

**Oberlandesgericht Brandenburg**

**Urteil vom 02.12.2003**

**6 U 41/03**

**Tenor**

Die Berufung der Beklagten gegen das am 30.1.2003 verkündete Urteil der 1. Kammer für Handelssachen

des Landgerichts Potsdam – 51 O 57/02 – wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens hat die Beklagte zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Beklagten bleibt nachgelassen, die Vollstreckung des Klägers durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht zuvor der Kläger Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

**Gründe**

Der Kläger macht einen wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch gegen die Beklagte wegen Verstoßes gegen § 33 c GewO geltend.

Die Beklagte betreibt in der ... in ... P eine Spielhalle. Dort ist das Unterhaltungsspielgerät ohne Gewinnmöglichkeit "F L" im Einsatz.

Der Kläger hat behauptet, am 23. Oktober 2001 gegen 14.50 Uhr habe der Zeuge A sich in der Spielhalle der Beklagte aufgehalten und beobachtet, wie ein Kunde 10 DM in das Unterhaltungsspielgerät "F L" eingeworfen habe. Daraufhin habe der Kunde 100 Spielpunkte erhalten. Nach geraumer Zeit habe der Kunde 300 Spielpunkte erreicht. Daraufhin habe er den Auszahlungsknopf gedrückt und das Gerät habe drei Token (Medaillen) ausgeworfen. Diese habe der Kunde bei der Aufsicht gegen 30 DM Bargeld eingetauscht. Aufsichtsperson sei eine männliche Person von ca. 25 Jahren, ein Russe, gewesen. Bei einer erneuten Überprüfung am 13. Dezember 2001 gegen 15.05 Uhr sei von den Zeugen A und R in der Spielhalle der Beklagten festgestellt worden, daß die Aufsicht einem Kunden 40,-DM Bargeld gegen vier Token eingetauscht habe. Dieser habe zuvor für einen Einsatz von 10,-DM 100 Spielpunkte erhalten und am Unterhaltungsspielgerät "F L" 400 Spielpunkte gewonnen.

Nach Betätigung des Auszahlungsknopfes habe der Kunde die vier Token erhalten. Bei der Aufsichtsperson habe es sich um eine weibliche Person von ca. 25 Jahren, eine Polin oder Russin, gehandelt.

Mit Schreiben vom 23. Januar 2002 forderte der Kläger die Beklagte vergeblich zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung auf.

Der Kläger hat gemeint, damit habe die Beklagte gegen die Gewerbeordnung verstoßen und wettbewerbswidrig i.S.d. § 1 UWG gehandelt. Neben dem wettbewerbsrechtlichen

Unterlassungsanspruch hat der Kläger anteilige Kosten der wettbewerbsrechtlichen Abmahnung in Höhe von 175,07 EUR netto geltend gemacht.

Mit Schriftsatz vom 10. Januar 2003 zum Beweisergebnis hat der Kläger zum Beleg dafür, daß der behauptete und von seinen Zeugen bestätigte Vorgang sich auch technisch tatsächlich so habe zutragen können, noch vorgetragen, daß die Rückgewährfunktion für das eingeworfene Bargeld zu Spielbeginn ausgeschaltet werden könne. Der Kläger hat hierzu auf die Betriebsanleitung zu dem Spielgerät "F L" verwiesen.

Der Kläger hat beantragt,

1. der Beklagten bei Vermeidung eines in jedem Fall der künftigen Zuwiderhandlung vom Gericht festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu EUR 250.000,-, ersatzweise Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu vollziehen an ihrem Geschäftsführer, zu untersagen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Medaillen, die ein Spieler bei einem bestimmten Punktestand an Unterhaltungsgeräten ohne Geldgewinnmöglichkeit erhält, nach einer bestimmten Quote in Geld einzulösen, sofern der vergütete Betrag den spielerseits geleisteten Betrag übersteigt;
2. die Beklagte zu verurteilen, an ihn EUR 175,07 nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit (4.4.2002) zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat behauptet, in der Spielhalle würden gewonnene Token nicht in Bargeld eingetauscht. Dies werde durch einen sogenannten Tokenmanager sichergestellt, einem Gerät, durch das nach Einwerfen von Token ein entsprechender Geldbetrag ausgeworfen werde. Der Kunde könne einen etwaigen Punktgewinn, der über seinen Bargeldeinsatz hinausgehe, durch den Tokenmanager nicht in bar ausbezahlt erhalten. Der eingesetzte Betrag werde auf einer Chipkarte als Guthaben aufgedruckt. Wenn der Kunde mehr Spielpunkte über dem Einsatz erworben habe, erhalte er nach Einführen der Chipkarte in den Tokenmanager maximal die Bargeldsumme zurück, die er eingesetzt habe. Der Restwert werde ihm gutgeschrieben. Der behauptete Vorfall am 13. Dezember 2001 könne sich schon deshalb nicht so, wie vom Kläger dargestellt, zutragen haben, weil zu jener Zeit der Tokenmanager wegen der Euro-Umstellung gar nicht habe benutzt werden können. Ihre Mitarbeiter hätten praktisch die Funktion des Tokenmanagers ersetzt, indem sie sich die Höhe des eingesetzten Betrages vermerkt und nach Ende des Spieles nur diesen Betrag wieder in Bargeld ausgezahlt hätten. Für den Restwert habe der Kunde sogenannte Gutschriften auf der Chipkarte erhalten.

Schließlich hatte die Beklagte mit Schriftsatz vom 13. November 2002 vorgetragen, daß das von dem Kläger behauptete und von den Zeugen A und R bekundete Geschehen sich auch deshalb so nicht habe zutragen können, weil ein solcher Vorgang technisch gar nicht möglich sei. Bei Einwurf von Bargeld nach Beendigung des Spieles mit erzielten Gewinnpunkten würden der eingeworfene Bargeldbetrag wieder ausgeworfen und die Gewinnpunkte in Token ausgegeben. Das Landgericht hat nach Beweiserhebung durch Vernehmung der Zeugen R A K und D durch am 30. Januar 2003 verkündetes Urteil der Klage entsprochen. Diese Entscheidung hat es im wesentlichen wie folgt begründet: Dem Kläger stehe ein Unterlassungsanspruch aus §§ 1, 13

Abs. 2 Nr. 2, Abs. 4 UWG i.V.m. §§ 144 Abs. 1 Nr. 1 lit. d, 33 c GewO zu. Durch die Aussagen der Zeugen A und R sei bewiesen, daß in der Spielhalle der Beklagten am 23. Oktober 2001 und am 13. Dezember 2001 ein Umtausch von Spielmedaillen oder sog. Token eines reinen Unterhaltungsspielgerätes in Bargeld vorgenommen worden sei. Den Aussagen dieser Zeugen komme ein höherer Beweiswert zu als denen der Zeugen K und D. Der Vorgang sei auch nicht technisch unmöglich. Gegen diese ihrem Prozeßbevollmächtigten am 20. Februar 2003 zugestellte Entscheidung wendet sich die Beklagte mit der am 10. März 2003 eingelegten Berufung. Diese hat sie, nachdem auf ihren am 9. April 2003 bei Gericht eingegangenen Antrag die Frist zur Berufungsbegründung bis zum 10. Mai 2003 verlängert worden ist, mit am 8. Mai 2003 eingegangenen Schriftsatz begründet. Sie rügt die Richtigkeit und Vollständigkeit der Tatsachenfeststellungen und greift die Beweiswürdigung des Landgerichts an.

Die Beklagte beantragt, die Klage unter Abänderung des angefochtenen Urteils abzuweisen.

Der Kläger beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Der Kläger verteidigt das angefochtene Urteil.

Wegen des Parteivorbringens im einzelnen wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

## **I.**

Die zulässige Berufung ist unbegründet. Dem Kläger stehen die vom Landgericht zuerkannten Ansprüche zu.

1. Der Kläger ist ein Verein zur Förderung gewerblicher Interessen i.S.d. § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG.

2. Der Kläger hat gegen die Beklagte den ausgeurteilten Unterlassungsanspruch aus §§ 1, 13 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 4 UWG i.V.m. §§ 14 Abs. 1 Nr. 1 lit. d, 33 c GewO. Zu Recht hat das Landgericht die wettbewerbswidrigen Geschehnisse am 23. Oktober 2001 und am 13. Dezember 2001 in der Spielhalle der Beklagten in P in der ... Straße ... als bewiesen angesehen.

Die Zeugen R und A haben die Abläufe an diesen beiden Tagen übereinstimmend und ohne Widersprüche geschildert. Sie werden gestützt durch die damit übereinstimmenden von ihnen erstellten Aufzeichnungen in den entsprechenden Protokollen. Die Unrichtigkeit der Ortsangabe "B" im Protokoll für den 23. Oktober 2001 ist durch die Aussage des Zeugen A geklärt. Die Zeugen, die von Berufs wegen mit entsprechenden Vorgängen befasst sind, haben Anlaß und Ablauf ihrer Kontrollen bei der Beklagten plausibel dargelegt. Ihre Schilderungen lassen gleichermaßen ein zu erwartendes routiniertes und professionelles Vorgehen erkennen. Von daher besteht kein Anlaß zu begründetem Zweifel an der Richtigkeit ihrer Darlegungen.

Die Zeugen haben auch kein erkennbares Eigeninteresse am Ausgang des Rechtsstreits. Insbesondere ist nicht ersichtlich, daß die Zeugen einen Vorteil dadurch erlangen, daß sie Wettbewerbsverstöße in Spielhallen entdecken und zur Anzeige bringen. Die Zeugen sind nicht für den Kläger tätig, sondern veranlassen nur dessen Information bei Bekanntwerden entsprechender Vorfälle. Die Aussagen der Zeugen K und D sind nicht geeignet, das

Beweisergebnis zu entkräften. Nach dem Inhalt der Aussagen der Zeugin K ist zudem nicht auszuschließen, daß sie sich geirrt hat und mithin ihre Aussage objektiv unrichtig ist.

Die Zeugen konnten keine konkreten Angaben zu den von den Zeugen A und R beobachteten Vorgängen machen, sondern haben nur pauschale Aussagen getroffen.

Die Zeugin K hat ausgesagt, sich die eingetauschten Beträge im Kopf gemerkt haben. Das erscheint auch bei geringem Publikumsverkehr angesichts der Bedeutung, die auch die Beklagte dem korrekten Tokenumtausch beigemessen haben will, ungläubhaft. Denn danach hätte die Zeugin K bei einem aufgedeckten Fehler in der Tat mit ihrer Entlassung rechnen müssen.

Außerdem steht die Aussage der Zeugin K in Widerspruch zum Vorbringen der Beklagten. Diese hat zunächst schriftsätzlich vorgetragen, daß dann, wenn ihr Personal die Funktion des Tokenmanagers übernehme, dieses sich stets schriftliche Aufzeichnungen über die Höhe des getauschten Geldbetrages mache, um später nicht mehr als diesen Betrag zurückzutauschen.

Nicht zu beanstanden ist, daß das Landgericht aus den zutreffenden Angaben des Zeugen D zu seinem Einsatzrhythmus zu keiner höheren Einschätzung seiner Glaubwürdigkeit gelangt ist.

Insoweit handelt es sich um "ungefährliche", weil nicht entscheidungsrelevante Fragen. Wenn demgegenüber die Zeugen A und R eingeräumt haben, die Aufsichtspersonen nicht mehr erkennen zu können, hat das ein höheres Gewicht. Denn das Wiedererkennen der Aufsichtspersonen als Handelnde berührt unmittelbar das Tatgeschehen. Bemerkenswert ist auch, daß beide Zeugen besonders auf die drohende Entlassung als Motiv für die strikte Einhaltung der Anordnungen der Beklagten hingewiesen haben, um die Glaubhaftigkeit ihrer Aussagen zu unterstreichen. Zudem haben beide Zeugen objektiv ein gewisses eigenes Interesse am Ausgang des Verfahrens, da eine Verurteilung der Beklagten nur auf ihre dann gerichtlich festgestellten Verstöße gegen Anordnungen ihrer Arbeitgeberin gestützt werden kann. Auf die Richtigkeit der Aussage des als Arbeitnehmer der Beklagten in deren Lager stehenden

Zeugen D, die Zeugen A und R hätten am Tag zuvor versucht, ihn zu Bargewinnauszahlungen zu verleiten, kommt es nicht an. Selbst wenn es so gewesen wäre, änderte dies nichts daran, daß die Aussagen der Zeugen zu den vorhergehenden Vorfällen glaubhaft sind. Dieses spätere Ereignis ließe auch keine Rückschlüsse auf die Glaubwürdigkeit der Zeugen hinsichtlich der streitgegenständlichen zeitlich davor liegenden Ereignisse zu. Die Vernehmung der von der Beklagten dazu angebotenen Zeugin S war daher nicht erforderlich. Zudem ist das Landgericht auch zutreffend bei seiner Würdigung davon ausgegangen, daß der Zeuge D die Zeugen A und R diskreditieren wollte. Das gilt unabhängig davon, ob das vom Zeugen D behauptete Geschehnis sich tatsächlich zugetragen hat. Wenn dies der Fall gewesen wäre, bedeutete das nur, dass der Zeuge D Anlass für die Diskreditierung hatte. Aus dem Protokoll seiner Vernehmung ergibt sich, daß der Zeuge D, nachdem er sich zunächst zur Sache geäußert hatte, unvermittelt die Zeugen A und R belastet hat, ohne danach gefragt worden zu sein. Der Zeuge D war danach bemüht, in dieser Weise die Zeugen A und R im negativen Licht erscheinen zu lassen und damit das Gericht für sich und seine Aussage einzunehmen. Kam es ihm in besonderer Weise darauf an, das Gericht von der Wahrhaftigkeit seiner Aussage zu überzeugen, so kann er nicht als objektiv angesehen werden. Zudem ist auch bei ihm ein Versehen oder ein Fehler beim Tokenumtausch

nicht ausgeschlossen, zumal feste und kontrollierbare Regularien der Beklagten zur Gewährleistung der Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen bei Ausfall des Tokenmanagers nicht bestanden. Danach verbleibt jedenfalls ein letzter unüberwindbarer Zweifel, ob der Zeuge D objektiv die Wahrheit bekundet hat.

Zutreffend ist das Landgericht bei seiner Beweiswürdigung auch davon ausgegangen, daß die von den Zeugen A und R geschilderten Abläufe technisch möglich waren. Das ergibt sich aus der Betriebsanleitung von "F L" und wird von der Beklagten nicht bestritten. Entgegen der Auffassung der Beklagten hat der Kläger nicht die "Manipulation" des Gerätes zu beweisen. Entscheidend ist, daß die Glaubhaftigkeit der Aussagen der Zeugen A und R nicht deshalb in Frage gestellt ist, weil der von ihnen geschilderte Ablauf technisch unmöglich ist. Das ist nicht der Fall. Im Übrigen handelte es sich um keine "Manipulation", sondern um die Veränderung der werksseitigen Einstellung, indem die Rückgewährfunktion ausgeschaltet wird.

Die Einholung eines Gutachtens zur Funktionsweise des Spielautomaten ist nicht erforderlich.

Die Beklagte hat einen solchen Beweis erstinstanzlich nur dafür angeboten, daß das Gerät "F L" entsprechend der Herstellerbestätigung technisch ausschließlich in der Weise funktioniert, daß als erstes automatisch der eingeworfene Betrag zurückgegeben wird, unter Abzug von den Gewinnpunkten. In der Berufung hat die Beklagte lediglich diesen Beweisantrag wiederholt. Nunmehr ist jedoch unstrittig, daß das Gerät bei Ausschaltung der Rückgewährfunktion in der von den Zeugen geschilderten Weise funktioniert.

Die Wiederholungsgefahr wird durch die Erstbegehung des Wettbewerbsverstoßes indiziert.

3. Der Zahlungsanspruch steht dem Kläger dem Grunde und der Höhe nach aus dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag zu.

## **II.**

Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 97 I, 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision wird nicht zugelassen, weil die Gründe des § 534 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen.