

Prof. Dr. Helmut Köhler*

Spielerschutz vor Verlusten bei verbotenen Glücksspielen

Nach § 4 IV GlüStV 2012 ist das Anbieten von Glücksspielen im Internet verboten. Ob sich daraus ein Anspruch von Spielern gegen Glücksspielanbieter auf Rückerstattung verlorener Einsätze ergibt, ist bei den Instanzgerichten überaus strittig. Eine Entscheidung des BGH steht noch aus. Die nachfolgende Untersuchung soll zur Klärung der Rechtslage beitragen.

I. Einführung

[1] Der Hang, sich an Glücksspielen zu beteiligen, mögen sie erlaubt oder unerlaubt sein, ist bei Arm und Reich weit verbreitet. Angeblich geht es auf dem weltweiten Glücksspielmarkt um Umsätze in Milliardenhöhe. Aber nicht jeder kann es sich leisten, wie beispielsweise ein hochbezahlter Fußballstar, beim Online-Poker in einer Stunde eine Million EUR zu verspielen.¹ Daher verwundert es nicht, dass viele deutsche Gerichte seit einigen Jahren über Klagen von Spielern² entscheiden mussten und in Zukunft auch noch müssen. Ausgangspunkt ist die Regelung in § 4 IV GlüStV 2012. Danach ist das Veranlassen und das Vermitteln öffentlicher Glücksspiele im Internet verboten. Die Klagen betreffen Ansprüche von Spielern gegen die Anbieter solcher verbotenen Glücksspiele auf Rückzahlung verlorener Spieleinsätze, abzüglich zwischenzeitlich erzielter Gewinne. Auf diesem Gebiet hat sich ein neues Betätigungsfeld für Anwälte aufgetan,³ zumal es häufig um erhebliche Beträge geht.⁴

[2] Die Rechtslage ist allerdings – mangels einer Grundsatzentscheidung des BGH⁵ – noch immer ungeklärt. Vielmehr besteht ein lebhafter Streit zwischen Amtsgerichten, Landgerichten und Oberlandesgerichten.⁶ Hinzu kommen unterschiedliche Stellungnahmen im Schrifttum.⁷

II. Überblick über die Grundlagen des deutschen Glücksspielrechts

[3] Das Glücksspielrecht ist eine vielschichtige und hochkomplexe Rechtsmaterie. Es spielen eine Rolle: (a) das Unionsrecht (Art. 49, 56 AEUV); (b) das Verfassungsrecht (Art. 12, 70 ff. GG); (c) das öffentliche Recht (Glücksspielstaatsverträge 2012 und 2021; §§ 33c ff. GewO; SpielVO; RennwLottG); (d) das Strafrecht (§§ 284–287 StGB); (e) das Lauterkeitsrecht (§§ 3, 3a, 8ff. UWG); (f) das Bürgerli-

che Recht (§§ 104 ff., 123, 134, 305 ff., 312 g, 762, 763, 812, 817, 818, 823 II BGB). Viele der aufgeworfenen Rechtsfragen sind mittlerweile durch den EuGH, das BVerfG und den BGH geklärt oder für die Praxis bedeutungslos geworden. Die folgende Untersuchung beschränkt sich daher auf das eingangs dargestellte Problem: Kann unter Geltung des Verbots nach § 4 IV GlüStV 2012⁸ Spielern ein Anspruch auf Rückerstattung von verlorenen Einsätzen zustehen?⁹

* Der Autor ist emeritierter Professor an der Ludwig-Maximilians-Universität München und Richter am OLG München i.R.

1 Dies wurde kürzlich über den Fußballstar Neymar vom Club Paris Saint Germain berichtet.

2 Spieler sind in der Regel Verbraucher iSd § 13 BGB. Daher unterliegen Glücksspielanbieter ua einer Kontrolle ihrer AGB nach den §§ 305, 310 BGB. Ob Spieler im Einzelfall als Unternehmer anzusehen sind, bedarf noch der Klärung vgl. OLG Braunschweig 23.2.2023 – 9 U 3/22, BeckRS 2023, 2622 Rn. 5.

3 Einen Einblick in das Geschäftsgebaren von Anwälten gibt ein Artikel „Online-Casinos zocken Spieler ab – Start-ups machen Mio.-Geschäft aus Verlusten“ von de la Motte v. 8.6.2022 im Handelsblatt.

4 Jüngstes Beispiel OLG Hamm 21.3.2023 – 21 U 116/21, BeckRS 2023, 8297 Rn. 3 (132.850,55 EUR).

5 Die Entscheidung BGH BKR 2022, 811 betrifft nur die Regelung in § 4 I 2 GlüStV 2012.

6 Vgl. dazu die Nachw. bei Dutta/Heinze Die Rückforderung von Glücksspieleinsätzen im Internet, 2023, S. 9 Fn. 14. – Aus neuerer Zeit sind zu erwähnen die Entscheidungen OLG Braunschweig 23.2.2023 – 9 U 3/22, BeckRS 2023, 2622; OLG Dresden NJW-RR 2023, 344; OLG Frankfurt a. M. NJW-RR 2022, 1280; OLG Hamm 21.3.2023 – 21 U 116/21, BeckRS 2023, 8297; OLG Köln K & R 2023, 152 = BeckRS 2022, 37044; LG Gießen 4.4.2023 – 5 O 189/21.

7 Aus neuerer Zeit sind zu erwähnen Brüning/Thomsen NWwZ 2021, 11; Dutta/Heinze S. 9 Fn. 14; Heintz/Scholer VuR 2020, 323; Hendricks/Lüder VuR 2021, 333.

8 Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland (GlüStV) v. 15.12.2011, in Geltung v. 1.7.2012 – 30.6.2021 (häufig auch als GlüStV 2011 bezeichnet). Dazu Streinz/Liesching/Hambach/Bolay/Pfütze Glücks- und Gewinnspielrecht in den Medien, 2014, S. 5 ff.; Pagenkopf NJW 2012, 2918.

9 Eine vergleichbare Frage stellt sich beim GlüStV 2021, der jedoch noch keine Praxisrelevanz erlangt hat.

III. Überblick über den Streitstand

1. Anwendbarkeit des § 134 BGB als Gegenstand des Meinungsstreits

[4] Der eingangs erwähnte Meinungsstreit betrifft in erster Linie die Frage, ob ein Verstoß des Glücksspielanbieters gegen das Verbot des § 4 IV GlüStV 2012 die Nichtigkeit des Vertrags mit dem Spieler nach § 134 BGB zur Folge hat. Von dieser Weichenstellung hängt es maßgeblich ab, ob Spieler Rückzahlung ihrer verlorenen Einsätze verlangen können.

2. Ausgangspunkt

[5] Nach § 134 BGB ist ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz etwas anderes ergibt. Unstreitig kann sich ein gesetzliches Verbot auch aus Landesrecht ergeben,¹⁰ so dass § 4 IV GlüStV 2012, der in den Landesratifizierungsgesetzen der Bundesländer umgesetzt wurde, das Erfordernis eines Verbotsgesetzes erfüllt. Allerdings steht damit noch nicht die Nichtigkeit des Spielvertrags fest, wie sich schon aus der genannten Einschränkung in § 134 BGB ergibt. Vielmehr ist in erster Linie nach dem Sinn und Zweck des jeweiligen Verbotsgesetzes zu unterscheiden. Jedoch unterscheiden sich die Auffassungen der Instanzgerichte bei der Frage, welche Schlussfolgerungen daraus zu ziehen sind.

3. Bejahung einer Nichtigkeit nach § 134 BGB

[6] Nach neueren Entscheidungen unter anderem des OLG Hamm,¹¹ des OLG Köln¹² und des OLG Braunschweig¹³ sind Verträge, die gegen das Verbot des Veranstaltens und Vermitteln öffentlicher Glücksspiele im Internet verstoßen, nach § 134 BGB nichtig. Der einseitige Verstoß des Glücksspielanbieters gegen § 4 IV GlüStV 2012 reiche aus, um eine Nichtigkeit des Spielvertrags anzunehmen. Denn mit Sinn und Zweck dieser Regelung wäre es unvereinbar, die mit diesem Rechtsgeschäft getroffene Regelung hinzunehmen und bestehen zu lassen. Das Verbot in § 4 IV GlüStV 2012 bezwecke nicht nur, den Abschluss des Spielvertrags an sich zu verhindern, sondern die Folgen des dann durchgeführten Glücksspiels. Es diene insbesondere der Suchtprävention und -bekämpfung, dem Spieler- und Jugendschutz und der Kriminalitätsprävention. Diese Folgen würden sich aber erst bei Durchführung des Vertrags zeigen. Der Schutz des Spielers erfordere daher die Nichtigkeit des Vertrags.

[7] Es habe auch nicht ausgereicht, dem gesetzlichen Verbot durch bloße verwaltungs- und strafrechtliche Maßnahmen Nachdruck zu verleihen, da die maßgeblichen Anbieter ihren Sitz im Ausland hätten und sich daher dem Zugriff deutscher Behörden weitestgehend entziehen konnten. Der Beschluss des BGH vom 13.9.2022¹⁴ stehe dem nicht entgegen, da es sich um einen anderen Sachverhalt, betreffend einen bloßen Zahlungsdienstleister, geregelt in § 4 I 2 Alt. 2 GlüStV 2012, gehandelt habe.

4. Verneinung einer Nichtigkeit nach § 134 BGB

[8] Jüngst hat sich indessen das LG Gießen¹⁵ entschieden gegen eine Anwendung des § 134 BGB ausgesprochen. Es

sei bereits offen, ob durch eine Nichtigkeit des Spielvertrags der Zweck des § 4 IV GlüStV 2012 erreicht werden könne. Denn es sei bereits zweifelhaft, ob die Anbieter von unerlaubten Online-Glücksspielangeboten deren Veranstaltung oder Vermittlung unterlassen, (nur) weil der Spieler im Ergebnis einen (gerichtlich durchzusetzenden) Anspruch auf Ersatz seiner Verluste hätte. Die Nichtigkeit sei auch nicht zum Schutz des Spielers erforderlich. Es sei gerade nicht der Zweck des Glücksspielstaatsvertrags (GlüStV 2012), Spieler allgemein vor ihrem Verlustrisiko zu schützen. Die Interessen des Spielers würden es gerade nicht gebieten, ihn durch die Nichtigkeit des von ihm eingegangenen Vertrags vor den wirtschaftlichen Folgen des Glücksspiels zu schützen. Der drohende Vermögensschaden für den Spieler folge nicht aus dem Verbot des unerlaubten Glücksspiels, sondern aus dem jedem Glücksspiel immanenten Risiko, dass Gewinne oder Verluste rein zufällig seien. Es sei auch mit den Zwecken des GlüStV 2012 vereinbar, dass der Spieler das Verlustrisiko trage. Denn der Spieler würde gerade nicht etwa vor Folgekriminalität geschützt, wenn er unerlaubte Spiele ohne und erlaubte Spiele mit einem Verlustrisiko spielen könnte/müsste. Nach § 1 S. 1 Nr. 2 GlüStV 2012 sei es auch ein Ziel des Staatsvertrags, durch ein begrenztes Glücksspielangebot eine geeignete Alternative zum nicht erlaubten Glücksspiel zu schaffen, um den natürlichen Spieltrieb der Bevölkerung in geeignete und überwachte Bahnen zu lenken. Genau das Gegenteil würde erreicht, wenn Spieler ihre in einem unerlaubten Glücksspiel erspielten Verluste von dem Glücksspielanbieter zurückverlangen könnten und bei einem erlaubten Glücksspiel nicht. Schließlich seien allein verwaltungs- und strafrechtliche Maßnahmen zur Steuerung spezifischer Sucht-, Betrugs-, Manipulations- und Kriminalitätsgefährdungspotenziale des Glücksspiels, insbesondere nach § 9 I 3 Nr. 3 GlüStV 2012, geeignet und ausreichend.

IV. Stellungnahme

1. Die Schutzbedürftigkeit des Spielers als Grundprinzip

[9] Unabhängig von dem Meinungsstreit über die Anwendbarkeit des § 134 BGB auf Spielverträge zwischen dem Anbieter eines verbotenen Glücksspiels und einem Spieler sollte Einigkeit darüber bestehen, dass es letztlich um den Schutz des Spielers vor den Gefahren eines solchen Spiels geht. Dabei gilt es zwischen Schutz des Spielers bei Abschluss und bei Durchführung des Vertrags zu unterscheiden.

2. Regelungen zum Schutze des Spielers bei Abschluss des Vertrags

[10] Zunächst gilt es in Erinnerung zu rufen, dass auch die allgemeinen Schutzregelungen des BGB für Spielverträge gelten. Es sind die drei Tatbestände der Nichtigkeit bzw. Unwirksamkeit des Vertrags. Hinzu kommt der Tatbestand der Sittenwidrigkeit des Vertrags (§ 138 I BGB). Alle diese Re-

10 Vgl. Grüneberg/Ellenberger BGB, 82. Aufl., BGB § 134 Rn. 2.

11 OLG Hamm 21.3.2023 – 21 U 116/21, BeckRS 2023, 8297.

12 OLG Köln 31.10.2022 – 19 U 51/22, BeckRS 2022, 37044.

13 OLG Braunschweig MDR 2023, 618 = BeckRS 2023, 2622.

14 BGH BKR 2022, 811 (Zahlungsdienstleisterfall).

15 LG Gießen 4.4.2023 – 5 O 189/21.

gelungen haben einen Anspruch auf Rückzahlung verlorener Einsätze nach § 812 I 1 BGB zur Folge.

a) Geschäftsunfähigkeit

[11] Geschäftsunfähigkeit kann bei Spielern nach § 104 Nr. 2 BGB bestehen, wenn sie sich aufgrund einer Spielsucht in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befinden. Insoweit kann nämlich eine partielle Geschäftsunfähigkeit bestehen.¹⁶ Die Problematik besteht in der Feststellung einer Spielsucht oder Spielsuchtgefährdung im Einzelfall.¹⁷ Die Beweislast dafür liegt beim Spieler. Hat ein geschäftsunfähiger Spieler einen Spielvertrag abgeschlossen, so ist seine Willenserklärung nach § 105 I BGB und damit zugleich der Spielvertrag nichtig. Er kann dann nach § 812 I 1 BGB seine verlorenen Einsätze zurückverlangen.¹⁸

b) Minderjährigkeit

[12] Das Gleiche gilt für minderjährige Spieler (§ 106 BGB), wenn keine Einwilligung oder Genehmigung seines gesetzlichen Vertreters und kein Fall des § 110 BGB vorliegt. (Allerdings war nach § 4 III 2 GlüStV 2012 die Teilnahme von Minderjährigen an einem öffentlichen Glücksspiel generell unzulässig.)

c) Arglistige Täuschung

[13] Wurden Spieler arglistig über die rechtliche Zulässigkeit eines Glücksspiels in Deutschland getäuscht, etwa in der Präsentation des Glücksspiels im Internet, so führt die Anfechtung nach § 123 I BGB gem. § 142 I BGB ebenfalls zur Nichtigkeit des Vertrags und damit zur Entstehung eines Bereicherungsanspruchs. Eine arglistige Täuschung kann beispielsweise dann vorliegen, wenn ein Anbieter behauptet, er besäße eine auch für Deutschland gültige Lizenz zum Angebot von Glücksspielen oder wenn er es unterlässt, Spieler über eine fehlende Lizenz in Deutschland hinreichend klar aufzuklären. Ferner kann dies dann der Fall sein, wenn die Spieler zwar über das Fehlen einer Erlaubnis aufgeklärt werden, aber unwahre Behauptungen über das Spielangebot aufgestellt werden.

d) Sittenwidrigkeit des Spielvertrags

[14] An sich ist § 134 BGB im Verhältnis zu § 138 BGB die speziellere Norm. Jedoch kann § 138 I BGB anwendbar sein, wenn das Rechtsgeschäft gegen rechtliche Prinzipien oder Wertungen verstößt, die keine Verbotsgesetze iSd § 134 BGB darstellen.¹⁹ Im Zusammenhang mit Glücksspielverträgen hat der BGH²⁰ entschieden, dass Sittenwidrigkeit bei Spielverträgen angenommen werden kann, wenn sie unter Ausnutzung der Unerfahrenheit, des Leichtsinns oder einer Zwangslage eines Beteiligten zustande kommen. Dies könne für solche Spielverträge gelten, die so konzipiert sind, dass sie der Spielsucht und problematischem Spielverhalten in besonderem Maße Vorschub leisten (systematische Förderung der Spielsucht). – Es ist eine Frage des Einzelfalls, ob ein Angebot zur Teilnahme an einem verbotenen Glücksspiel im Internet diese Voraussetzung erfüllt. Dabei könnten Art und Inhalt der Werbung des Anbieters eine Rolle spielen. Ein Beispiel wäre, wenn zusätzliche Vorteile für eine rasche Teilnahme („... bis zum“) versprochen werden, wie etwa eine kostenlose Urlaubsreise.

3. Regelungen zum Schutz des Spielers nach Vertragsschluss

a) Schutz des Spielers vor besonderen Gefahren

[15] Der Spieler muss bei der Durchführung des Vertrags nicht nur einen Verlust seiner Einsätze befürchten, sondern er ist auch besonderen Gefahren hinsichtlich seiner Gesundheit und seines Vermögens ausgesetzt, die ihn schutzbedürftig machen. Diese Gefahren rechtfertigen es aber nicht, den Vertrag als nichtig nach § 134 BGB zu behandeln.²¹ Vielmehr schafft gerade ein wirksamer Vertrag die Grundlage für einen Schadensersatzanspruch des Spielers. Dabei ist zwischen selbstverursachten und fremdverursachten Gefahren zu unterscheiden.

b) Schutz vor selbstverursachten Gefahren

[16] Rücksichtspflicht des Anbieters nach § 241 II BGB: Soweit ersichtlich, wurde bisher die Frage, ob einem Spieler ein vertraglicher Schadensersatzanspruch zustehen könnte, noch nicht erörtert. Voraussetzung dafür wäre insoweit die Wirksamkeit des Spielvertrags. In Betracht käme bei Spielverträgen eine vertragliche „Rücksichtspflicht“ des Anbieters nach § 241 II BGB, nämlich einer Pflicht „zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils“. Umfang und Inhalt solcher Rücksichtspflichten hängen vom Vertragszweck, der Verkehrssitte und den Anforderungen des redlichen Geschäftsverkehrs ab.²² Mag auch das Anbieten eines verbotenen Glücksspiels im Internet gegen § 4 IV GlüStV 2012 verstoßen, so sind gerade bei der Durchführung des Spielvertrags wesentliche Ziele des GlüStV 2012 zu berücksichtigen, nämlich nach § 1 S. 1 Nr. 1 „das Entstehen von Glücksspielssucht“ zu verhindern und nach § 1 S. 1 Nr. 3 „den Jugend- und Spielerschutz zu gewährleisten“. Daraus erwächst eine grundsätzliche Pflicht des Anbieters, auf die Gesundheit und die Vermögensinteressen des Spielers angemessen Rücksicht zu nehmen. Konkret bedeutet das: Stellt der Anbieter fest, dass ein Spieler zu einem – bezogen auf den Zeitraum und die Höhe der Einsätze – exzessiven Spielverhalten neigt und daher spielsuchtgefährdet ist, so muss er den Spieler warnen und technische Maßnahmen (zB zeitliche und finanzielle Limits für Einsätze) treffen, die verhindern, dass der Spieler seinem Spieltrieb ungezügelt weiter nachgibt und damit seine Gesundheit und sein Vermögen nachhaltig gefährdet.

[17] Eine schuldhafte Verletzung der Rücksichtspflicht hat zur Folge, dass der Anbieter dem Spieler zum Schadensersatz nach den §§ 280 I, 249 I BGB verpflichtet ist. Der Anbieter hat daher dem Spieler die Verluste zu ersetzen, die dieser nicht erlitten hätte, wenn er seiner Rücksichtspflicht nachgekommen wäre. Ein Verschulden wird nach § 280 I 2 BGB vermutet.

[18] Die Darlegungs- und Beweislast für eine Pflichtverletzung in einem konkreten Fall trifft grundsätzlich den Spieler.

16 Vgl. BGHZ 174, 255 = NJW 2008, 840 Rn. 18.

17 Vgl. dazu OLG Zweibrücken 12.3.1998 – 4 U 182/96, BeckRS 1998, 3165 Rn. 18.

18 BGHZ 174, 255 = NJW 2008, 840 Rn. 18.

19 Vgl. MüKoBGB/Armbrüster, 7. Aufl. 2015, BGB § 138 Rn. 18 mwN.

20 BGH NJW 2008, 2026 Rn. 21 zum Online-Roulette.

21 So jedoch ua das OLG Braunschweig 23.2.2023 – 9 U 3/22, BeckRS 2023, 2622 Rn. 61 ff.

22 Vgl. BGH NJW 2010, 1135; NJW 2013, 3366; Grüneberg/Grüneberg BGB § 241 Rn. 7.

Jedoch kommt eine sekundäre Darlegungslast des Anbieters in Betracht. Im Übrigen ist § 286 ZPO heranzuziehen.

c) Schutz vor fremdverursachten Gefahren

[19] Es wird berichtet,²³ dass bestimmte Anbieter von verbotenen Glücksspielen im Internet Spiele manipulieren und damit Spieler schädigen. Daraus erklärt sich die Zielsetzung des § 1 S. 1 Nr. 4 GlüStV 2012 und die Untersagungsbefugnis der Glücksspielaufsicht nach § 9 I 3 Nr. 3 GlüStV 2012. Dies rechtfertigt aber nicht die pauschale Schlussfolgerung, dass aufgrund dieser bestehenden Gefahr alle Spielverträge nichtig sein müssten. Kommt es im Einzelfall zu derartigen Manipulationen zum Nachteil von Spielern, so kommen gerade vertragliche Schadensersatzansprüche nach § 280 BGB und daneben deliktische Ansprüche nach § 823 II BGB iVm § 263 StGB in Betracht. Die generelle Nichtigkeit aller Spielverträge würde daher zu keiner Besserstellung der Spieler, sondern allenfalls zu einer Schlechterstellung führen. Spielern, die sich in Unkenntnis von dem gesetzlichen Verbot auf einen Vertrag einlassen, wäre damit nicht geholfen. (Zum Vergleich: Wird bekannt, dass ein Kfz-Hersteller Abgaseinrichtungen manipuliert, so käme man wohl kaum auf die Idee, den Kaufvertrag über ein solches Fahrzeug für nichtig zu erklären. Vielmehr bliebe es dem Käufer überlassen, den Kaufvertrag gegebenenfalls wegen arglistiger Täuschung anzufechten.) – Gleichwohl soll im Folgenden näher untersucht werden, ob Spielverträge nach § 134 BGB nichtig sind.

4. Anwendung des § 134 BGB auf Glücksspielverträge

[20] Diese Erwägungen führen zur Schlüsselfrage, ob § 134 BGB auf Spielverträge mit Anbietern verbotener Glücksspiele anwendbar ist und daher gegebenenfalls ein Anspruch auf Rückerstattung verlorener Einsätze in Betracht kommt.

a) Ausgangspunkt

[21] Nach § 134 BGB ist ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz etwas anderes ergibt. Unstreitig kann sich ein gesetzliches Verbot auch aus Landesrecht ergeben.²⁴ Daher erfüllt § 4 IV GlüStV 2012, der in den Landesratifizierungsgesetzen der Bundesländer umgesetzt wurde, das Erfordernis eines Verbotsgesetzes. Allerdings steht damit noch nicht die Nichtigkeit des Spielvertrags nach § 134 BGB fest, wie sich schon aus der genannten Einschränkung im Wortlaut dieser Vorschrift ergibt. Ausgangspunkt für eine Beurteilung des Meinungsstreits zwischen den Instanzgerichten ist die Rechtsprechung des BGH zu § 134 BGB.

b) Rechtsprechung des BGH zu § 134 BGB

[22] In seinem Beschluss vom 13.9.2022 hat der BGH²⁵ zwar nur über die Auslegung des § 4 I 2 Fall 2 GlüStV 2012 und nicht über die Auslegung des § 4 IV GlüStV 2012 entschieden. Jedoch verweist dieser Beschluss auf die ständige Rechtsprechung des BGH zur Anwendung des § 134 BGB. Daraus könnten sich Maßstäbe ergeben, die auch für § 4 IV GlüStV 2012 gelten könnten. In Rn. 11 des Beschlusses heißt es (unter Weglassung der Eigenzitate des BGH):

[23] „(a) Die Frage, ob der Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot nach § 134 BGB zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts

führt, ist, wenn – wie bei § 4 I 2 Fall 2 GlüStV 2011 – eine ausdrückliche Rechtsfolgenregelung fehlt, nach dem Zweck des Verbotsgesetzes zu beantworten. Dabei hat der Verstoß gegen ein Verbotsgesetz in der Regel die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts nur dann zur Folge, wenn sich das Verbot gegen beide Seiten richtet (...). In besonderen Fällen kann sich die Nichtigkeit allerdings auch aus einem einseitigen Verstoß ergeben, falls nämlich der Zweck des Verbotsgesetzes anders nicht zu erreichen ist und die rechtsgeschäftlich getroffene Regelung nicht hingenommen werden darf (...). Eine solche Ausnahme liegt etwa vor, wenn der angestrebte Schutz des Vertragspartners die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts erfordert (...) oder wenn der Erfüllungsanspruch auf eine unerlaubte Tätigkeit gerichtet ist (...). Reicht es dagegen aus, dem gesetzlichen Verbot durch verwaltungs- bzw. strafrechtliche Maßnahmen Nachdruck zu verleihen, so hat die zivilrechtliche Sanktion der Nichtigkeit daneben keinen Platz (...).“

c) Vorliegen eines beiderseitigen Verstoßes gegen § 4 IV GlüStV 2012

[24] Obwohl sich das Verbot nach § 4 IV GlüStV 2012 unmittelbar nur an den Glücksspielanbieter richtet, kann auch der Spieler gegen dieses Verbot verstoßen. Das ist der Fall, wenn er gegen § 285 StGB verstößt, nämlich sich an einem (unerlaubten) öffentlichen Glücksspiel iSd § 284 StGB beteiligt. Dies setzt Vorsatz iSd § 15 StGB voraus, so dass auch bedingter Vorsatz ausreicht. Erfüllt der Spieler diese Voraussetzung, so liegt ein beiderseitiger Verstoß vor, der zur Nichtigkeit des Spielvertrags nach § 134 BGB führt.

[25] Daraus könnte sich zwar ein Anspruch aus § 812 I 1 BGB auf Rückzahlung verlorener Einsätze ergeben. Jedoch ist dieser Anspruch nach § 817 S. 2 BGB ausgeschlossen, weil der Spieler seinerseits durch seinen Verstoß gegen § 285 StGB auch gegen § 4 IV GlüStV 2012 verstoßen hat. Dies rechtfertigt sich aus der *ratio legis* des § 817 S. 2 BGB: „Wer sich selbst außerhalb der Sitten- oder Rechtsordnung stellt, soll hierfür keinen Rechtsschutz erhalten.“²⁶

d) Vorliegen eines einseitigen Verstoßes gegen § 4 IV GlüStV 2012

[26] Liegt nur ein Verstoß des Glücksspielanbieters gegen § 4 IV GlüStV 2012 vor, kommt es nach der Rechtsprechung des BGH darauf an, ob der Zweck dieses Verbotsgesetzes anders nicht zu erreichen ist und die rechtsgeschäftlich getroffene Regelung, nämlich der Spielvertrag, nicht hingenommen werden darf. Das ist dann anzunehmen, wenn das Verbot den Schutz des Spielers anstrebt und daher die Nichtigkeit des Spielvertrags nach § 134 BGB erfordert.

[27] Welchen Zweck das Verbot des § 4 IV GlüStV 2012 verfolgt, ist zwar letztlich anhand der Ziele zu ermitteln, wie sie in § 1 S. 1 GlüStV 2012 aufgelistet sind. Allerdings handelt es sich dabei um abstrakt-generell gehaltene Zielsetzungen, um Spieler vor einer Gefährdung ihrer Interessen

23 Dazu OLG Braunschweig 23.2.2023 – 9 U 3/22, BeckRS 2023, 2622 Rn. 72.

24 Vgl. Grüneberg/Ellenberger BGB § 134 Rn. 2.

25 BGH BKR 2022, 811.

26 StRspr. vgl. BGH NZG 2017, 476 Rn. 42.

zu schützen. Das Verbot des § 4 IV GlüStV 2012 dient diesen Zielen und damit auch dem Schutz des Spielers. Es erfordert aber nicht die Nichtigkeit eines jeden Spielvertrags, gleichgültig welchen Inhalt er hat und wie es um seine Durchführung bestellt ist. Im Gegenteil werden die Interessen der Spieler – wie dargelegt – besser geschützt, wenn der Spielvertrag wirksam ist. Denn ihnen können nur dann vertragliche Schadensersatzansprüche zustehen, wenn es im Einzelfall zu einer Verletzung ihrer geschützten Interessen, wie bei fehlender Rücksichtnahme auf die Schutzbedürftigkeit des Spielers oder bei Manipulation des Spiels, kommt. Der Schutz des Spielers erfordert aber nicht die Rückerstattung verlorener Einsätze. Denn dieses Risiko besteht auch bei erlaubten Spielen und ist jedem Spieler bekannt.

[28] Im Übrigen ist zu bedenken, dass dem Verbot des § 4 IV GlüStV 2012 auch mit verwaltungs- bzw. strafrechtlichen Maßnahmen „Nachdruck verliehen“ werden kann, wie es der BGH ausdrückt. Insoweit ist auf die Möglichkeit einer Untersagungsverfügung der Glücksspielaufsicht nach § 9 I 3 Nr. 3 GlüStV 2012 und einer strafrechtlichen Verfolgung nach § 284 StGB hinzuweisen. Hinzu kommt eine weitaus wirksamere Maßnahme, nämlich die Durchsetzung des § 4 IV GlüStV mit den Mitteln des Wettbewerbsrechts (UWG).²⁷

[29] Es mag zutreffen, dass die Durchsetzung solcher Maßnahmen gegen ausländische Anbieter schwierig oder möglicherweise nicht erfolgversprechend ist. Das trifft im Übrigen aber auch die Durchsetzung von Rückerstattungsansprüchen gegenüber solchen Anbietern. Ein Manko bei der Durchsetzung des Verbots rechtfertigt es jedenfalls nicht, aus diesem Grund jeden Spielvertrag für nichtig zu erklären.

e) Vorzug dieser Lösung zur Konfliktbewältigung

[30] Die vorgeschlagene differenzierende Lösung trägt auch dem Verständnis eines durchschnittlichen Spielers Rechnung. Das Verlustrisiko ist nämlich, wie erwähnt, jedem Glücksspiel, auch dem zulässigen, immanent, und jeder durchschnittliche Spieler weiß und akzeptiert das. Sind aber auch Spielverträge mit Anbietern eines verbotenen Glücksspiels grundsätzlich, nämlich soweit keine speziellen Nichtigkeitsgründe eingreifen, wirksam, so ist ein Rückzahlungsanspruch nach § 762 I 2 BGB ausgeschlossen. Dass damit die Erfolgsaussichten des „Geschäftsmodells“ einer klageweisen Geltendmachung von Rückzahlungsansprüchen schwinden, ist hinzunehmen.

f) Zwischenergebnis

[31] Spielverträge, die unter Verstoß gegen § 4 IV GlüStV 2012 abgeschlossen wurden, sind nach § 134 BGB nichtig, wenn ein beiderseitiger Verstoß vorliegt. Das ist der Fall, wenn der Spieler gegen § 285 StGB verstößt. Allerdings ist dann ein Rückzahlungsanspruch des Spielers nach § 817 S. 2 BGB ausgeschlossen. Liegt nur ein Verstoß des Anbieters vor, so ist der Spielvertrag wirksam. Werden im Einzelfall die Interessen der Spieler bei Durchführung des Vertrags konkret gefährdet, können ihnen vertragliche Schadensersatzansprüche nach § 280 BGB, gegebenenfalls iVm § 241 II BGB, zustehen. Der Anspruch ist nach § 249 I BGB auf Rückerstattung der verlorenen Einsätze gerichtet.

5. Schadensersatzansprüche der Spieler nach § 823 II BGB

[32] Abschließend ist auf die Frage einzugehen, ob Spielern gegen die Anbieter eines verbotenen Glücksspiels ein deliktischer Schadensersatzanspruch, gerichtet auf Rückzahlung verlorener Einsätze, zustehen kann. Dies hängt davon ab, ob die Verbote des § 4 IV GlüStV 2012 und des § 284 StGB Schutzgesetze iSd § 823 II BGB darstellen, nämlich Gesetze, die den Schutz eines anderen bezwecken. Dies ist umstritten²⁸ und müsste daher ebenfalls durch den BGH geklärt werden.

a) Allgemeines

[33] Dabei ist auf die allgemeinen Grundsätze zurückzugreifen, die der BGH²⁹ zur Ermittlung des Schutzgesetzcharakters einer Norm aufgestellt hat. Der BGH betont, dass der Anwendungsbereich von Schutzgesetzen nicht ausufern soll. Deshalb reicht es nach seiner Auffassung nicht aus, dass der Individualschutz durch Befolgung der Norm als ihr Reflex objektiv erreicht werden kann; er müsse vielmehr im Aufgabenbereich der Norm liegen. Der BGH tendiert ersichtlich dazu, strenge Anforderungen an die Anerkennung einer Norm als Schutzgesetz zu stellen. Nach seiner Auffassung kommt es darauf an, ob es „in der Tendenz des Gesetzgebers liegen konnte, an die Verletzung des geschützten Interesses die deliktische Einstandspflicht des dagegen Verstoßenden mit allen damit zugunsten des Geschädigten gegebenen Beweiserleichterungen zu knüpfen“.

b) Schlussfolgerung

[34] Betrachtet man § 4 IV GlüStV 2012 in seinem gesamten Regelungszusammenhang als öffentlich-rechtliche Regelung der Bundesländer, ist davon auszugehen, dass diese Problematik bei Schaffung des § 4 IV GlüStV nicht angesprochen wurde. Vielmehr ging es den Bundesländern um den Schutz der Allgemeininteressen der Bevölkerung im Hinblick auf mögliche Gefahren eines Glücksspiels im Internet. Es geht um Generalprävention, nicht um Individualschutz. Daher ist dieses Verbot nicht als Schutzgesetz iSd § 823 II BGB zu begreifen.

[35] Nach § 284 I StGB wird bestraft, „wer ohne behördliche Erlaubnis öffentlich ein Glücksspiel veranstaltet oder hält oder die Einrichtungen hierzu zur Verfügung stellt“. Da es sich dabei um eine „verwaltungsakzessorische Vorschrift“ handelt, sollte insoweit nichts anderes gelten.³⁰

c) Zwischenergebnis

[36] Im Ergebnis ist daher ein auf Rückzahlung von Verlusten gerichteter Schadensersatzanspruch nach § 823 II BGB iVm § 4 IV GlüStV und § 284 StGB abzulehnen.

27 Die §§ 3, 3a, 8 UWG sind auf Verstöße gegen die GlüStV 2012 und 2021 anwendbar, vgl. BGH GRUR 2012, 193 Rn. 21; GRUR 2012, 201 Rn. 24; GRUR 2021, 1534 Rn. 45; NJW-RR 2023, 956 Rn. 27; Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler UWG, 41. Aufl. 2023, UWG § 3a Rn. 1243 ff.; 1329 ff.

28 Aus der Rspr. vgl. OLG Frankfurt a.M. NJW-RR 2022, 1280 Rn. 58 (offengelassen); LG Aachen 13.7.2021 – 8 O 582/20, BeckRS 2021, 20002 Rn. 35 (bejahend).

29 Zuletzt BGHZ 232, 46 = NJW 2022, 1007 Rn. 51 mwN.

30 Nach der Rspr. soll die Vorschrift die staatliche Kontrolle einer „Kommerzialisierung der natürlichen Spielleidenschaft“ sichern (vgl. BGHSt 11, 209 = NJW 1958, 758).

V. Zusammenfassung

[37] Der Meinungsstreit in der Instanzrechtsprechung und im Schrifttum zum Spielerschutz vor Verlusten bei verbotenen Glücksspielen im Internet (§ 4 IV GlüStV 2012) ist vom BGH zu entscheiden. Bei der Beurteilung sollte nach Auffassung des Autors wie folgt unterschieden werden:

[38] Ist ein Spielvertrag bereits nach den allgemeinen Regelungen des BGB über Geschäftsunfähigkeit, Minderjährigkeit und arglistiger Täuschung des Spielers oder aufgrund von Sittenwidrigkeit nichtig, so steht dem Spieler ein Anspruch nach § 812 I 1 BGB auf Rückerstattung seiner verlorenen Einsätze zu.

[39] Spielverträge sind nach § 134 BGB nichtig, wenn ein beiderseitiger Gesetzesverstoß vorliegt. Das ist der Fall, wenn der Spieler seinerseits gegen § 285 StGB iVm § 4 IV GlüStV 2012 verstößt. Ein Rückerstattungsanspruch scheidet in diesem Fall aber nach § 817 S. 2 BGB aus.

[40] Liegt nur ein Verstoß des Glücksspielanbieters vor, so führt dies nicht zur Nichtigkeit des Vertrags nach § 134 BGB. Das hat seinen Grund darin, dass der GlüStV 2012

Spieler nur allgemein vor möglichen schädlichen Folgen des verbotenen Glücksspiels schützen will. Zu diesem Zweck können die Glücksspielaufsicht nach § 9 I 3 Nr. 3 GlüStV 2012 mit einer Untersagungsverfügung, die Strafverfolgungsbehörden nach § 284 StGB und Unternehmens- und Verbraucherverbände iSd § 8 III Nrn. 2–4 UWG nach den §§ 3, 3a UWG im Allgemeininteresse gegen verbotene Glücksspiele einschreiten.

[41] Eine zusätzliche Sanktion in Gestalt der generellen Nichtigkeit von Spielverträgen ist dagegen nicht zum Schutz der Spieler erforderlich. Sie würde die Spieler des vertraglichen Schutzes vor mangelnder Rücksichtnahme auf ihre Interessen und vor betrügerischen Manipulationen berauben. Darüber hinaus könnte dies dazu führen, dass Spieler erlittene Verluste einklagen und aufgrund dessen völlig risikolos weiterspielen könnten.

[42] Spielern steht auch kein deliktsrechtlicher Anspruch auf Schadensersatz wegen erlittener Verluste nach § 823 II BGB zu. Denn weder § 4 IV GlüStV 2012 noch der darauf aufbauende § 284 StGB sind Schutzgesetze im Sinne dieser Vorschrift. Sie dienen nur generalpräventiv dem Schutz vor möglichen Gefahren eines verbotenen Glücksspiels. ■