt, damit bereits einige Wochen vor Beantragung der einstweiligen Verfügung am 29.10.2021. Dass die Klägerin unerlaubtes Glücksspiel nach § 284 StGB betreiben würde, ist daher entgegen der Ansicht der Beklagten nicht feststellbar.

Vor allem aber berührt der Wettbewerbsverstoß der Beklagten gegen das Glücksspielrecht auch die Interessen der Allgemeinheit am Schutz vor den potenziellen Gefahren des Glücksspiels und betrifft insbesondere den Jugendschutz.

bb) Darüber hinaus ist die der Klägerin erteilte Erlaubnis, die auf einer Auswahlentscheidung der zuständigen Behörde beruht, bei summarischer Prüfung jedenfalls nicht offensichtlich rechtswidrig, lässt keine Ermessensfehler erkennen und wird aller Voraussicht nach der Überprüfung im anhängigen verwaltungsgerichtlichen Klageverfahren Stand halten.

Der Senat verweist insoweit auf die überzeugenden Ausführungen im angefochtenen Urteil und auf die ausführliche Begründung in der - nicht rechtskräftigen - Entscheidung des Verwaltungsgerichts Freiburg vom 22.8.2022 (9 K 307/22, Anlage BB 3), die er sich zu eigen macht.

Auf die vom Verwaltungsgericht Freiburg (a. a. O. S. 13) verneinte Frage, ob eine Zäsur, die eine „nahtlose Fortschreibung“ der von der Beklagten innegehabten Erlaubnis unterbrechen würde, eingetreten ist, obwohl die Beklagte vor Ablauf der Gültigkeit der Härtefallerlaubnis nur einen Antrag auf Erteilung einer neuen Erlaubnis gestellt hat, dagegen keinen Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz (vgl. dazu Verwaltungsgerichtshof Baden- Württemberg, Urteil vom 10. Februar 2022- 6 S 1922/20 -, juris Rn. 117; Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Beschluss vom 10. Februar 2022 – 6 S 3680/21 -, juris Rn. 14), kommt es hier nicht an. Denn der Abstand zu Kinder- und Jugendeinrichtungen nach § 42 Abs. 3 LGlüG stellt auch bei sogenannten „Altspielhallen“, bei denen eine Zäsur nicht anzunehmen ist, ein taugliches Abgrenzungskriterium dar. Der Abstand der Spielhalle der Beklagten zur E-Schule von nur 190 m ist deutlich geringer als der Abstand der Spielhalle der Klägerin von 700 m.

Auch im Übrigen ist mit dem Verwaltungsgericht Freiburg davon auszugehen, dass die Ermessensentscheidung der Behörde Bestand haben dürfte. Denn die Spielhalle der Beklagten ist gegenüber der Spielhalle der Klägerin bei zusätzlicher Berücksichtigung der übrigen Standortnachteile (unmittelbare Nähe zum Geldautomat und zur stark frequentierten Innenstadt) insgesamt nicht als vorzugswürdig anzusehen. Auf die überzeugende Begründung im Beschluss vom 22.8.2022 (Anlage BB 3 S. 13 ff.) wird Bezug genommen.

Die von der Beklagten erhobenen Vorwürfe bezüglich der fehlenden Trennung zwischen Bistro und Gaststätte dürften, ohne dass dies hier einer abschließenden Prüfung bedarf, nicht greifen. Insoweit wird auf Seite 11 unter Ziff. 2.1. 1. des Beschlusses vom 22.8.2022 Bezug genommen.

Ein gesetzliches Verbot eines unmittelbaren räumlichen Nebeneinanders eines mit einer nur über ein Bistro zugänglichen Spielhalle besteht in Baden-Württemberg nicht. Im Übrigen gibt es in Baden-Württemberg keine gesetzliche Vorgabe der heranzuziehenden Auswahlkriterien und deren Reihenfolge bei der Auswahlentscheidung zwischen konkurrierenden Spielhallen, die zueinander das Mindestabstandsgebot nicht einhalten. Insbesondere fehlt eine Regelung, dass und gegebenenfalls auf welcher Rangstufe auf das Kriterium des Abstands zu einer Gaststätte, in der alkoholische Getränke angeboten werden, abzustellen ist (vgl. VG Stuttgart, Beschluss vom 22. Oktober 2021 18 K 3337/21 -, juris Rn. 65). Auch die Frage der Verstöße gegen die Spielverordnung und das Gewerberecht sowie der ordnungsgemäßen Zertifizierung bedürfen im vorliegenden Verfahren angesichts der derzeit gültigen Erlaubnis letztlich keiner Klärung.

3. Die Beklagte, die die streitgegenständliche Spielhalle aufgrund des vorliegenden Verfahrens mittlerweile geschlossen hat, verfügt dagegen nicht über die nach § 41 Abs. 1 LGlüG erforderliche Erlaubnis.

a) Die der Beklagten aufgrund des Bescheids vom 13.6.2017 erteilte Härtefallerlaubnis war bis zum 30.6.2021 befristet. Eine neue Erlaubnis wurde der Beklagten bislang nicht erteilt.

b) Der isolierte Widerspruch (vgl. Widerspruchsbescheid vom 15.9.2020, Anlage AG 5 S. 5) der Beklagten gegen den Bescheid vom 13.6.2017, mit dem die Beklagte sich allein gegen die Befristung im Bescheid vom 13.6.2017 gewandt hat, begründet keine aufschiebende Wirkung im Sinne von § 80 Abs. 1 VwGO, denn bei der Befristung einer nach §§ 41 Abs. 1, 51 Abs. 5 LGlüG aufgrund eines Härtefallantrags erteilten Spielhallenerlaubnis handelt es sich nicht um eine isoliert anfechtbare Nebenbestimmung, sondern um eine modifizierende Inhaltsbestimmung (vgl. Beschluss des VG Freiburg vom 22.8.2022, 9 K 307/22, Anlage BB 3 S. 4).

Die verwaltungsrechtlichen Eilrechtsschutzanträge der Beklagten auf vorläufige Duldung bzw. Erteilung einer befristeten Erlaubnis (9 K 307/22) wurden abgelehnt.

c) Der Betrieb der Spielhalle der Beklagten in D ist auch nicht aufgrund einer aktiven Duldung durch die Stadt E als zuständiger Behörde erlaubt.

Ob die Beklagte sich hier im Rahmen des Wettbewerbsprozesses gegenüber der Klägerin als Marktteilnehmerin überhaupt mit Erfolg auf eine aktive Duldung durch die zuständige Behörde berufen könnte, erscheint zweifelhaft (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 27. März 2019- I-15 U 18/18 -, juris Rn. 44; KG Berlin, Urteil vom 6. Oktober 2020- 5 U 72/19 -, juris Rn. 58; Köhler in Köhler/Bornkamm/ Feddersen, UWG, 40. Auflage 2022, § 3 a Rn. 1.47), kann letztlich aber dahinstehen. Denn eine aktive Duldung im Sinne der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung ist ohnehin nicht feststellbar.

Eine aktive Duldung erfordert eine ausdrückliche - regelmäßig schriftliche - Äußerung der Behörde. Diese muss nicht zwingend in Form eines Bescheids erfolgen oder den Begriff der Duldung verwenden. Eine aktive Duldung kann sich auch konkludent aus dem Sinngehalt der Äußerung der Behörde ergeben. Der entsprechenden Äußerung der Behörde muss jedoch eindeutig und widerspruchsfrei zu entnehmen sein, ob, in welchem Umfang und gegebenenfalls über welchen Zeitraum der Weiterbetrieb der Spielhalle von ihr geduldet wird, sie also nicht gegen den Betrieb einschreiten wird. Eine solche aktive Duldung kann sich auch aus der ausdrücklichen Entscheidung ergeben, bei Ausübung des Ermessens auf eine entsprechende Untersagungsverfügung und ggf. deren Vollstreckung zu verzichten. Hingegen liegt nur eine „passive“ oder „faktische“ Duldung vor, wenn die Behörde in Kenntnis des gesetzwidrigen Zustands schlicht nicht einschreitet und den illegalen Zustand lediglich hinnimmt. Für das Vorliegen einer aktiven Duldung ist der Betroffene darlegungs- und beweispflichtig (Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Urteil vom 10. Februar 2022- 6 S 1922/20 -, juris Rn. 116; Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Beschluss vom 10. Februar 2022 – 6 S 3680/21 -, juris Rn. 14).

Hier hat die Beklagte nicht glaubhaft gemacht, dass der Betrieb ihrer Spielhalle - anders als der Betrieb der Spielhalle der Klägerin, der vom 1.4.2020 bis 29.3.2021 aktiv geduldet wurde (vgl. Anlage AST 9, AS I 77) - aufgrund einer aktiven Duldung seit dem 1.7.2021 erlaubt war. Die Stadt E hat mit Schreiben vom 27.10.2021 (Anlage AST 7) und vom 27.1.2022 (Anlage AST 14) vielmehr ausdrücklich das Vorliegen einer aktiven Duldung verneint und erklärt, den rechtswidrigen Zustand seit dem 1. Juli 2021 lediglich hinzunehmen.

Auch aus einer Gesamtschau aller Umstände ergibt sich hier keine aktive Duldung. Der vorliegende Sachverhalt ist nicht mit demjenigen vergleichbar, der der Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg vom 9. September 2021 zu einer Bestandsspielhalle (6 S 2716/21, juris) zugrunde lag. Eine aktive Duldung ergibt sich hier insbesondere nicht allein aus der Tatsache, dass die Behörde dem von der Beklagten gestellten Ruhensantrag im Verwaltungsverfahren zugestimmt hat. Denn anders als im dortigen Fall lassen hier die übrigen Umstände nicht auf eine aktive Duldung schließen. Die Zustimmung zum Ruhensantrag erfolgte bereits im Oktober 2020, damit lange vor der Ermessensentscheidung vom 1.7.2021. Vor allem aber hat die Behörde hier nach dem Drittwiderspruch der Beklagten mit Bescheid vom 30.8.2021 auf Antrag der Klägerin hin die sofortige Vollziehbarkeit des Bescheids vom 1.7.2021 angeordnet, so dass die Beklagte keinen Anlass hatte, von einer aktiven Duldung ihres Spielbetriebs auszugehen.

Die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg vom 12. Januar 2021 (6 S 2895/21, Anlage AST 13, nicht veröffentlicht) führt ebenfalls vorliegend zu keinem anderen Ergebnis. Dort wurde eine aktive Duldung deshalb bejaht, weil die Behörde mitgeteilt hatte, man habe sich „bis Jahresende vorerst außergerichtlich mit dem Weiterbetrieb von einer Spielhalle einverstanden erklärt“, weiter erklärt wurde „um dem Antragsteller hinreichenden Rechtsschutz gegen die Auswahlentscheidung in Form eines Antrags auf einstweiligen Rechtsschutz beim Verwaltungsgerichts zu ermöglichen und Vorbereitungen für die Betriebsschließung zu

treffen, wird für die Schließung eine Frist von 6 Wochen gewährt" und die Antragstellerin in diesem zeitlichen Rahmen im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes die vorläufige Duldung des Weiterbetriebs ihrer Spielhalle begehrt hat. Hier liegen vergleichbare Erklärungen der Behörde nicht vor.

Auf die schlicht faktische Duldung des Weiterbetriebs der Spielhalle nach Auslaufen der Härtefallerlaubnis durch die Stadt E kann sich die Beklagte gegenüber der Klägerin im Rahmen des wettbewerbsrechtlichen Verfahrens ohnehin nicht berufen (Köhler/Bornkamm/ Feddersen/ Köhler, UWG, 40. Auflage 2022, § 3 a Rn. 1.47).

d) Eine dem Unterlassungsbegehren im wettbewerbsrechtlichen einstweiligen Verfügungsverfahren möglicherweise entgegenstehende Verpflichtung der Behörde zur aktiven Duldung des Betriebs der streitgegenständlichen Spielhalle ist schließlich nicht feststellbar.

Eine solche Verpflichtung ergibt sich entgegen dem Berufungsvorbringen insbesondere nicht aus der jüngsten verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung. Der vorliegende Sachverhalt ist mit den Sachverhalten, die den Beschlüssen des Verfassungsgerichtshofs Baden-Württemberg vom 15. März 2022 (1 VB 156/21, juris) und vom 5. September 2022 (1 VB 63/22, Anlage BB 4) zugrunde lagen, nicht vergleichbar. Dort ergab sich aus dem Beschwerdevorbringen jeweils, dass der vorläufige Weiterbetrieb der Spielhalle zur Abwehr eines mit den existenzbedrohenden wirtschaftlichen Auswirkungen verbundenen schweren Nachteils erforderlich war. Dieser Nachteil wog dort schwerer als die Folgen, die die zuständige Stadt bei Erlass der begehrten einstweiligen Anordnung zu tragen hätte.

Im vorliegenden Fall kann eine entsprechende Folgenabwägung nicht zum gleichen Ergebnis führen. Denn die Beklagte hat wirtschaftliche Härtegründe in Zusammenhang mit der Schließung ihrer Spielhalle in D nicht geltend gemacht. Die Beklagte betreibt ausweislich ihrer Homepage jedenfalls mehr als 50 Spielhallen. Allein die behaupteten Mietausgaben in Höhe von ca. 2.500 € pro Monat für die streitgegenständliche Spielhalle fallen da nicht erheblich ins Gewicht, zumal der Mietvertrag ausweislich der Parteivortrags im verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren (vgl. Beschluss vom 22.8.2022 S. 10) zum 30.9.2021 geendet haben dürfte.

Auch im Übrigen sind allgemeine Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkte, die eine Verpflichtung der Behörde zur aktiven Duldung des Betriebs der Spielhalle auslösen könnten und die dem klägerischen Unterlassungsbegehren hier gegebenenfalls entgegenstehen würden, nicht ersichtlich. Die allgemeinen wirtschaftlichen Nachteile, die mit einer wettbewerbsrechtlichen Untersagungsverfügung verbunden sind, stehen dem Anspruch aus §§ 8 Abs. 1 und Abs. 3 Nr. 1, 3 Abs. 1, 3 a UWG i. V. m. § 41 Abs. 1 LG!üG grundsätzlich nicht entgegen.

4. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. [...]

