

ANATOL DUTTA
CHRISTIAN HEINZE

Die Rückforderung von Glücksspieleinsätzen im Internet

Spiel und Recht



Mohr Siebeck

Spiel und Recht

herausgegeben von

Steffen Augsberg, Marc Bungenberg, Julian Krüper,
Christian J. Tams und Jörg Philipp Terhechte

10



Anatol Dutta
Christian Heinze

Die Rückforderung von Glücksspieleinsätzen im Internet

Überlegungen zu den so genannten „Spielerklagen“

Mohr Siebeck

Anatol Dutta, ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

Christian Heinze, ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Europarecht und Rechtsvergleichung an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg.

ISBN 978-3-16-162100-0 / eISBN 978-3-16-162101-7

DOI 10.1628/978-3-16-162101-7

ISSN 2366-634X / eISSN 2569-4405 (Spiel und Recht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2023 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Dieses Werk ist lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Nicht kommerziell – Keine Bearbeitungen 4.0 International“ (CC BY-NC-ND 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.de>.

Jede Verwendung, die nicht von der oben genannten Lizenz umfasst ist, ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen aus der Minion gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Die folgenden Überlegungen basieren auf Rechtsgutachten für mehrere Unternehmen, die (auch) für Spieler mit gewöhnlichem Aufenthalt in der Bundesrepublik Glücksspiele im Internet anbieten. Die Stellungnahmen bemühen sich dennoch um eine differenzierte Betrachtung und verstehen sich als Beitrag zur Diskussion einer Konstellation, die bisher die Rechtswissenschaft noch nicht umfassend diskutiert hat und die in der Rechtspraxis umstritten ist, auch wenn mittlerweile der BGH in seiner Entscheidung vom 13.9.2022 (XI ZR 515/21) im Kontext der Haftung von Zahlungsanbietern einige Hinweise auch zum Umgang mit diesen Fällen formuliert hat (zu den Konsequenzen dieser Entscheidung → S. 9 bei Fn. 16a, S. 11 bei Fn. 27, S. 15 bei Fn. 45a, S. 44 bei Fn. 136, S. 48 bei Fn. 155, S. 53 bei Fn. 171, S. 58 f. bei Fn. 191 und Fn. 194, S. 59 f. bei Fn. 198). Die zitierten unveröffentlichten Entscheidungen der Instanzgerichte zu Spielerklagen und entsprechenden Prozesskostenhilfeanträgen wurden uns – freilich in anonymisierter Form – von den Prozessvertretern der Unternehmen zur Verfügung gestellt.

Im Herbst 2022

Anatol Dutta und Christian Heinze

Inhaltsübersicht

| | |
|--|----|
| Vorwort | V |
| Inhaltsverzeichnis | IX |
| | |
| A. Tatsächlicher und glücksspielrechtlicher Hintergrund (<i>Anatol Dutta und Christian Heinze</i>) | 1 |
| | |
| B. Bereicherungs- und deliktsrechtliche Ansprüche – Grundlagen (<i>Anatol Dutta</i>). | 7 |
| | |
| C. Schutzgesetzhaftung aus § 823 Abs. 2 BGB bei Verstoß gegen § 4 Abs. 4 GlüStV 2012 oder § 284 StGB (<i>Christian Heinze</i>) | 43 |
| | |
| D. Verjährung von Ansprüchen auf Rückforderung von Online-Glücksspieleinsätzen (<i>Christian Heinze</i>) | 63 |
| | |
| Literaturverzeichnis | 79 |
| Sachregister | 83 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|----|
| Vorwort | V |
| Inhaltsübersicht | IX |
| | |
| A. Tatsächlicher und glücksspielrechtlicher Hintergrund (<i>Anatol Dutta und Christian Heinze</i>) | 1 |
| | |
| B. Bereicherungs- und deliktsrechtliche Ansprüche – Grundlagen (<i>Anatol Dutta</i>) | 7 |
| | |
| I. Bereicherungsrechtliche Rückzahlungsansprüche? | 7 |
| 1. Unwirksamkeit der Spielverträge nach § 134 BGB wegen Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz? | 8 |
| a) Nicht immer beiderseitiger Verstoß gegen ein Verbotsgesetz | 9 |
| b) Nichtigkeitssanktion dient nicht zwingend dem Normzweck des Verbotsgesetzes | 13 |
| c) Vor allem aber seit dem Inkrafttreten des GlüStV 2012: Bewusster Nichtvollzug des Verbots und bewusste Duldung von Verstößen durch die Glücksspielaufsicht | 15 |
| d) Schließlich: Allenfalls schwebende Unwirksamkeit bis zum Abschluss des Konzessionsverfahrens | 21 |
| 2. Kein Gesetzesverstoß des Empfängers gerade durch die Annahme der Leistung nach § 817 Satz 1 Fall 1 BGB | 22 |
| 3. Jedenfalls aber Ausschluss eines etwaigen Bereicherungs- anspruchs nach § 817 Satz 2 BGB | 22 |
| a) Die in § 817 Satz 2 BGB genannten Voraussetzungen für die Konditionssperre liegen vor | 23 |
| b) Zudem: Kenntnis der Spieler vom etwaigen Verstoß gegen gesetzliches Verbot | 24 |
| c) Keine teleologische Reduktion der Konditionssperre geboten | 26 |
| 4. Berücksichtigung der Gegenleistungen der Unternehmen an die Spieler | 31 |
| | |
| II. Deliktische Schadensersatzansprüche? | 32 |
| 1. Schuldhafter Verstoß gegen ein Schutzgesetz? | 33 |
| 2. Kein Schaden | 34 |

| | |
|--|----|
| 3. Keine Zurechnung des Schadens | 35 |
| III. Rechtsmissbrauchseinwand? | 36 |
| IV. Verjährung | 37 |
| 1. Verjährungsbeginn mit Leistung der Spieleinsätze | 37 |
| 2. Keine ausnahmsweise Verschiebung des Verjährungsbeginns | 38 |
| V. Ergebnisse: Kein Fall für ein private enforcement | 40 |
| | |
| C. Schutzgesetzhaftung aus § 823 Abs. 2 BGB bei Verstoß gegen § 4 Abs. 4 GlüStV 2012 oder § 284 StGB (<i>Christian Heinze</i>) | 43 |
| I. Einführung | 43 |
| II. Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB | 44 |
| 1. Vorliegen eines Schutzgesetzes | 44 |
| a) Gesetz im Sinne des Art. 2 EGBGB | 44 |
| b) Schutzgesetzqualität | 45 |
| aa) Kriterien für die Schutzgesetzqualität | 45 |
| bb) Anwendung auf § 4 Abs. 4 GlüStV 2012 | 45 |
| (1) Schutzgesetz nach Inhalt, Zweck und Entstehungs- geschichte gewollt? | 46 |
| (2) Schutzgesetz aus den allgemeinen Zielen des § 1 GlüStV 2012 begründbar? | 48 |
| (3) Schutzgesetz im Regelungszusammenhang sinnvoll und tragbar? | 54 |
| (4) Ergebnis | 54 |
| cc) Anwendung auf § 284 StGB | 55 |
| 2. Verschulden | 56 |
| 3. Schaden und Zurechnungszusammenhang | 57 |
| a) Vorliegen eines Schadens | 57 |
| b) Kausalität und Schutzzweckzusammenhang | 58 |
| III. Ergebnisse | 60 |
| | |
| D. Verjährung von Ansprüchen auf Rückforderung von Online-Glücksspieleinsätzen (<i>Christian Heinze</i>) | 63 |
| I. Einführung | 63 |
| II. Verjährung möglicher bereicherungsrechtlicher Ansprüche | 63 |
| 1. Verjährungsfrist | 63 |
| 2. Verjährungsbeginn | 64 |
| a) Entstehung des Anspruchs | 64 |
| b) Kenntnis von den anspruchsbegründenden Umständen | 64 |

| | |
|--|----|
| aa) Nur Tatsachenkenntnis, keine rechtliche Würdigung erforderlich . . . | 64 |
| bb) Tatsachenkenntnis erfordert keine Kenntnis des Verbotsgesetzes . . . | 65 |
| cc) Anwendung auf Spielerklagen | 66 |
| c) Ergebnis | 67 |
| III. Verjährung möglicher deliktsrechtlicher Ansprüche | 68 |
| 1. Verjährungsfrist | 68 |
| 2. Verjährungsbeginn | 68 |
| a) Entstehung des Anspruchs | 68 |
| b) Kenntnis von den anspruchsbegründenden Umständen | 69 |
| c) Ergebnis | 70 |
| IV. Aufschub der Verjährung wegen unsicherer Rechtslage | 70 |
| 1. Ausgangspunkt: Verjährungsaufschub als Ausnahmefall | 71 |
| 2. Maßstab: Fehlende Überschaubarkeit für rechtskundigen Dritten | 71 |
| 3. Kriterien für den Verjährungsaufschub | 71 |
| a) Ungeklärte Rechtslage führt nicht zum Verjährungsaufschub | 71 |
| b) Unzumutbarkeit durch entgegenstehende BGH-Rechtsprechung | 72 |
| c) Unzumutbarkeit abgesehen von entgegenstehender BGH-Judikatur | 72 |
| 4. Anwendung auf Spielerklagen | 73 |
| 5. Ergebnis | 74 |
| V. Herausgabeanspruch nach Bereicherungsgrundsätzen (§ 852 BGB) | 74 |
| 1. Voraussetzungen und Rechtsfolgen des § 852 BGB | 74 |
| 2. Anwendung auf Spielerklagen | 75 |
| 3. Ergebnis | 76 |
| VI. Ergebnisse | 76 |
| | |
| Literaturverzeichnis | 79 |
| Sachregister | 83 |

A. Tatsächlicher und glücksspielrechtlicher Hintergrund

von Anatol Dutta und Christian Heinze

In einer steigenden Anzahl von Verfahren vor den deutschen Zivilgerichten nehmen Spieler, die vor der weiteren Liberalisierung des Glücksspielrechts im Jahr 2021 (→ S. 5) an Glücksspielen im Internet teilgenommen haben, Unternehmen, die solche Glücksspiele anbieten, auf Rückzahlung geleisteter Spieleinsätze in Anspruch.

Diese so genannten „Spielerklagen“ waren bisher unterschiedlich erfolgreich. Die Instanzgerichte sind sich zwar weitgehend einig, dass die Spielverträge wegen Verstoßes gegen die bisherigen Glücksspielstaatsverträge (→ S. 2 ff.) nach § 134 BGB unwirksam sind, obwohl die Glücksspielaufsicht bewusst das bisherige Glücksspielverbot im Internet nicht durchgesetzt und Verstöße der Unternehmen geduldet hat, wenn sich die Unternehmen bei ihrem Glücksspielangebot im Internet an bestimmte Vorgaben der Behörden gehalten haben (→ S. 8 ff.). Uneinigkeit besteht aber, ob etwaige bereicherungsrechtliche Ansprüche nach § 817 Satz 2 BGB gesperrt sind, weil – wenn überhaupt – auch die Spieler durch ihre Teilnahme am Glücksspiel im Internet gegen das Gesetz verstoßen haben (→ S. 23 ff.). Dagegen haben die Gerichte deliktische Schadensersatzansprüche der Spieler bisher nur vereinzelt bejaht (→ S. 33 ff. und 43 ff.), weil die Schutzgesetzqualität der in Rede stehenden Vorschriften zweifelhaft ist (→ S. 46 ff. zu § 4 Abs. 4 GlüStV 2012, → S. 55 f. zu § 284 StGB). Zudem ist die Existenz (→ S. 57 f.) und Zurechenbarkeit (→ S. 59 f.) eines möglichen Schadens unsicher. Bei der Verjährung greift sowohl für etwaige bereicherungsrechtliche wie für deliktische Ansprüche die dreijährige Regelverjährungsfrist nach §§ 195, 199 Abs. 1 BGB (→ S. 37 ff., 63 und 68), die mit der Zahlung des Spieleinsatzes zu laufen beginnt (→ S. 39 f., 64 ff., 68 ff., 70 ff.). Zu diesen zivilrechtlichen Aspekten der Spielerklagen wird in den folgenden Abschnitten Stellung genommen.

Die zivilgerichtlichen Auseinandersetzungen knüpfen *in tatsächlicher Hinsicht* an die Teilnahme an Glücksspielen im Internet über elektronische Endgeräte an, die auf eine Kasinosoftware zugreifen und für die Spieler virtuell Spielautomaten oder Tischspiele abbilden. Voraussetzung für die Teilnahme ist die Zahlung eines Spieleinsatzes, die der Spieler vor dem Spiel tätigt. Über den Erfolg im Spiel entscheidet neben der Geschicklichkeit und Strategie des Spielers ein Pseudozahlenzufallsgenerator, der mithilfe eines Algorithmus eine Zufälligkeit im Spiel – etwa im Hinblick auf die Reihenfolge der Karten im Kartenspiel – simuliert.

Träger der Unternehmen, die diese Glücksspiele im Internet anbieten, sind häufig Gesellschaften, die ihren Sitz in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union haben und nach ausländischem Recht errichtet wurden. Das Angebot ist indes auch von der Bundesrepublik aus abrufbar und die Spieler können auch in deutscher Sprache teilnehmen. Zum Teil haben die Unternehmen die Spieler zudem explizit darauf hingewiesen, dass die Teilnahme am Spiel nach dem innerstaatlichen Recht der Aufenthaltsstaaten der Spieler womöglich verboten ist. Die Unternehmen verfügen nach dem Recht ihrer Sitzmitgliedstaaten über Konzessionen für das von ihnen angebotene Glücksspiel.

Ob und inwieweit Online-Glücksspiele nach dem Recht der Bundesrepublik Deutschland *glücksspielrechtlich* zulässig sind, ist zwischen den beklagten Unternehmen und den klagenden Spielern umstritten, wobei sich die Rechtslage in den vergangenen fünfzehn Jahren sehr dynamisch entwickelt hat:

Nach § 284 StGB macht sich strafbar, wer „ohne behördliche Erlaubnis öffentlich ein Glücksspiel veranstaltet oder hält oder die Einrichtungen hierzu bereitstellt“ (Abs. 1) oder für ein öffentliches Glücksspiel wirbt (Abs. 2). Mit Strafe bedroht das deutsche Recht aber nicht nur die Anbieter, sondern auch die Spieler: Unter Strafe steht gemäß § 285 StGB auch die Beteiligung an einem öffentlichen Glücksspiel im Sinne des § 284 StGB.

Der Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland vom 30. Januar 2007, der am 1. Januar 2008 in Kraft trat (GlüStV 2008), verbot in § 4 Abs. 4 GlüStV 2008 erstmalig ausdrücklich das „Veranstalten und das Vermitteln öffentlicher Glücksspiele im Internet“. Ein öffentliches Glücksspiel lag nach § 3 Abs. 2 GlüStV 2008 vor, „wenn für einen größeren, nicht geschlossenen Personenkreis eine Teilnahmemöglichkeit besteht oder es sich um gewohnheitsmäßig veranstaltete Glücksspiele in Vereinen oder sonstigen geschlossenen Gesellschaften handelt“. Ein Glücksspiel setzte nach § 3 Abs. 1 GlüStV 2008 voraus, dass „im Rahmen eines Spiels für den Erwerb einer Gewinnchance ein Entgelt verlangt wird und die Entscheidung über den Gewinn ganz oder überwiegend vom Zufall abhängt“ (Satz 1), wobei eine „Entscheidung über den Gewinn in jedem Fall vom Zufall ab[hängt], wenn dafür der ungewisse Eintritt oder Ausgang zukünftiger Ereignisse maßgeblich ist“ (Satz 2).

Allerdings sind die auf Rückzahlung der verlorenen Spieleinsätze in Anspruch genommenen Unternehmen unter Rückgriff auf Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Union zur Unionsrechtswidrigkeit des deutschen Sportwettenmonopols¹ der Auffassung, dass auch dieses Verbot des Glücksspiels im Internet gegen Art. 56 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union und ihre Dienstleistungsfreiheit verstößt. Im Jahr 2017 hat das Bundesverwaltungsgericht – in den

¹ Vor allem in EuGH 8.9.2010 – verb. Rs. C-316/07, C-409/07, C-410/07, C-358/07, C-359/07 und C-360/07 (Markus Stoß, Avalon Service-Online-Dienste GmbH und Olaf Amadeus Wilhelm Happel gegen Wetteraukreis und Kulpa Automatenervice Asperg GmbH, SOBO Sport & Entertainment GmbH und Andreas Kunert gegen Land Baden-Württemberg), ECLI:EU:C:2010:504, Slg. 2010, I-8069.

Augen der Glücksspielindustrie: zu Unrecht² – indes entschieden, dass das Verbot von Glücksspielen im Internet mit dem Recht der Europäischen Union vereinbar ist³.

Im Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland vom 15. Dezember 2011, der am 1. Juli 2012 in Kraft trat (GlüStV 2012), behielten die Länder in § 4 Abs. 4 GlüStV 2012 das Verbot von Glücksspielen im Internet – mit Ausnahme von Lotterien und Sportwetten – bei, jedenfalls vordergründig im Wortlaut des Staatsvertrags.

Trotz dieses formal bestehenden Verbots von Glücksspielen im Internet haben die Länder nach dem Inkrafttreten des GlüStV 2012 dieses Verbot bewusst nicht vollzogen, auch nicht nach der eben erwähnten Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts aus dem Jahr 2017 (→ S. 2 f.). Zwar sahen die Glücksspielstaatsverträge bereits in § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 GlüStV 2008 und GlüStV 2012 vor, dass die Glücksspielaufsicht „die Veranstaltung, Durchführung und Vermittlung unerlaubter Glücksspiele und die Werbung hierfür untersagen“ kann, also auch öffentliche Glücksspiele im Internet, wie die Unternehmen sie angeboten haben und anbieten. Dieses Ermessen, Untersagungsverfügungen zu erlassen, haben die zuständigen Behörden der Glücksspielaufsicht allerdings jedenfalls nicht mehr gegenüber den auf Rückzahlung in Anspruch genommenen Unternehmen ausgeübt, nachdem Untersagungsverfügungen, die vor dem Inkrafttreten des GlüStV 2012 ergangen waren, vor den Verwaltungsgerichten keinen Bestand hatten⁴.

Im Gegenteil: Die Länder haben seit dem Inkrafttreten des GlüStV 2012 das Angebot von Glücksspielen im Internet und damit Verstöße gegen das Verbot bewusst geduldet, soweit die Unternehmen – wie die auf Rückzahlung in Anspruch genommenen Unternehmen – bestimmte Vorgaben einhielten, vor allem zur Eindämmung der Spielsucht, zum Jugendschutz und zum Schutz der Spieler, die drei zentralen Anliegen der deutschen Glücksspielregulierung (unten → S. 5). Die an Voraussetzungen geknüpfte bewusste Duldung von Verstößen gegen das Glücksspielverbot im Internet manifestiert sich konkret in folgenden Maßnahmen:

- Der GlüStV 2012 sah erstmals die Erteilung von Konzessionen vor, jedenfalls für Sportwetten (vgl. noch → S. 4 f.). Die meisten Unternehmen, die im Sportwettenmarkt tätig sind, bieten indessen auch weitere Arten von Glücksspielen im Internet an. Um diese Unternehmen nicht von der Einleitung der Konzessionsverfahren für Sportwetten abzuhalten, forderten die zuständigen Behörden von den Unternehmen in den bereits im Jahr 2012 initiierten Sportwettenkonzessionsverfahren die Abgabe von Erklärungen, in denen sich die Unternehmen verpflichteten, erst nach der Konzessionserteilung (und nicht bereits während des Konzessionsverfahrens) weder selbst noch durch verbundene Unternehmen unerlaubtes Glücksspiel in Deutschland zu veranstalten oder zu vermitteln. Jedenfalls während des Konzessionsverfahrens duldeten die Glücksspielbehörden mithin das bisherige

² So etwa auch *Kubiciel* NVwZ 2018, 841.

³ BVerwG 26.10.2017 – 8 C 18/16, NVwZ 2018, 895; BVerwG 26.10.2017 – 8 C 14/16, ZfWG 2018, 139.

⁴ Siehe etwa VGH Baden-Württemberg 8.9.2015 – 6 S 1426/14, GewA 2016, 247.

Angebot. Hintergrund dieser Duldung war offensichtlich die Befürchtung der deutschen Glücksspielverwaltung, dass ansonsten die großen Anbieter auf dem Sportwettenmarkt sich nicht am Konzessionsverfahren für Sportwetten beteiligen würden, wenn sie ihr anderes Glücksspielangebot im Internet aufgeben müssen. Selbiges galt auch mit Inkrafttreten des Staatsvertrags zur Neuregulierung des Glücksspielwesens in Deutschland vom 29. Oktober 2020, der am 1. Juli 2021 in Kraft getreten ist (GlüStV 2021). Der GlüStV 2021 sah ein neues Konzessionsverfahren vor, weil wegen rechtlicher Auseinandersetzungen vorher keine Sportwettenerlaubnisse erteilt werden konnten. So hat nach Aussage der anbietenden Unternehmen das Regierungspräsidium Darmstadt – das Land Hessen war bundesweit für die Erteilung dieser Konzessionen gemäß § 9a Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GlüStV 2012 bzw. § 27p Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 9a Abs. 1 Nr. 3 GlüStV 2021 zuständig – bei einer Informationsveranstaltung zum neuen Sportwettenkonzessionsverfahren im Jahr 2019 bestätigt, dass das Angebot von Glücksspiel im Internet sich nicht auf die Erteilung einer Sportwettenkonzession auswirkt.

- In einem Umlaufbeschluss aus dem Jahr 2020 verständigten sich die Länder kurz vor Erteilung der Sportwettenkonzessionen durch das Regierungspräsidium Darmstadt auf politischer Ebene endgültig darauf, auch im Hinblick auf die künftige Rechtslage das Verbot von Glücksspielen im Internet ab dem 15. Oktober 2020 unter bestimmten Voraussetzungen nicht mehr zu vollziehen⁵.
- Auch die Glücksspielverwaltung sah sich in der Folge an diesen Umlaufbeschluss gebunden. So haben die obersten Glücksspielaufsichtsbehörden der Länder in Vollzugsrichtlinien aus dem Jahr 2020 den Umlaufbeschluss aufgegriffen und konkretisiert, unter welchen Voraussetzungen das Verbot des Glücksspiels im Internet nicht mehr vollzogen wird⁶.
- Die erteilten Sportwettenkonzessionen nahmen demgemäß ausdrücklich auf den Umlaufbeschluss und die Vollzugsrichtlinien Bezug und enthielten einen Widerrufsvorbehalt, sollten die Unternehmen bei ihrem Glücksspielangebot im Internet gegen die Vorgaben des Beschlusses oder der Leitlinien verstoßen, also gegen deren Voraussetzungen für eine Duldung von Verstößen gegen das Glücksspielverbot im Internet. Die im Rahmen der Spielerklagen beklagten Unternehmen haben diese Vorgaben vollumfänglich erfüllt und ihr Glücksspielangebot angepasst.

Zwischen der Glücksspielverwaltung und der Glücksspielindustrie war umstritten, ob bereits die §§ 4a ff. GlüStV 2012 nicht nur die Erteilung einer Konzession für

⁵ Umlaufbeschluss der Chefinnen und Chefs der Staats- und Senatskanzleien der Länder vom 8.9.2020., <https://www.bayern.de/wp-content/uploads/2020/10/Umlaufbeschluss-Gluecksspiel.pdf> (Abruf am 7.7.2022).

⁶ Gemeinsame Leitlinien der obersten Glücksspielaufsichtsbehörden der Länder vom 30.9.2020 in Bezug auf Angebote von virtuellen Automatenpielen und Online-Poker auf Grundlage des Umlaufbeschlusses der Chefinnen und Chefs der Staats- und Senatskanzleien vom 8.9.2020., abrufbar unter https://innen.hessen.de/sites/innen.hessen.de/files/2021-06/2020-09-30_gemeinsame_leitlinien_bv_gluecksspiel.pdf (Abruf am 21.1.2023).

Sportwetten, sondern *auch für weitere Glücksspiele im Internet* ermöglichten. Jedenfalls hatten einige der von den Spielern nun auf Rückzahlung in Anspruch genommenen Unternehmen eine Konzession auch für ihr Internetglücksspielangebot beantragt, deren Erteilung die Glücksspielaufsichtsbehörden zunächst abgelehnt haben. Entsprechende Verpflichtungsklagen vor den Verwaltungsgerichten haben sich allerdings durch das Inkrafttreten des GlüStV 2021 am 1. Juli 2021 erledigt. Denn der neue Staatsvertrag sieht in § 4 Abs. 4 Satz 1 GlüStV 2021 ausdrücklich die Möglichkeit einer Erlaubniserteilung für bestimmte Glücksspiele im Internet vor. Ohne Erlaubnis bleibt das Veranlassen und das Vermitteln öffentlicher Glücksspiele im Internet nach § 4 Abs. 4 Satz 2 GlüStV 2021 weiterhin verboten. Die beklagten Unternehmen haben mittlerweile die Erteilung entsprechender behördlicher Erlaubnisse beantragt und die Erlaubnisse für einen Großteil des Marktes wurden inzwischen erteilt^{6a}.

Als *Ziele* der glücksspielrechtlichen Regulierung führt § 1 GlüStV 2008 bzw. § 1 Satz 1 GlüStV 2012 und GlüStV 2021 unter anderem an: das Entstehen von Glücksspielsucht und Wertsucht zu verhindern und die Voraussetzungen für eine wirksame Suchtbekämpfung zu schaffen (Nr. 1) sowie den Jugend- und den Spielerschutz zu gewährleisten (Nr. 3). Der bewusste Nichtvollzug des Glücksspielverbots (oben → S. 3) und die an bestimmte Voraussetzungen geknüpfte bewusste Duldung von Verstößen (oben → S. 3 f.) zeigen, dass auch nach Ansicht der Glücksspielaufsicht diese Ziele des öffentlichen Glücksspielrechts besser durch ein reguliertes Glücksspielangebot im Internet erreicht werden als durch ein vollständiges Verbot. Diese Annahme bestätigt auch die weitere Liberalisierung durch den GlüStV 2021, wonach bei Wahrung der bereits zuvor von der Glücksspielaufsicht aufgestellten Kriterien die Unternehmen Glücksspiele im Internet auch jenseits von Sportwetten anbieten dürfen (oben → S. 4 f.).

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, inwieweit – angenommen, dass das deutsche Glücksspielrecht nicht gegen Unionsrecht verstößt (oben → S. 2 f.) – die klagenden Spieler die bei Glücksspielen im Internet bezahlten Spieleinsätze von den Unternehmen zurück verlangen können.

Dabei ist zu unterstellen, dass eine *Zuständigkeit der deutschen Gerichte* für die Rückforderungsklagen besteht und auch *deutsches Recht kollisionsrechtlich maßgeblich* ist, nicht nur im Hinblick auf den skizzierten glücksspielrechtlichen Hintergrund⁷, sondern auch im Hinblick auf die vertraglichen sowie außervertraglichen Schuldverhältnisse zwischen den Spielern und den Unternehmen, aus denen sich die Rückforderungsansprüche womöglich ergeben⁸.

^{6a} Eine Übersicht über die erteilten Erlaubnisse findet sich unter <https://www.gluecksspiel-behoerde.de/de/uebersicht-gluecksspielanbieter/whitelist> (abgerufen am 27.12.2022).

⁷ Zur Anwendbarkeit des deutschen Glücksspielstrafrechts → S. 10 f. mit Fn. 23 und → S. 55 f.

⁸ Zur Maßgeblichkeit deutschen Privatrechts für etwaige Rückforderungsansprüche der Spieler → S. 7 mit Fn. 9 und → S. 33 mit Fn. 113.

B. Bereicherungs- und deliktsrechtliche Ansprüche – Grundlagen

von Anatol Dutta

I. Bereicherungsrechtliche Rückzahlungsansprüche?

Mögliche bereicherungsrechtliche Rückzahlungsansprüche sind denkbar, sofern das zwischen den Spielern und den Unternehmen vereinbarte Glücksspiel im Internet gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen haben sollte. In diesem Fall könnten die von den Spielern verlorenen Spieleinsätze womöglich im Wege der Leistungskondition gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB oder § 817 Satz 1 Fall 1 BGB zurückverlangt werden⁹. Demgegenüber scheiden Rückgewähransprüche wegen eines *Widerrufs des Spielvertrags* aus § 355 Abs. 3 Satz 1 BGB regelmäßig aus: Insbesondere besteht, selbst

⁹ Freilich vorausgesetzt (oben → S. 5), dass das deutsche Bereicherungsrecht kollisionsrechtlich überhaupt anwendbar ist, was wegen des ausländischen Sitzes der anbietenden Unternehmen keine Selbstverständlichkeit ist. Dennoch spricht Einiges für die Maßgeblichkeit deutschen Rechts für etwaige Bereicherungsansprüche der Spieler: Da § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB eine Folge der Nichtigkeit des Spielvertrags (unten → S. 8 ff.) wäre, ist insoweit deutsches Recht wegen Art. 12 Abs. 1 lit. e Rom-I-VO nur anwendbar, wenn auch die Spielverträge nach Art. 3 ff. Rom-I-VO deutschem Recht unterliegen. Hierfür entscheidend dürfte wegen Art. 6 Abs. 1 Rom-I-VO (bei Fehlen einer Rechtswahl im Spielvertrag, so dass eigentlich nach Art. 4 Abs. 1 lit. b Rom-I-VO das Recht am Sitz der anbietenden Unternehmen maßgeblich wäre) und Art. 6 Abs. 2 Satz 2 Rom-I-VO (bei einer Rechtswahl zugunsten des Rechts eines anderen Staates nach Art. 3 Rom-I-VO) die Frage sein, ob die Spieler die Spielverträge als Verbraucher abgeschlossen haben. Dann wäre das (zwingende) Recht am gewöhnlichen Aufenthalt der Spieler – also vorliegend deutsches Recht – maßgeblich. Jedenfalls für Zwecke des europäischen Zuständigkeitsrechts hat der Gerichtshof der Europäischen Union auch bei „professionellen“ Spielern einer Verbrauchereigenschaft nicht ausgeschlossen, siehe EuGH 10.12.2020 – Rs. C-774/19 (A.B., B.B. gegen Personal Exchange International Limited), ECLI: EU:C:2020:1015. Auch für einen Anspruch aus § 817 Satz 1 Fall 1 BGB dürfte das auf den Schuldvertrag anwendbare Recht maßgeblich sein, also nach dem eben Gesagten regelmäßig das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Spielers, soweit dieser als Verbraucher den Spielvertrag abgeschlossen hat. Art. 10 Abs. 1 Rom-II-VO knüpft die Bereicherungshaftung akzessorisch an das Recht an, das auf ein zwischen den Parteien bestehendes Rechtsverhältnis anwendbar ist, wenn dieses Schuldverhältnis eine enge Verbindung mit der ungerechtfertigten Bereicherung aufweist. Da § 817 Satz 1 BGB an den Verstoß des Leistungsempfängers gegen ein gesetzliches Verbot anknüpft und die Leistung vorliegend im Rahmen des Spielvertrags erfolgt, liegen die Voraussetzungen für eine akzessorische Anknüpfung nach Art. 10 Abs. 1 Rom-II-VO vor. Dagegen dürfte es wohl zu weit gehen, die Konditionssperre des § 817 Satz 2 BGB als Eingriffsnorm zu qualifizieren und gesondert nach Art. 9 Rom-I-VO anzuknüpfen; dies aber nicht ausschließend *M. Weller* GewArch 2014, 130 (137f.).

soweit die Spieler als Verbraucher handeln¹⁰, kein Widerrufsrecht nach § 312g Abs. 1 BGB; ein solches Widerrufsrecht ist bei Verträgen zur Erbringung von Wettdienstleistungen im Internet ausgeschlossen (vgl. § 312g Abs. 2 Nr. 12 BGB), worunter auch die von den Unternehmen angebotenen Glücksspiele fallen dürften¹¹.

Voraussetzung für Bereicherungsansprüche der Spieler gegen die Unternehmen aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB wäre, dass der Vertrag zwischen den Spielern und Unternehmen unwirksam ist. Nur dann wäre die Leistung der Spieleinsätze rechtsgrundlos erfolgt, weil der mit der Leistung der Einsätze verfolgte Zweck nicht erreicht wurde. Der Leistungszweck der Spieler bei der Zahlung der Spieleinsätze war freilich nicht auf die *Erfüllung einer Verbindlichkeit* aus den Spielverträgen gerichtet¹². Der Abschluss eines Spielvertrags kann wegen § 762 Abs. 1 Satz 1 BGB (zu dessen Anwendbarkeit auf Glücksspiel im Internet noch sogleich → S. 14 mit Fn. 42) keine Pflicht zur Leistung der Spieleinsätze schaffen. Angesichts einer fehlenden staatlichen Genehmigung des Glücksspiels im Internet durch deutsche Behörden – die Unternehmen verfügen, wie bereits erwähnt, über Glücksspielkonzessionen ihrer Sitzmitgliedstaaten (→ S. 2) – konnte auch § 763 Satz 1 BGB die Spielverträge¹³ nicht verbindlich machen. Vielmehr war leistungskondiktionsrelevanter Zweck der Zahlung des Spieleinsatzes die *Schaffung eines Rechtsgrunds zum Behaltendürfen*, der gemäß § 762 Abs. 1 Satz 2 BGB der Vermögensverschiebung bedarf. Dieser Leistungszweck wäre nicht erreicht worden, wenn den Spielverträgen ein Wirksamkeitshindernis entgegensteht, so dass bei den in Anspruch genommenen Unternehmen – anders als bezweckt – kein Rechtsgrund zum Behaltendürfen nach § 762 Abs. 1 Satz 2 BGB entstanden ist (→ S. 14).

1. Unwirksamkeit der Spielverträge nach § 134 BGB wegen Verstößes gegen ein Verbotsgesetz?

In Betracht kommen dürfte vorliegend allenfalls eine Unwirksamkeit der Spielverträge nach § 134 BGB, wenn die Verträge zwischen den Spielern und Unternehmen über Glücksspiel im Internet gegen ein gesetzliches Verbot verstießen¹⁴. Spielverträge, die eine glücksspielrechtliche Erlaubnis deckt, sind dagegen in jedem Fall wirk-

¹⁰ Vgl. die Diskussion in der vorigen Fn. 9.

¹¹ Näher LG Wuppertal 20.10.2021 – 17 O 182/21, S. 2; LG Mosbach 8.10.2021 – 2 O 342/20, S. 9; LG Memmingen 23.11.2021 – 24 O 4/21, S. 11.

¹² Anders *Kemper*, Verbotenes Online-Glücksspiel und verbotene Zahlungen, 2022, 186.

¹³ Zur Anwendung dieser Vorschrift auf alle Spielverträge jenseits von Lotterie- und Ausspielverträgen BGH 29.9.1998 – XI ZR 334/97, NJW 1999, 54 (55).

¹⁴ Soweit eine Unwirksamkeit nach § 134 BGB zu verneinen ist, dürfe auch eine Sittenwidrigkeit der Spielverträge nach § 138 Abs. 1 BGB ausscheiden: Jenseits des Verbots von Glücksspielen im Internet sind keine gesetzlichen Wertungen (vgl. BVerfG 15.1.1958 – 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198 [206]) erkennbar, die einen objektiven Sittenverstoß begründen könnten. Zu Fällen von pathologischer Spielsucht und einer etwaigen Unwirksamkeit der Spielverträge wegen Geschäftsunfähigkeit unten → S. 26, 32, 36, 47.

sam¹⁵ und die aus ihnen entspringenden Rechte und Pflichten sogar nach § 763 Satz 1 BGB einklagbar (→ S. 8, 14).

Bisher haben die *Gerichte* bei Spielerklagen in der Regel ohne Weiteres eine Unwirksamkeit der Spielverträge nach § 134 BGB wegen eines Verstoßes gegen das Glücksspielverbot im Internet *bejaht*¹⁶, wobei der BGH jedenfalls eine Nichtigkeit der Autorisierung einer Zahlung des Spielers nach § 134 BGB trotz eines Verstoßes gegen das Glücksspielverbot kürzlich abgelehnt hat^{16a}. Diese Annahme einer Nichtigkeit der Spielverträge nach § 134 BGB ist allerdings nicht unproblematisch, und zwar selbst dann, wenn – wie hier unterstellt (→ S. 2 f.) – das Glücksspielverbot im Internet *unionsrechtskonform* ist. Nimmt man dagegen – wie die anbietenden Unternehmen – an, dass das deutsche Glücksspielverbot im Internet das Recht der Europäischen Union verletzt, dann sind die betreffenden Vorschriften des innerstaatlichen deutschen Rechts nach dem Vorrang des Unionsrechts vor dem mitgliedstaatlichen Recht nicht anwendbar und können damit auch im Rahmen des § 134 BGB keine Verbotsgesetze darstellen¹⁷.

Vor allem *drei Einwände* gegen eine Unwirksamkeit der Spielverträge nach § 134 BGB kommen in Betracht, mit denen sich die mit Spielerklagen befassten Instanzgerichte bisher noch nicht hinreichend auseinandergesetzt haben:

¹⁵ Hendricks/Lüder VuR 2021, 333 (339); so wohl auch Staudinger/Schönenberg-Wessel, 2021, § 762 BGB Rn. 44a.

¹⁶ Etwa OLG Hamm 12.11.2021 – I-12 W 13/21, S. 5; OLG Frankfurt a.M. 8.4.2022 – 23 U 55/21, S. 14; LG Duisburg 19.10.2016 – 3 O 373/14, S. 6 (jedenfalls wenn kein Verstoß des Verbots gegen Unionsrecht); LG Berlin 6.4.2020 – 23 T 1/20, S. 3; LG Traunstein 1.10.2020 – 2 O 3808/19, S. 3; LG Freiburg 14.10.2020 – 14 O 122/20, S. 4; LG Freiburg 10.12.2021 – 2 O 518/20, S. 10; LG Bremen 19.11.2020 – 6 O 1439/20, S. 2; LG Frankenthal 9.12.2021 – 3 O 374/20, S. 5 f.; LG Meiningen 26.1.2021 – 2 O 616/20, S. 6; LG Aachen 13.7.2021 – 8 O 582/20, S. 6; LG Mainz 14.7.2021 – 9 O 65/20, S. 10; LG Gießen 21.1.2021 – 4 O 84/20, BeckRS 2021, 7521, Rn. 18; LG Bochum 10.3.2021 – I-6 O 369/20, S. 2 f.; LG München I 13.4.2021 – 8 O 16058/20, ZfWG 2021, 324 (325); AG Euskirchen 31.5.2021 – 13 C 158/21, S. 5; LG Coburg 1.6.2021 – 23 O 416/20, S. 14; LG Nürnberg-Fürth 14.6.2021 – 19 O 6690/20, S. 4; LG Hamburg 5.7.2021 – 319 O 27/21, S. 3; LG Hamburg 12.1.2022 – 319 O 85/21, S. 8; LG Paderborn 14.7.2021 – 4 O 323/20, S. 11 f.; LG München I 26.7.2021 – 31 O 16477/20, S. 5 f.; LG Düsseldorf 30.7.2021 – 2b O 154/20, S. 5; LG Waldshut-Tiengen 3.8.2021 – 2 O 296/20, S. 8 f.; LG Paderborn 24.9.2021 – 4 O 424/20, S. 11, 12; LG Gießen 27.9.2021 – 2 O 227/20, S. 4; LG Köln 19.10.2021 – 16 O 614/20, BeckRS 2021, 32804, Rn. 45 ff.; LG Landshut 8.10.2021 – 75 O 1849/20, S. 7 (zu Sportwetten); LG Bonn 30.11.2021 – 5 S 70/21, S. 6 f.; LG Mönchengladbach 3.12.2021 – 2 O 54/21, S. 10 ff.; LG Verden 7.1.2022 – 4 O 254/21, S. 7; LG Trier 26.7.2022 – 4 O 278/21, S. 5; LG Mosbach 8.10.2021 – 2 O 342/20, S. 6; LG Hanau 7.12.2021 – 9 O 168/21, S. 4; vgl. auch bereits BGH 30.7.1968 – 1 StR 260/68, MDR 1968, 938 (938); OLG Köln OLGZ 392 (394).

^{16a} BGH 13.9.2022 – XI ZR 515/21, Rn. 8 ff.

¹⁷ So auch LG München I 13.4.2021 – 8 O 16058/20, ZfWG 2021, 324 (325); LG München II 19.8.2021 – 9 O 5322/20, S. 5; vgl. auch LG Bochum 15.7.2011 – 5 S 16/11, BeckRS 2011, 145017, Rn. 25 (zur Wettvermittlung); LG Nürnberg-Fürth 19.11.2020 – 2 O 3169/20, S. 2 f. (zu Sportwetten); vgl. auch OLG Frankfurt a.M. 8.4.2022 – 23 U 55/21, S. 14.

a) Nicht immer beiderseitiger Verstoß gegen ein Verbotsgesetz

Zunächst werden nicht bei jedem Abschluss eines Vertrags über Glücksspiel im Internet sowohl die Unternehmen als auch die Spieler gegen ein Verbotsgesetz verstoßen haben¹⁸.

Einen solchen *beiderseitigen Verstoß* gegen ein Verbotsgesetz bei Verträgen als beiderseitigen Rechtsgeschäften fordern für eine Anwendung des § 134 BGB allerdings prinzipiell nicht nur die Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch¹⁹, sondern auch die Rechtsprechung: Es ist grundsätzlich für eine Nichtigkeit des Vertrags erforderlich, dass jede der Parteien gegen ein Verbotsgesetz verstößt²⁰.

Zwar wird man bei den Spielerklagen *aufseiten der anbietenden Unternehmen* – jedenfalls bei isolierter Betrachtung des Glücksspielverbots im Internet und ohne Berücksichtigung des regulatorischen Kontextes (siehe noch sogleich → S. 15 ff.) – einen Verstoß der Verträge gegen ein gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB kaum verneinen können. Bei § 4 Abs. 4 GlüStV 2008 und GlüStV 2012 sowie § 4 Abs. 4 Satz 2 GlüStV 2021 (oben → S. 2 ff.) handelt es sich grundsätzlich um ein taugliches Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB²¹. Die Glücksspielstaatsverträge sind Verträge der Länder, die durch die Zustimmung der Landesgesetzgeber – etwa des jeweiligen Landtags – den Rang eines Landesgesetzes erlangen. Dass auch Vorschriften des Landesrechts Verbotsgesetze nach § 134 BGB sein können, ist anerkannt²². Dass diese Verbote mit dem Unionsrecht vereinbar sind, wird, wie bereits betont, unterstellt, auch wenn hieran aus Sicht der Unternehmen Zweifel bestehen (oben → S. 2 f.). Aufseiten der Unternehmen liegt danach die Verletzung eines glücksspielstaatsvertraglichen Verbots vor, neben dem die §§ 284 ff. StGB²³ lediglich eine ergänzende Wirkung

¹⁸ So etwa auch LG Nürnberg-Fürth 19.11.2020 – 2 O 3169/20, S. 3 (zu Sportwetten).

¹⁹ Motive zum BGB I S. 210 [= *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. I, 1899, S. 468]: „Anders liegen meist die Fälle, in welchen bei einem Verträge das Verbot nur den einen Theil trifft; der Regel nach wird anzunehmen sein, daß der Vertrag als solcher nicht ungültig ist“.

²⁰ Siehe etwa BGH 16.4.1996 – XI ZR 138/95, NJW 1996, 1812 (1813) = BGHZ 132, 312: „Ein strafbewehrtes Verbot i. S. des § 134 BGB erstreckt sich auf ein Rechtsgeschäft als ganzes grundsätzlich nur dann, wenn der Straftatbestand von beiden Vertragsparteien objektiv und subjektiv verwirklicht wird“; aus der jüngeren Rechtsprechung: BGH 1.10.2020 – IX ZR 247/19, NJW 2021, 234 (236): „Richtet sich das gesetzliche Verbot – wie vorliegend – nur gegen eine Partei, kann regelmäßig angenommen werden, das verbotswidrige Geschäft solle Wirkungen entfalten [...]. Verletzt nur eine der Vertragsparteien durch den Abschluss eines Vertrags ein gesetzliches Verbot, ist der Vertrag in der Regel gültig“; ebenso BGH 22.7.2021 – IX ZR 26/20, NJW-RR 2021, 1350 (1352).

²¹ Etwa Staudinger/Schönenberg-Wessel, 2021, § 762 BGB Rn. 44a; BeckOGK/Vossler, § 134 BGB Rn. 219 (Stand: 1.9.2022); vgl. auch die in Fn. 16 genannten Entscheidungen der Instanzgerichte.

²² BGH 17.1.2003 – V ZR 127/02, NJOZ 2003, 842 (847): „Auch eine Vorschrift des Landesrechts kann ein Verbotsgesetz i. S. von § 134 BGB darstellen“.

²³ Die Maßgeblichkeit des deutschen Glücksspielstrafrechts ist freilich durchaus zweifelhaft, vor allem was die Anwendbarkeit der §§ 284 ff. StGB auf Glücksspielangebote im Internet durch Unternehmen mit Sitz im Ausland anbelangt (siehe hierzu noch → S. 55 f.). So hat der BGH im Jahr 2014 entschieden, dass bei abstrakten Gefährdungsdelikten – und um solche handelt es sich bei §§ 284 ff. StGB ausschließlich, so jedenfalls die herrschende Meinung, siehe etwa Schönke/Schröder/Heine/Hecker, 30. Aufl. 2019, § 284 StGB Rn. 5 – allein der Handlungsort des Täters nach § 9 Abs. 1 Fall 1 StGB maßgeblich ist und eine Inlandstat nicht über den Erfolgsort nach § 9 Abs. 1 Fall 3 oder Fall 4

als eigenständiges Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB entfalten dürften²⁴. Das Glücksspielstrafrecht knüpft an die „behördliche Erlaubnis“ an und ist damit „verwaltungsakzessorisch ausgestaltet“²⁵. Die Vorschriften der §§ 284 ff. StGB beschränken sich damit bei den anbietenden Unternehmen weitgehend darauf, einen Verstoß gegen das Verbot in § 4 Abs. 4 GlüStV 2008 und GlüStV 2012 sowie in § 4 Abs. 4 Satz 2 GlüStV 2021 auf bundesrechtlicher Ebene zu kriminalisieren, ohne das Verbot des Glücksspiels im Internet inhaltlich zu modifizieren.

Auch *verstießen die Unternehmen*, soweit sie über keine entsprechende glücksspielrechtliche Erlaubnis durch deutsche Behörden verfügten, mit dem Abschluss von Verträgen über Glücksspiel im Internet gegen den Wortlaut des § 4 Abs. 4 GlüStV 2008 und GlüStV 2012 sowie § 4 Abs. 4 Satz 2 GlüStV 2021 bzw. gegen § 284 Abs. 1, 4 StGB, jedenfalls soweit man diese Vorschriften isoliert betrachtet und den behördlichen Nichtvollzug und die Duldung von Verstößen gegen das Glücksspielverbot im Internet ausblendet (dazu sogleich → S. 15 ff.). Ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot nach § 134 BGB setzt voraus, dass die betreffende Norm „den Inhalt oder die Umstände des Zustandekommens eines Rechtsgeschäfts untersag[t] und infolgedessen das Rechtsgeschäft als solches missbillig[t]“²⁶. Zwar wird der Spielvertrag in den erwähnten Vorschriften nicht ausdrücklich genannt. Das Veranlassen und Vermitteln von bzw. die Teilnahme an Glücksspielen im Internet setzt jedoch eine Einigung zwischen Spielern und anbietenden Unternehmen über diese Form des Glücksspiels und damit einen Spielvertrag voraus, der damit als Rechtsgeschäft ebenfalls vom Verbot erfasst ist.

Zweifelhaft ist allerdings, ob *auch die Spieler* mit dem Abschluss von Verträgen über Glücksspiel im Internet gegen ein gesetzliches Verbot verstießen, soweit sie im Hinblick auf die glücksspielrechtliche Zulässigkeit der von ihnen durchgeführten Glücksspiele im Internet gutgläubig waren. Die Verbote in § 4 Abs. 4 GlüStV 2008 und GlüStV 2012 sowie § 4 Abs. 4 Satz 2 GlüStV 2021 bzw. in § 284 Abs. 1, 4 StGB richten sich nur an die anbietenden Unternehmen²⁷. Allerdings erweitert das Glücks-

StGB begründet werden kann (BGH 19.8.2014 – 3 StR 88/14, NStZ 2015, 81 [82]). Deshalb dürfte bei einem über das Internet vom Ausland aus angebotenen Glücksspiel sich auch der Spieler nicht nach § 285 StGB strafbar machen. § 285 StGB knüpft bereits tatbestandlich an die Teilnahme an ein nach § 284 StGB strafbares öffentliches Glücksspiel an. Die erst zum 1.1.2021 in Kraft getretenen Änderungen des § 5 StGB betreffen nicht § 284 StGB.

²⁴ Vgl. BeckOGK/Vossler, § 134 BGB Rn. 219, 354 (Stand: 1.9.2022).

²⁵ Etwa BGH 27.2.2020 – 3 StR 327/19, NJW 2020, 2282.

²⁶ Staudinger/Seibl/Fischinger/Hengstberger, 2021, § 134 BGB Rn. 49.

²⁷ Allenfalls kommt – worauf Kemper (Fn. 12) S. 191 ff. hinweist – ein Verstoß der Spieler gegen das Verbot an der „Mitwirkung an Zahlungen im Zusammenhang mit unerlaubtem Glücksspiel“ nach § 4 Abs. 1 Satz 2 Fall 2 GlüStV 2012 und GlüStV 2021 in Betracht; dieser Verstoß ist jedoch regelmäßig dem Abschluss des konkreten Spielvertrags vorgelagert und wird allenfalls erfüllt, wenn der Spieler Einzahlungen auf sein Spielkonto leistet. Vor allem richtet sich dieses Mitwirkungsverbot gegen die Zahlung als solches, nicht aber die Partizipation am Spiel und den Spieleinsatz; nicht differenzierend dagegen wohl OLG Frankfurt a. M. 8.4.2022 – 23 U 55/21, S. 15 f. Mittlerweile hat der BGH allerdings § 4 Abs. 1 Satz 2 Fall 2 GlüStV 2012 als einseitig an den Zahlungsdienstleister

spielstrafrecht das Verbot des Glücksspiels im Internet im Hinblick auf den Adressatenkreis: So verbietet etwa das Glücksspielstrafrecht in § 285 StGB auch die Beteiligung an einem solchen verbotenen Glücksspiel – und nicht lediglich das Veranstalten und Vermitteln des Glücksspiels. Insoweit verändert das Strafrecht allerdings nur den persönlichen Anwendungsbereich des Glücksspielverbots, setzt aber voraus, dass das betreffende Glücksspiel als solches glücksspielrechtlich verboten ist. Voraussetzung für einen Verstoß der Spieler gegen § 285 StGB ist allerdings, dass die Spieler *auch (bedingt) vorsätzlich* gehandelt, also die fehlende glücksspielrechtliche Zulässigkeit des vereinbarten Glücksspiels im Internet jedenfalls billigend in Kauf genommen haben²⁸. Diese subjektiven Merkmale des potentiellen Verbotsgesetzes müssen die Zivilgerichte bei der Wirksamkeitskontrolle des Rechtsgeschäfts prüfen, anders als es die meisten Instanzgerichte bisher bei den Spielerklagen getan haben²⁹; beim Verstoß gegen Strafgesetze setzt § 134 BGB für eine Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts voraus, dass auch deren subjektiver Tatbestand verwirklicht wurde³⁰.

Einen solchen – und sei es auch nur bedingten – *Vorsatz der Spieler* im Hinblick auf den Verstoß gegen das Glücksspielverbot im Internet haben allerdings einzelne Instanzgerichte jedenfalls implizit bei der Prüfung des § 817 Satz 2 BGB (dazu noch unten → S. 25 f. mit Fn. 81) abgelehnt, indem sie zu dem Schluss gekommen sind, dass sich die Spieler nicht einmal leichtfertig dem Verbotswidrigen ihres Handelns verschlossen haben³¹. Die Implikationen für die vorgelagerte Frage der Wirksamkeit der Spielverträge nach § 134 BGB und das grundsätzliche Erfordernis eines beiderseitigen Verstoßes gegen das Verbotsgesetz haben sie dabei nicht problematisiert.

Bei einer *Gutgläubigkeit der Spieler* im Hinblick auf die Zulässigkeit des Glücksspiels liegt allerdings bereits kein Verstoß gegen § 285 StGB vor. Ein beiderseitiger Verstoß der Parteien gegen ein gesetzliches Verbot scheidet aus und damit grundsätzlich auch eine Unwirksamkeit nach § 134 BGB (oben → S. 10).

Die Wirksamkeit eines Vertrags, bei dem nur eine Partei gegen ein Verbot verstößt, da die andere nicht vorsätzlich handelt, ist kein Novum: Zu einer Wirksamkeit des Vertrags trotz § 134 BGB ist der BGH auch bei anderen Verstößen gegen Strafgesetze gekommen, wenn eine der Vertragsparteien nicht vorsätzlich gehandelt hat³².

Eine Unwirksamkeit der Spielverträge nach § 134 BGB kommt damit grundsätzlich nur in Betracht, wenn auch *die Spieler vorsätzlich* gegen § 285 StGB verstoßen

(und nicht den Zahlungsdienstnutzer) gerichtetes Verbot qualifiziert, siehe BGH 13.9.2022 – XI ZR 515/21, Rn. 13, so dass ein Verstoß der Spieler nicht in Betracht kommt.

²⁸ Vgl. nur Münch. Komm. StGB/Hohmann/Schreiner, 4. Aufl. 2022, § 285 StGB Rn. 13.

²⁹ Vgl. die Nachweis oben in Fn. 16.

³⁰ Siehe Nachweis oben in Fn. 20.

³¹ Siehe die Nachweise unten in Fn. 81 am Ende.

³² BGH 10.6.2020 – 5 StR 435/19, BeckRS 2020, 15826, Rn. 26: „Zwar sind Strafvorschriften – wie hier im Fall 1 die Straftatbestände der Untreue (§ 266 StGB) und des Bankrotts (§ 283 StGB) – im Zweifel Verbotsgesetze im Sinne des § 134 BGB [...]. Jedoch hat der Verstoß gegen ein Verbotsgesetz regelmäßig die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts nur dann zur Folge, wenn beide Vertragsparteien gegen das Verbot verstoßen, was hier angesichts der Gutgläubigkeit der Mieter nicht der Fall war“.

haben, also den Verstoß gegen die Vorschriften des Glücksspielstaatsvertrags beim Abschluss der Spielverträge billigend in Kauf genommen haben.

Freilich lässt die Rechtsprechung *in Ausnahmefällen* einen einseitigen Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot für die Unwirksamkeit eines Vertrags nach § 134 BGB genügen, wobei sich die Instanzgerichte bei den Spielerklagen bisher noch nicht näher mit diesen Ausnahmen auseinandergesetzt haben³³. Voraussetzung wäre, dass es mit dem Sinn und Zweck des Verbotsgesetzes nicht vereinbar ist, die durch den Vertrag geschaffene Regelung aufrecht zu erhalten³⁴. Diese Anforderungen dürften jedoch bei den Spielerklagen nicht erfüllt sein³⁵. Denn selbst bei einem beiderseitigen Verstoß – also auch bei einem vorsätzlichen Verstoß der Spieler gegen § 285 StGB – ist die Nichtigkeitssanktion nach dem Normzweck des Glücksspielverbots nicht zwingend, wie im folgenden Abschnitt dargelegt werden soll.

b) Nichtigkeitssanktion dient nicht zwingend dem Normzweck des Verbotsgesetzes

Ferner ließe sich überlegen, ob selbst bei einem – für § 134 BGB grundsätzlich erforderlichen (soeben → S. 10) – beiderseitigen Verstoß gegen das Glücksspielverbot im Internet in § 4 Abs. 4 GlüStV 2008 und GlüStV 2012 sowie § 4 Abs. 4 Satz 2 GlüStV 2021 bzw. in §§ 284 ff. StGB wirklich zwingend die Nichtigkeitssanktion des § 134 BGB greift.

Die Unwirksamkeit des gegen ein gesetzliches Verbot verstoßenden Rechtsgeschäfts steht bei § 134 BGB unter einem *Normzweckvorbehalt* („wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt“). Fraglich ist jedoch, ob bei Verträgen über Glücksspiel im Internet die Nichtigkeit des Spielvertrags dem Sinn und Zweck des verletzten Verbotsgesetzes dient³⁶, wie das jedenfalls die neuere Rechtsprechung für eine Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts zur Wahrung des Normzweckvorbehalts in § 134 BGB fordert³⁷ und dieses Wirksamkeitshindernis auf diese Weise zu einer verkappeten Generalklausel ausbaut³⁸. Angesichts der „inflationartige[n] Vermehrung gesetzlicher Verbote [...], die bis heute das Rechtsleben bestimmt“³⁹, kann nicht jeder

³³ Vgl. die Nachweis oben in Fn. 16.

³⁴ BGH 25.9.2014 – IX ZR 25/14, NJW 2014, 3568 (3569): „Betrifft das gesetzliche Verbot nur einen Vertragspartner, so hat dies im Regelfall nicht die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts zur Folge; anderes gilt aber, wenn es mit dem Sinn und Zweck des Verbotsgesetzes nicht vereinbar wäre, die durch das Rechtsgeschäft getroffene rechtliche Regelung hinzunehmen und bestehen zu lassen, und hieraus die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts gefolgert werden muss“; vgl. auch bereits Motive zum BGB I S. 210 [= *Mugdan* (Fn. 19) S. 468].

³⁵ So offenbar auch LG Nürnberg-Fürth 19.11.2020 – 2 O 3169/20, S. 3 (zu Sportwetten).

³⁶ Ausdrücklich bejahend LG Waldshut-Tiengen 3.8.2021 – 2 O 296/20, S. 12.

³⁷ Etwa BGH 25.9.2014 – IX ZR 25/14, NJW 2014, 3568 (3569); BGH 21.10.2010 – IX ZR 48/10, NJW 2011, 373 (374); BGH 25.2.1999 – IX ZR 384/97, NJW 1999, 1715 (1717) = BGHZ 141, 69; vgl. auch sogar strenger BGH 31.5.1990 – VII ZR 336/89, NJW 1990, 2542 (2543) = BGHZ 111, 308: „sich nur durch die Nichtigkeit der verbotenen Geschäfte die verfolgten Zwecke erreichen ließen“.

³⁸ Zu Recht von § 134 BGB als einer „weit gefaßte[n] Generalklausel“ spricht etwa *H. H. Seiler*, GS für Wolfgang Martens, 1987, S. 719 (729).

³⁹ *H. H. Seiler* GS für Wolfgang Martens, 1987, S. 719 (725).

Verstoß eines Rechtsgeschäfts gegen ein Verbot diesem privatrechtlich die von den Beteiligten gewollten Wirkungen nehmen. Vielmehr kommt es darauf an, ob die durch das Rechtsgeschäft verletzte Verbotsnorm wirklich eine Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts erfordert oder – im Falle eines Vertrags – wenigstens zwischen den Parteien die privatrechtlichen Folgen des verbotswidrigen, aber wirksamen Vertrags akzeptieren kann.

Dem expliziten Ziel des Glücksspielrechts, die Spiel- und Wetsucht zu bekämpfen und den Spielerschutz⁴⁰ zu gewährleisten (oben → S. 5), wird nicht zwangsläufig mehr gedient, wenn bei einem Verstoß gegen das Glücksspielverbot im Internet nicht nur die öffentlichrechtlichen und strafrechtlichen Sanktionen greifen, sondern auch die zugrunde liegenden Spielverträge *privatrechtlich unwirksam* sind⁴¹. Denn die konkreten Rechtsfolgen einer solchen Unwirksamkeit würden nicht zur Erfüllung des Zwecks des Glücksspielverbots im Internet beitragen:

Zunächst kreieren Verträge über Glücksspiel im Internet, selbst wenn ihnen kein Wirksamkeitshindernis entgegensteht, ohnehin nach § 762 Abs. 1 Satz 1 BGB als Verträge über ein Spiel⁴² *keine Leistungspflichten* zwischen den Parteien, jenseits des § 763 Satz 1 BGB (oben → S. 8).

Allenfalls würde die Nichtigkeitssanktion des § 134 BGB dafür sorgen, dass der Spielvertrag nach § 762 Abs. 1 Satz 2 BGB *keinen Rechtsgrund zum Behaltendürfen* für das aus den wechselseitig erbrachten Leistungen Erlangte schafft⁴³. Deshalb könnte man auf den ersten Blick meinen, dass die Verweigerung eines Ausschlusses der Rückforderung dem Sinn und Zweck des Glücksspielverbots im Internet isoliert betrachtet entsprechen würde. Allerdings wird bei einer Unwirksamkeit des Spielvertrags nach § 134 BGB regelmäßig auch eine Leistungskondition nach § 817 Satz 2 BGB ausge-

⁴⁰ Den ebenfalls vom Glücksspielrecht bezweckten Jugendschutz (oben → S. 5) dürfte im Hinblick auf Spielvertrag bereits ausreichend das bürgerlichrechtliche Minderjährigenrecht wahren, vgl. noch → S. 52 f.

⁴¹ Vgl. auch LG Nürnberg-Fürth 19.11.2020 – 2 O 3169/20, S. 3 (zu Sportwetten); OLG Frankfurt a. M. 8.4.2022 – 23 U 55/21, S. 20.

⁴² Auch wenn der Erfolg beim Glücksspiel im Internet – und damit das Pflichtenprogramm der Parteien – lediglich vom digital simulierten und nicht vom wirklichen Zufall abhängt; für einen aleatorischen Charakter im Sinne des § 762 Abs. 1 Satz 1 BGB reicht die Abhängigkeit von der subjektiven Ungewissheit aus, vgl. Münch. Komm. BGB/*Habersack*, 8. Aufl. 2020, § 762 BGB Rn. 4. Auch *Kemper* (Fn. 12) S. 158 f. geht von einer Anwendbarkeit des § 762 Abs. 1 Satz 1 BGB auf Glücksspiel im Internet aus.

⁴³ LG Traunstein 1.10.2020 – 2 O 3808/19, S. 3; LG Freiburg 14.10.2020 – 14 O 122/20, S. 5; LG Bremen 19.11.2020 – 6 O 1439/20, S. 3; LG Meiningen 26.1.2021 – 2 O 616/20, S. 7 f.; LG Coburg 1.6.2021 – 23 O 416/20, S. 17; LG Hamburg 5.7.2021 – 319 O 27/21, S. 3; LG Aachen 13.7.2021 – 8 O 582/20, S. 7; LG Mainz 14.7.2021 – 9 O 65/20, S. 15; LG Paderborn 14.7.2021 – 4 O 323/20, S. 15; LG München I 26.7.2021 – 31 O 16477/20, S. 7; LG Düsseldorf 30.7.2021 – 2b O 154/20, S. 11; LG Waldshut-Tiengen 3.8.2021 – 2 O 296/20, S. 16; LG Paderborn 24.9.2021 – 4 O 424/20, S. 15; LG Köln 19.10.2021 – 16 O 614/20, BeckRS 2021, 32804, Rn. 67; vgl. auch BGH 30.7.1968 – 1 StR 260/68, MDR 1968, 938 (938); BGH 13.3.2008 – III ZR 282/07, NJW 2008, 1942 (1942).

geschlossen sein⁴⁴. Denn eine solche Unwirksamkeit setzt grundsätzlich einen beiderseitigen Verstoß gegen das Glücksspielverbot voraus, also auch einen Verstoß der Spieler gegen § 285 StGB (soeben → S. 12). Dann allerdings verstoßen auch die Leistungen der Spieler gegen ein gesetzliches Verbot. Die Voraussetzungen für die Konditionssperre nach § 817 Satz 2 BGB wären mithin erfüllt: Insbesondere müssen sich die Spieler bei einem Verstoß gegen § 285 StGB zwingend auch der Einsicht in das Verbotswidrige ihres Handelns leichtfertig verschlossen haben (siehe noch näher unten → S. 24 f.), da sie bereits für die Voraussetzungen des § 134 BGB jedenfalls den Verstoß gegen das Glücksspielverbot im Internet billigend in Kauf genommen haben müssen.

Schließlich würden selbst etwaige *Rückzahlungsansprüche der Spieler* – wie auch immer man sie bei einer Unwirksamkeit des Spielvertrags nach § 134 BGB bereicherungsrechtlich konstruiert (vgl. unten → S. 23) – kaum dem Normzweck des Glücksspielverbots im Internet dienen, sondern – im Gegenteil – Anreize bei den Spielern setzen, dieses verbotene Glücksspielangebot weiterhin in Anspruch zu nehmen. Solche Rückzahlungsansprüche würden den Spielern ein risikoloses Spiel gestatten, da die Spieler die Wahl zwischen dem Gewinn und der Rückforderung ihres Einsatzes haben⁴⁵. Auch hat der BGH im kürzlich im Kontext der Haftung von Zahlungsdienstleistern darauf hingewiesen, dass ein Verlust des Spieleinsatzes „gerade nicht aus dem Verbot unerlaubten Glücksspiels [resultiert] [...], sondern aus dem jedem Glücksspiel immanenten Risiko, dass Gewinne oder Verluste ungewiss und rein zufällig sind. Darin liegt das Wesen des Glücksspiels“^{45a}.

Kurzum: Selbst eine Nichtigkeit nach § 134 BGB würde damit nicht zwangsläufig zu einer Rückabwicklung des Spielvertrags führen. Die Nichtigkeitssanktion würde sich damit – worauf es allein bei der Prüfung des Normzwecks des Verbotsgesetzes ankommen kann – wirtschaftlich nicht auswirken und dürfte damit kaum dem Sinn und Zweck des verletzten Verbotsgesetzes dienen. Dann allerdings wäre eine Unwirksamkeit nach § 134 BGB wegen des Normzweckvorbehalts (oben → S. 13) abzulehnen.

c) Vor allem aber seit dem Inkrafttreten des GlüStV 2012: Bewusster Nichtvollzug des Verbots und bewusste Duldung von Verstößen durch die Glücksspielaufsicht

Bezieht man das regulatorische Umfeld des Glücksspielverbots im Internet ein, so ergeben sich jedenfalls seit dem Inkrafttreten des GlüStV 2012 am 1. Juli 2012 erhebliche Zweifel an einer Unwirksamkeit der Spielverträge nach § 134 BGB.

⁴⁴ Vgl. *Stamm* NJW 2014, 2145 (2147), der von zwischen beiden Normen von einem „engen Schulterschluss“ spricht.

⁴⁵ Zu diesem Gedanken noch näher bei der Frage einer teleologischen Reduktion des § 817 Satz 2 BGB in → S. 29 f., vgl. auch → S. 33 f., 53, 60.

^{45a} BGH 13.9.2022 – XI ZR 515/21, Rn. 16.

Vor allem lässt sich gegen eine Qualität der Vorschriften zum Glücksspielverbot im Internet als Verbotsgesetz anführen, dass die zuständigen Glücksspielbehörden der Länder seit dem Jahr 2012 dieses Verbot nicht nur bewusst *nicht durch Untersagungsverfügungen durchgesetzt haben* (oben → S. 3). Vielmehr haben die Länder in verschiedenen Formen dem Markt bewusst signalisiert, dass sie Glücksspielangebote im Internet *dulden*, wenn die anbietenden Unternehmen – wie auch tatsächlich geschehen – bestimmte Vorgaben einhalten (oben → S. 3 f.).

Die Frage, ob eine Nichtigkeit nach § 134 BGB auch bei einer öffentlichrechtlichen Verbotsnorm in Betracht kommt, die von den zuständigen Behörden bewusst nicht vollzogen wird, sondern bestimmte Verstöße vom Staat sogar geduldet werden, haben bisher – soweit ersichtlich – weder Rechtsprechung noch Schrifttum umfassend diskutiert. Lediglich vereinzelt⁴⁶ haben die Gerichte bei den Spielerklagen diese Frage thematisiert⁴⁷.

Es sprechen zahlreiche Argumente dafür, bei einem solchen bewusst nicht durchgesetzten Verbotsgesetz eine Nichtigkeit eines nur formell gegen das Verbot verstößenden Vertrags nach § 134 BGB abzulehnen und in einer solchen Konstellation die Privatautonomie der Spieler und Unternehmen nicht einzuschränken:

Dabei kann es für eine privatrechtliche Aufrechterhaltung des Rechtsgeschäfts zunächst nicht erforderlich sein, dass der bewusste Nichtvollzug des Verbots und die bewusste Duldung von Verstößen aus der Warte des öffentlichen Rechts den Verstoß gegen das Verbotsgesetz *formell oder materiell legalisieren*. In diesem Fall scheidet eine Anwendung des § 134 BGB bereits von vorneherein aus, da der Vertrag dann nicht gegen ein gesetzliches Verbot verstößt. Ob der Nichtvollzug und die Duldung vorliegend *öffentlichrechtlich* zu einer Legalisierung des Glücksspiels im Internet entgegen des Wortlauts der § 4 Abs. 4 GlüStV 2008 und GlüStV 2012 sowie § 4 Abs. 4 Satz 2 GlüStV 2021 geführt haben, ist allerdings unklar. Allenfalls ließe sich überlegen, ob der Umlaufbeschluss der Chefinnen und Chefs der Staats- und Senatskanzleien der Länder und die dazu ergangenen Leitlinien (oben → S. 4) in der Summe als formelle Erlaubnis oder Erlaubnisäquivalent anzusehen sind⁴⁸. In diesem Fall würde eine Unwirksamkeit der Verträge über Glücksspiel im Internet jedenfalls insoweit ausscheiden, als sich die anbietenden Unternehmen an die Bestimmungen des Umlaufbeschlusses und der Leitlinien gehalten haben.

⁴⁶ Siehe etwa LG Görlitz 22.6.2022 – 1 O 452/21, S. 6 ff.; vgl. auch OLG Köln 28.11.2022 – 19 W 16/22, S. 3.

⁴⁷ Dennoch für eine Unwirksamkeit der Spielverträge nach § 134 BGB etwa OLG Frankfurt a. M. 8.4.2022 – 23 U 55/21, S. 15; LG Nürnberg-Fürth 14.6.2021 – 19 O 6690/20, S. 4 f.; LG Gießen 21.1.2021 – 4 O 84/20, BeckRS 2021, 7521, Rn. 22; LG Gießen 27.9.2021 – 2 O 227/20, S. 5; LG Aachen 13.7.2021 – 8 O 582/20, S. 6; LG Düsseldorf 30.7.2021 – 2b O 154/20, S. 10; LG Köln 19.10.2021 – 16 O 614/20, BeckRS 2021, 32804, Rn. 57; LG Mönchengladbach 3.12.2021 – 2 O 54/21, S. 12; LG Verden 7.1.2022 – 4 O 254/21, S. 12; LG Hamburg 12.1.2022 – 319 O 85/21, S. 9; so auch *Hendricks/Lüder* VuR 2021, 333 (339); vgl. auch LG Freiburg 10.12.2021 – 2 O 518/20, S. 8 f.

⁴⁸ *Gaede*, Abstrakt-generelle Duldungen im europäisierten Glücksspielstrafrecht, 2021, S. 49 f., der das letztlich freilich ablehnt.

Ebenfalls für die Unwirksamkeit des § 134 BGB irrelevant ist die Tatsache, ob das Verhalten der zuständigen Glücksspielbehörden der Länder seit dem Jahr 2012 (oben → S. 3 f.) als eine im Hinblick auf die verwaltungsrechtsakzessorischen §§ 284 ff. StGB *strafausschließende Duldung* anzusehen ist⁴⁹. So wird im glücksspielstraf- und glücksspielordnungswidrigkeitsrechtlichen Schrifttum diskutiert, inwieweit eine aktive Duldung von glücksspielrechtlichen Verstößen durch die zuständigen Behörden eine Strafbarkeit oder Ordnungswidrigkeit ausschließt, vor allem unter Rückgriff auf Rechtsprechung aus dem – ebenfalls verwaltungsrechtsakzessorisch ausgestalteten – Umweltstrafrecht⁵⁰. Dennoch sind diese strafrechtlichen Kriterien nicht unbesehen auf das Wirksamkeitshindernis des § 134 BGB zu übertragen, einmal abgesehen davon, dass eine Unwirksamkeit wegen eines Verstoßes der Spielverträge gegen §§ 284 ff. StGB ausscheidet, wenn deren Tatbestand wegen einer strafausschließenden Duldung nicht erfüllt ist.

Vielmehr ist die Frage, inwieweit ein bewusster Nichtvollzug eines öffentlichrechtlichen Verbots und eine bewusste Duldung von Verstößen durch die zuständigen Behörden eine Anwendung des § 134 BGB auf gegen dieses Verbot verstoßende Rechtsgeschäfte ausschließt, *allein anhand der privatrechtlichen Wertungen des § 134 BGB* zu beantworten. Entscheidend ist vor allem – da sowohl der Wortlaut dieser Vorschrift, ihre systematische Stellung und die Gesetzgebungsgeschichte zur Beantwortung dieser Frage wenig ergiebig sind – der *Normzweck des § 134 BGB*.

Funktion des Wirksamkeitshindernisses in § 134 BGB ist es vor allem, für eine *Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung* zu sorgen: Verbotsgesetze, die zu den Auswirkungen eines Verstoßes auf gegen sie verstoßende Rechtsgeschäfte schweigen, ergänzt die Vorschrift als „Umschaltnorm“⁵¹ oder „Transformationsnorm“⁵² um die privatrechtliche Rechtsfolge der Nichtigkeit, soweit der Normzweck des Verbotsgesetzes der Nichtigkeit nicht widerspricht⁵³. Diese Transformationsfunktion des § 134 BGB beschreibt freilich nur die Mechanik der Norm, nicht aber ihr eigentliches *Ziel*. Wozu ergänzt § 134 BGB Verbotsgesetze um die privatrechtliche Rechtsfolge, dass bestimmte Rechtsgeschäfte, die gegen sie verstoßen, unwirksam sind?

– Zum einen möchte § 134 BGB die Unwirksamkeit von Rechtsgeschäften *in den Dienst der Verbotsgesetze* – vor allem also der staatlichen Wirtschaftsordnung durch das öffentliche Recht – stellen⁵⁴. Insoweit verstärkt dieses Wirksamkeitshindernis „deren Regulierungswirkung, weil sie dem gesetzeswidrig Handelnden auch die privatrechtlichen Früchte seines verbotenen Tuns nimmt“⁵⁵. Dabei ist freilich bei Spielverträgen einschränkend zu beachten, dass die Nichtigkeitssank-

⁴⁹ So aber *Hendricks/Lüder* VuR 2021, 333 (339).

⁵⁰ Hierzu *Gaede* (oben Fn. 48) S. 50 ff.; *Lesch* ZfWG 2021, 236.

⁵¹ *Beater* AcP 197 (1997) 505 (507).

⁵² BeckOGK/*Vossler*, § 134 BGB Rn. 10 (Stand: 1.9.2022).

⁵³ *Staudinger/Seibl/Fischinger/Hengstberger*, 2021, § 134 BGB Rn. 1.

⁵⁴ Dieses Ziel betont etwa vor allem *Canaris*, Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft, 1983, S. 17 ff.

⁵⁵ *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 156.

tion des § 134 BGB als solches geringere Folgen zeitigt als bei anderen Rechtsgeschäften; die „privatrechtlichen Früchte“, die das BGB den Parteien auch eines wirksamen Spielvertrags zubilligt, sind ohnehin mager (siehe bereits oben → S. 8 und 14).

- Zum anderen schützt § 134 BGB mittels des ausdrücklichen Normzweckvorbehalts aber auch die *Privatautonomie*: Eine Unwirksamkeit des gegen das Verbotsgesetz verstoßenden Rechtsgeschäfts ist kein Selbstzweck, sondern wird nur dann angeordnet, wenn sich aus dem Zweck des Verbotsgesetzes nichts anderes ergibt⁵⁶.

Aus diesem Ziel des § 134 BGB – Einschränkung der Privatautonomie, soweit erforderlich, um den Zweck des Verbotsgesetzes durchzusetzen – folgt, dass über den Umfang der Zweckdurchsetzung *allein das Verbotsgesetz* entscheidet.

Räumt ein öffentlichrechtliches Verbotsgesetz – wie hier § 4 Abs. 4 GlüStV 2008 bzw. GlüStV 2012 und § 4 Abs. 4 Satz 2 GlüStV 2021 (oben → S. 2 ff.) – der Eingriffsverwaltung ein *Ermessen* ein, Verstöße mittels Untersagungsverfügungen zu ahnden, so geht der Gesetzgeber der Verbotsnorm davon aus, dass über die zweckmäßige Durchsetzung des Verbots vor allem die zuständigen Behörden entscheiden. Entscheiden sich die Behörden im Rahmen ihres Ermessens dafür, das Verbot in bestimmten Konstellationen nicht durchzusetzen, dann würde das Ziel des § 134 BGB, die Privatautonomie zu schützen, gefährdet, wenn durch dieses Wirksamkeitshindernis der Normzweck des Verbotsgesetzes darüber hinaus blind in das Privatrecht übertragen wird, ohne dass hierüber der Verbotsgesetzgeber reflektiert hat oder die zuständige Behörde reflektieren konnte⁵⁷. Sind keine öffentlichrechtlichen Rechtsfolgen angebracht (weil die zuständigen Behörden das Verbot nicht vollziehen oder Verstöße dulden, wenn die Normadressaten bestimmte Vorgaben erfüllen), dann würden auch privatrechtliche Folgen jedenfalls im Hinblick auf eine Einschränkung der Privatautonomie *zu weit gehen* und zudem die Durchsetzung des Verbots durch die Behörden womöglich *konterkarieren*. Vor allem der letzte Punkt kann durchaus vorliegend bedeutsam sein: Wenn die Glücksspielbehörden bewusst unter bestimmten Voraussetzungen im Rahmen ihres Ermessens das Verbot nicht durchsetzen, um be-

⁵⁶ Köhler JZ 2010, 767 (768); zur Rolle der Privatautonomie bei der Anwendung des § 134 BGB auch Beater AcP 197 (1997) 505 (510 ff.).

⁵⁷ Vgl. auch allgemein die Befürchtungen von H. H. Seiler GS für Wolfgang Martens, 1987, S. 719 (731 f.), ohne (verbots)gesetzgeberische Entscheidung über § 134 BGB Rechtsgeschäfte zu invalidieren, worüber der Verbotsgesetzgeber stets selbst reflektieren sollte: „Wird in dieser Weise der Anwendungsbereich des § 134 stark reduziert und der Verantwortungsbereich des Gesetzgebers erweitert, dann kann sich alsbald sehr viel deutlicher als bisher die Frage nach dem grundrechtlichen Schutz der Vertragsfreiheit stellen. Es wird zwar allenthalben gelehrt, daß es einen solchen gibt [...]. Aber über die Einzelheiten erhält man nur unvollkommen Auskunft. Gibt es einen beschränkungs-festen Kern der Vertragsfreiheit? Wird dieser Kern durch die Flut moderner Verbotsgesetze bereits tangiert oder getroffen? Droht eine Erdrosselung dieser Freiheit? Im Bereich des § 134 sind diese Fragen bisher durch die unübersehbare Kasuistik der Rechtsprechung eher verschleiert worden. Sie werden dagegen klar in das juristische Blickfeld treten, wenn der Gesetzgeber bei Erlass von Verbotsgesetzen jeweils darüber zu entscheiden hat, ob Verbotverstöße die Nichtigkeit entgegenstehender Rechtsgeschäfte zur Folge haben sollen oder nicht“.

stimmte Ziele zu erreichen – etwa Glücksspielangebote im Internet, die bestimmte Standards erfüllen, damit Spieler nicht auf Angebote ohne diese Standards zurückgreifen (vgl. oben → S. 4 sowie unten → S. 51 ff.) –, dann würde eine überschießende Unwirksamkeit des Vertrags dieses Ziel gefährden. Kein Unternehmen würde die von den Vollzugsbehörden bewusst zur Austrocknung eines unregulierten Schwarzmarkts (vgl. näher noch unten → S. 47 ff. und 51 f.) geschaffene Lücke ausfüllen, wenn die betreffenden Spielverträge privatrechtlich unwirksam wären. Vielmehr muss das Privatrecht dann die Parteien des Rechtsgeschäfts an ihrem Willen festhalten und darf nicht strenger sein als das öffentliche Recht. Eine überschießende Anwendung des § 134 BGB wäre dann auch *nicht Ausdruck eines sinnvollen private enforcement* (hierzu noch unten → S. 41), sondern würde den Zweck des Verbots missachten, dessen Ausfüllung und Umsetzung der Gesetzgeber in die Hand bestimmter, auch fachlich geeigneter Behörden gelegt hat und damit die Konkretisierung des Normzwecks im konkreten Einzelfall an die Glücksspielaufsicht delegiert hat. Verbote im öffentlichen Recht sind eben anders als privatrechtliche Wirksamkeitshindernisse (wirksam/unwirksam) nicht binär ausgestaltet, sondern gestatten eine konkrete Umsetzung durch die Fachbehörden.

Diese Abhängigkeit der Nichtigkeitssanktion vom Umfang der behördlichen Durchsetzung des gesetzlichen Verbots gilt freilich nur für Regelungen, bei denen das Recht einen *öffentlichen Vollzug vorsieht*. Sieht das betreffende Regelwerk lediglich eine private Durchsetzung vor, etwa über das Lauterkeitsrecht durch Wettbewerber oder Verbände, dann kann auch bei § 134 BGB nur isoliert das Verbot gelten. Umgekehrt gilt die Abhängigkeit vom Umfang der behördlichen Durchsetzung bei öffentlichrechtlichen Verboten zwar bei § 134 BGB, aber *nicht für das Privatrecht generell*. So kann im Lauterkeitsrecht durchaus anders zu entscheiden sein. Hier stehen andere Ziele, vor allem der Schutz vor unlauteren geschäftlichen Handlungen im Vordergrund, die eine Durchsetzung von Verboten im Wettbewerb selbst dann rechtfertigen könnten, wenn die zuständigen Behörden dieses nicht vollziehen. Deshalb könnte es durchaus vertretbar sein, trotz des Nichtvollzugs des Online-Glücksspielverbots und der Duldung von Verstößen seitens der öffentlichen Aufsicht Ansprüche aus §§ 8 ff. UWG wegen Rechtsbruchs im Sinne des § 3a UWG zu bejahen⁵⁸, ja vielleicht mag dies im Privatrecht sogar der bessere Weg sein⁵⁹. Demgegenüber möchte § 134 BGB nicht nur die private Durchsetzung öffentlicher Verbote erreichen (oben → S. 13 f., 17), sondern muss auch einen Kompromiss mit der Privatautonomie der Beteiligten des Rechtsgeschäfts finden (oben → S. 18), die auch verfassungsrechtlich geschützt ist und bei der deshalb Eingriffe verhältnismäßig sein müssen⁶⁰. Aus

⁵⁸ So KG 6.10.2020 – 5 U 72/19, GRUR-RS 2020, 49879, Rn. 33 ff., wonach der privatrechtliche Schutz für Mitbewerber und die behördliche Durchsetzung öffentlichrechtlicher Verhaltenspflichten grundsätzlich unabhängig nebeneinander stehen.

⁵⁹ So etwa – konkret zur Möglichkeit einer wettbewerbsrechtlichen Gewinnabschöpfungsklage nach § 10 Abs. 1 UWG – *Hendricks/Lüder* VuR 2021, 333 (338).

⁶⁰ *Köhler* JZ 2010, 767 (768).

der Sicht der Vertragsfreiheit der Beteiligten – hier der Spieler und Unternehmen – ist es auch aus Gründen der Verhältnismäßigkeit kaum gerechtfertigt, diese Freiheit stärker einzuschränken, als die Behörden – hier die Glücksspielaufsicht – es für erforderlich halten, ein Verbot zu vollziehen und Verstöße gegen das Verbot nicht zu dulden.

Freilich kann das Privatrecht nur insoweit auf die Durchsetzung des Normzwecks des Verbotsgesetzes durch die zuständigen Behörden vertrauen, als der Nichtvollzug oder die Duldung von Verstößen *nicht rechtswidrig* war. Denn nur insoweit delegiert der Gesetzgeber des Verbotsgesetzes den Umfang der Normdurchsetzung an die Behörden. Steht eine Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts nach § 134 BGB wegen Verstoßes gegen ein öffentlich durchzusetzendes Verbotsgesetz im Raum, dann muss das Zivilgericht prüfen, ob die Behörde beim Nichtvollzug des Verbots und der Duldung von Verstößen gegen das Verbot das Ermessen rechtmäßig ausgeübt hat, wobei die Prüfung insoweit auf die auch verwaltungsgerichtlich nach § 114 VwGO üblichen Ermessensfehler reduziert ist. Vorliegend sind solche Ermessensfehler nicht ersichtlich.

Und noch ein weiterer Gedanke spricht gegen eine Anwendung des § 134 BGB, wenn – wie hier durch den bewussten Nichtvollzug des Verbots und die bewusste Duldung von Verstößen durch die Glücksspielaufsicht – das Verbotsgesetz außerhalb des Privatrechts keine Rechtsfolgen zeitigt. Wie gesehen ist es Aufgabe des § 134 BGB, einem Verbotsgesetz im Hinblick auf das gegen sie verstößende Rechtsgeschäft privatrechtliche Rechtsfolgen zu verschaffen, die der Gesetzgeber des Verbotsgesetzes selbst nicht angeordnet hat (zu dieser Umschalt- oder Transformationsfunktion oben → S. 17). Bejaht das Zivilgericht eine Unwirksamkeit nach § 134 BGB, dann entscheidet es „nach Art eines Ersatzgesetzgebers über die Reichweite solcher öffentlichrechtlicher Verbote“⁶¹. Bereits diese Umschalt- oder Transformationsfunktion ist (jedenfalls rechtspolitisch) nicht frei von Zweifeln, worauf etwa zu Recht Hans Hermann Seiler hingewiesen hat⁶². Entfaltet aber der Verstoß gegen das Verbotsgesetz in

⁶¹ So treffend *H. H. Seiler* GS für Wolfgang Martens, 1987, S. 719 (731).

⁶² *H. H. Seiler* GS für Wolfgang Martens, 1987, S. 719 (731): „Die Regel von der Nichtigkeit verbotswidriger Rechtsgeschäfte sollte wieder auf die ‚klassischen‘ Straftatbestände insbesondere der Vermögensdelikte und einschließlich des Steuerstrafrechts beschränkt werden, also auf evidente Unrechtsverträge. Dies ist der Anwendungsbereich des § 134. Dagegen hält eine republikanische Zivilrechtswissenschaft in Rom wie heute Distanz zu den öffentlichrechtlichen Tagesereignissen mit ihren ständig wechselnden Zwecken und Zielen. Die weitaus meisten Verbotsgesetze gehören in diesen Bereich. Derartige Gesetze sind nach ihren eigenen Merkmalen, Voraussetzungen und Rechtsfolgen anzuwenden. An Sanktionsanordnungen fehlt es in ihnen bekanntlich nicht. Der Gesetzgeber pflegt von ihnen ausgiebig Gebrauch zu machen; insbesondere an Straf- und Bußgeldandrohungen besteht kein Mangel. Solche Anordnungen sind selbstverständlich durchzuführen, aber darauf beschränken sich die Wirkungen dieser Gesetze auch. Die Nichtigkeitsfolge des § 134 dagegen vermögen sie nicht auszulösen [...]. Es ist doch eine höchst fragwürdige Situation, daß die Zivilrechtsjudikatur, indem sie die Nichtigkeit eines Vertrages gemäß § 134 je nach den Umständen bejaht oder verneint, nach Art eines Ersatzgesetzgebers über die Reichweite solcher öffentlichrechtlicher Verbote entscheidet. Die Kasuistik der modernen Rechtsprechung zeigt die Beliebigkeit der Ergebnisse. Selbst sog. Ordnungsvorschriften (s. Ladenschlußgesetzgebung) lassen sich mit dem Hinweis auf ihren ‚Schutzzweck‘ (jede solcher Vorschriften hat einen Schutzzweck) in den Rang

„seinem“ Rechtsgebiet – hier im öffentlichen Glücksspielrecht – bereits keine Wirkung (weil die zuständigen Behörden das Verbotsgesetz bewusst nicht vollziehen und Verstöße bewusst dulden), so würde die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts die Umschalt- oder Transformationsfunktion des § 134 BGB *weit überschreiten*: Es kann nicht Sinn und Zweck des § 134 BGB sein, den Verstoß gegen sanktionslose Verbote privatrechtlich zu sanktionieren⁶³.

Eine Unwirksamkeit der Spielverträge nach § 134 BGB scheitert damit jedenfalls daran, dass die zuständigen Behörden das gesetzliche Verbot von Glücksspielen im Internet nicht durchgesetzt haben. Da die Glücksspielaufsicht das Verbot bereits seit dem Inkrafttreten des GlüStV 2012 am 1. Juli 2012 bewusst nicht mehr durchgesetzt hat (oben → S. 3) und auch mit der Einleitung der Konzessionsverfahren für Sportwetten im Jahr 2012 Verstöße der anbietenden Unternehmen gegen das Verbot bewusst geduldet hat (oben → S. 3 f.), sind jedenfalls Spielverträge, die ab dem Jahr 2012 abgeschlossen wurden, nicht wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nach § 134 BGB unwirksam.

d) Schließlich: Allenfalls schwebende Unwirksamkeit bis zum Abschluss des Konzessionsverfahrens

Geht man trotz dieser Argumente von einer Anwendbarkeit des § 134 BGB auf Verträge über Glücksspiel im Internet aus, dann ließe sich freilich argumentieren, dass angesichts der laufenden Verfahren über die Erteilung einer Konzession allenfalls eine schwebende Unwirksamkeit der Spielverträge in Betracht kommt.

Wie bereits erwähnt, hatten einige der in Anspruch genommenen Unternehmen bereits auf Basis der §§ 4a ff. GlüStV 2012 die Erteilung einer umfassenden Konzession für Glücksspiele im Internet beantragt, jedenfalls aber nach Inkrafttreten des GlüStV 2021 auf Grundlage des § 4 Abs. 4 Satz 1 GlüStV 2021, wobei die Erlaubnisverfahren für einen Großteil des Marktes inzwischen abgeschlossen wurden (oben → S. 5).

Es ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass Verträge, die genehmigungsbedürftig sind, erst dann nach § 134 BGB⁶⁴ nichtig sind, wenn die *Genehmigung unanfecht-*

einer vertragsvernichtenden Norm erheben, und umgekehrt läßt sich jeder Schutzzweck im Hinblick auf die zu billigenden konkreten Vertragsergebnisse in seiner Bedeutung relativieren. [...] Unter diesen Umständen ist es sachgerechter, die Verantwortung für eine exakte Bestimmung der Rechtsfolgen solcher Verbote dem Gesetzgeber zu überlassen als der Instanz, die sie zu tragen hat und der auch die erforderliche juristische Sachkunde, anders als manchen historischen Gesetzgebern, nicht fehlt. Mag er anordnen, wenn eines seiner zahlreichen Verbote die Nichtigkeit entgegengesetzter Rechtsgeschäfte bewirken soll. § 134 jedenfalls sollte nicht als Transformator wirtschaftspolitischer Tagesthemen in das Vertragsrecht benutzt werden“.

⁶³ Auch etwa *Kötz* RabelsZ 58 (1994) 209 (220) weist darauf hin, dass § 134 BGB und seine Geschwisternormen in ausländischen Rechtsordnungen bestehende Sanktionen der Verbotsgesetze allenfalls ergänzen.

⁶⁴ Vgl. *K. Schmidt* NJW 1995, 2255 (2257 f.).

bar versagt wird; vorher sind sie lediglich schwebend unwirksam⁶⁵. Von einer solchen allenfalls schwebenden Unwirksamkeit des Vertrags wird man nicht nur bei der Genehmigungsbefähigung eines konkreten Vertrags auszugehen haben, sondern auch bei einer Konzessionsbedürftigkeit einer Mehrheit von Verträgen – wie hier den Spielverträgen, wenn man eine Anwendbarkeit des § 134 BGB unterstellt. Selbst wenn die beantragten Konzessionen öffentlichrechtlich nur für die Zukunft wirken, dürfte sich privatrechtlich eine solche Genehmigung auch auf Altverträge erstrecken, jedenfalls soweit bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses die materiellrechtlichen Voraussetzungen für die Konzessionserteilung vorlagen. In einer solchen Situation kann der Normzweck des Verbotsgesetzes keinen Eingriff in die Privatautonomie erfordern (vgl. auch noch unten → S. 23 f.), soweit das Verbotsgesetz selbst zur Nichtigkeit schweigt und die privatautonomieschützende Funktion des § 134 BGB greift (vgl. → S. 18).

Bei einer schwebenden Unwirksamkeit eines Vertrags können die Vertragsparteien Leistungen zwar ebenfalls kondizieren, allerdings nach der Rechtsprechung nur, wenn sie in *Unkenntnis der schwebenden Unwirksamkeit* geleistet haben⁶⁶. Eine solche Unkenntnis der Spieler – die diese darlegen und notfalls beweisen müssten – dürfte schwer zu begründen sein, da bereits für einen beiderseitigen Gesetzesverstoß eine Kenntnis der Spieler vom Verstoß erforderlich ist (oben → S. 11 f.).

2. Kein Gesetzesverstoß des Empfängers gerade durch die Annahme der Leistung nach § 817 Satz 1 Fall 1 BGB

Verneint man – wie eben argumentiert (oben → S. 8 ff.) – eine Unwirksamkeit der Spielverträge zwischen den Spielern und den anbietenden Unternehmen nach § 134 BGB und damit eine allgemeine Leistungskondition nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB, so könnte allenfalls noch ein Anspruch aus § 817 Satz 1 Fall 1 BGB in Betracht kommen.

Voraussetzung wäre allerdings, dass – ohne dass die Spielverträge nach § 134 BGB unwirksam sind⁶⁷ – die Unternehmen gerade durch die Annahme der Spieleinsätze als Leistung gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen haben.

Einen solchen Gesetzesverstoß gerade durch die Annahme der Leistung wird man allerdings abzulehnen haben. Kein Gesetzesverstoß kommt insbesondere in Betracht, wenn man – wie hier vertreten (oben → S. 8 ff.) und für eine Maßgeblichkeit des § 817 Satz 1 BGB erforderlich – bereits den Verstoß der Spielverträge gegen ein gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB verneint: Sollten die Spielverträge wegen des behördlichen Nichtvollzugs des Glücksspielverbots im Internet und der behördlichen Duldung der Verstöße nicht gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen, so muss

⁶⁵ Etwa BGH 15.10.1992 – IX ZR 43/92, NJW 1993, 648 (650f.); BGH 9.11.1994 – VIII ZR 41/94, NJW 1995, 318 (320) = BGHZ 127, 368.

⁶⁶ BGH 8.10.1975 – VIII ZR 115/74, NJW 1976, 104 (105) = BGHZ 65, 123.

⁶⁷ Das übersieht wohl *Maties* NJW 2020, 3685 (3690).

das Gleiche auch für die Annahme einer Leistung im Rahmen der wirksamen Spielverträge gelten. Wenn aus den genannten Erwägungen die Vereinbarung über das Glücksspiel im Internet nicht gegen ein gesetzliches Verbot verstieß, dann kann nicht die Vermögensverschiebung bei der Leistung des Spieleinsatzes selbst als Verstoß gewertet werden. Auch hier dürfte gelten: Die privatautonom bestimmten Leistungszwecke als solches werden über § 817 Satz 1 Fall 1 BGB nur insoweit von der Rechtsordnung missbilligt, wie dies für Zwecke eines Verbotsgesetzes erforderlich ist. Und eine solche Missbilligung ist ausgeschlossen, wenn die zuständige Behörde das öffentlich durchzusetzende Verbot bewusst nicht vollzieht und Verstöße bewusst duldet (näher oben → S. 18 ff.).

3. Jedenfalls aber Ausschluss eines etwaigen Bereicherungsanspruchs nach § 817 Satz 2 BGB

Geht man – anders als hier vertreten – davon aus, dass die Spielverträge nach § 134 BGB wegen Verstoßes gegen das Glücksspielverbot in Internet unwirksam waren (oben → S. 8 ff.) oder dass die Unternehmen gerade durch die Annahme der Spieleinsätze gegen ein gesetzliches Verbot verstießen (oben → S. 22 f.), dann stellt sich die weitere Frage: Ist die Rückforderung des Geleisteten aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB oder § 817 Satz 1 Fall 1 BGB jedenfalls nach § 817 Satz 2 BGB ausgeschlossen?

Bekanntlich greift die Konditionssperre des § 817 Satz 2 BGB nicht nur in den Fällen des § 817 Satz 1 BGB, sondern auch bei der allgemeinen Leistungskondition nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB⁶⁸. Ansonsten wäre dieser Ausschlussgrund weitgehend ohne Relevanz, da gerade bei einem Verstoß bereits des Kausalgeschäfts gegen ein gesetzliches Verbot neben dem explizit ausgeschlossenen § 817 Satz 1 BGB der Anspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB unbeschränkt bliebe.

Vorab ist festzuhalten, dass ein etwaiger Bereicherungsanspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB nicht bereits nach § 814 Fall 1 BGB ausgeschlossen wäre. Zum einen werden die in Anspruch genommenen Unternehmen nur schwer darlegen und beweisen können, dass die Spieler als Leistende gewusst haben, dass die Spielverträge unwirksam waren⁶⁹ und nicht lediglich das Glücksspiel als solches rechtlich womöglich unzulässig (vgl. oben → S. 11 ff. und unten → S. 24 ff.). Zum anderen – und vor allem – greift der Ausschlussgrund des § 814 Fall 1 BGB bereits deshalb nicht, weil die Spieler den Spieleinsatz nicht, wie § 814 BGB fordert, „zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit“ geleistet haben, sondern vielmehr wegen § 762 Abs. 1 Satz 2 BGB, um einen Rechtsgrund zum Behaltendürfen zu schaffen, welcher der Vermö-

⁶⁸ Etwa BGH 6.5.1965 – II ZR 217/62, NJW 1965, 1585 (1587).

⁶⁹ Vgl. LG Aachen 13.7.2021 – 8 O 582/20, S. 7; LG Düsseldorf 30.7.2021 – 2b O 154/20, S. 11; LG Köln 19.10.2021 – 16 O 614/20, BeckRS 2021, 32804, Rn. 66; vgl. auch LG Landshut 8.10.2021 – 75 O 1849/20, S. 10 (zu Sportwetten).

gensverschiebung bedarf (vgl. bereits oben → S. 14). Auf diesen Leistungszweck findet § 814 BGB keine Anwendung⁷⁰.

a) Die in § 817 Satz 2 BGB genannten Voraussetzungen für die Konditionssperre liegen vor

Allerdings könnte vorliegend § 817 Satz 2 BGB etwaige Bereicherungsansprüche der Spieler auf Rückzahlung der geleisteten Spieleinsätze sperren, wenn den klagenden Spielern als „Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last fällt“, d.h. *auch die Leistung* gegen ein gesetzliches Verbot verstieß. Jedenfalls haben zahlreiche mit Spielerklagen befasste Gerichte die in § 817 Satz 2 BGB genannten Voraussetzungen für eine Konditionssperre bejaht⁷¹, ebenso auch bereits der BGH im Jahr 1968 für die Rückforderung eines Spieleinsatzes bei einem verbotenen Glücksspiel⁷².

Die in § 817 Satz 2 BGB genannten Voraussetzungen liegen bei *Spielerklagen* auf jeden Fall dann vor, wenn man die Bereicherungsansprüche aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB oder § 817 Satz 1 Fall 1 BGB – anders als hier vertreten (oben → S. 7 ff., 22 f.) – bejaht, weil man annimmt, dass die Spielverträge nach § 134 BGB wegen Verstoßes gegen das Glücksspielverbot in Internet unwirksam waren oder dass die Unternehmen gerade durch die Annahme der Spieleinsätze gegen ein gesetzliches Verbot verstießen. Denn dann ist es zwingend, dass auch die Spieler durch die Leistung der Spieleinsätze jedenfalls objektiv (vgl. sogleich → S. 25) gegen ein gesetzliches Verbot verstießen, konkret gegen das strafbewerte Verbot nach § 285 StGB der Beteiligung an einem unerlaubten Glücksspiel⁷³. Dieser Straftatbestand stellt jede Mitwirkung als Spieler an einem glücksspielrechtlich unerlaubten Spiel unter Strafe (oben → S. 11 f.), also auch die Leistung von Spieleinsätzen.

⁷⁰ Auch die Rechtsprechung beschränkt den Ausschlussgrund des § 814 BGB regelmäßig auf die Fälle, in denen der Leistende eine Verbindlichkeit erfüllen will, siehe etwa BGH 4.4.1990 – VIII ZR 71/89, NJW 1990, 1789 (1790) = BGHZ 111, 125.

⁷¹ Etwa OLG Köln 28.11.2022 – 19 W 16/22, S. 3; LG Duisburg 19.10.2016 – 3 O 373/14, S. 6; LG Köln 5.10.2020 – 3 O 191/20, BeckRS 2020, 48281, Rn. 3; LG Hildesheim 12.11.2020 – 2 O 203/20, BeckRS 2020, 48282, Rn. 3; LG Bremen 19.11.2020 – 6 O 1439/20, S. 3; LG München I 13.4.2021 – 8 O 16058/20, ZfWG 2021, 324 (326); AG Euskirchen 31.5.2021 – 13 C 158/21, S. 5 f.; LG Braunschweig 1.9.2021 – 8 O 1958/21, S. 4; LG München II 19.8.2021 – 9 O 5322/20, S. 5; LG Wuppertal 14.9.2021 – 9 T 147/21, S. 2; LG Wuppertal 20.10.2021 – 17 O 182/21, S. 3; LG Bonn 30.11.2021 – 5 S 70/21, S. 7 f.; offengelassen etwa in LG Bochum 10.3.2021 – I-6 O 369/20, S. 5; anders LG Mainz 14.7.2021 – 9 O 65/20, S. 11 ff.

⁷² BGH 30.7.1968 – 1 StR 260/68, MDR 1968, 938 (938).

⁷³ Vgl. LG Duisburg 19.10.2016 – 3 O 373/14, S. 6; LG Köln 5.10.2020 – 3 O 191/20, BeckRS 2020, 48281, Rn. 3; LG München I 13.4.2021 – 8 O 16058/20, ZfWG 2021, 324 (326); AG Euskirchen 31.5.2021 – 13 C 158/21, S. 5; LG Braunschweig 1.9.2021 – 8 O 1958/21, S. 4; LG Wuppertal 14.9.2021 – 9 T 147/21, S. 2; so auch zu Spielerklagen gegen Zahlungsdienstleister LG Wuppertal 30.10.2019 – 3 O 384/18, MMR 2020, 561 (563); LG Wuppertal 29.7.2020 – 3 O 195/19, MMR 2021, 440 (443).

b) Zudem: Kenntnis der Spieler vom etwaigen Verstoß gegen gesetzliches Verbot

Über seinen Wortlaut hinaus setzt die Konditionssperre nach § 817 Satz 2 BGB eine Kenntnis des Leistenden vom Verstoß gegen das gesetzliche Verbot voraus⁷⁴. Es reicht indessen nach der Rechtsprechung aus, dass sich der Leistende *leichtfertig der Einsicht in das Verbotswidrige seines Handelns verschließt*⁷⁵. Es genügt insbesondere, wenn der Leistende das Verbot und die Umstände kennt, welche die Wertung als verbotswidrig beeinflussen⁷⁶. Eine korrekte rechtliche Bewertung ist dabei nicht notwendig, insbesondere nicht ein Bewusstsein der Vertragsnichtigkeit oder ein leichtfertiges „Sichverschließen“ vor der Erkenntnis dieser Rechtsfolge des Verstoßes⁷⁷.

Diese subjektiven Voraussetzungen sind bei den *Spielerklagen* aufseiten der Spieler regelmäßig erfüllt⁷⁸ – jedenfalls soweit man für Zwecke der Unwirksamkeit der Spielverträge wegen eines Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz einen Verstoß der Spieler gegen § 285 StGB bejaht, der mindestens bedingten Vorsatz im Hinblick auf die Glücksspielrechtswidrigkeit des Spiels erfordert (oben → S. 12) und damit wohl mehr als ein bloß leichtfertiges Sichverschließen (soeben → S. 24 f.).

Es dürfte allgemein in der Bevölkerung – und erst Recht in den Kreisen der Spieler⁷⁹ – bekannt gewesen sein, dass die rechtliche Zulässigkeit von Glücksspiel im Internet umstritten ist. So hat es die Rechtsprechung in der Vergangenheit ausreichen lassen, dass den Beteiligten die Versuche von Politik und Justiz, eine bestimmte Wirtschaftspraxis einzudämmen, bekannt gewesen sein mussten⁸⁰. Auch haben die Angebote der Unternehmen zum Teil die Spieler ausdrücklich auf die rechtlichen Zweifel hingewiesen (oben → S. 2), wobei es nach der eben geschilderten Rechtsprechung ausreicht, dass die Verbotsnorm bekannt ist. Jedoch bleibt die Kenntnis der leistenden Spieler vom Glücksspielverbot im Internet eine Frage des konkreten Falls, wobei eine nicht unerhebliche Anzahl von Gerichten bei *Spielerklagen* eine hinreichende Kenntnis der Spieler als Leistende bejaht hat⁸¹. Sollte man freilich zu dem

⁷⁴ Etwa bereits BGH 29.4.1968 – VII ZR 9/66, NJW 1968, 1329 (1330) = BGHZ 50, 90; zur Begründung dieser Wortlauteinschränkung *Canaris FS für Ernst Steindorff* (1990) S. 519 (525 ff.).

⁷⁵ So z. B. BGH 15.6.1989 – III ZR 9/88, NJW 1989, 3217 (3218): „Es genügt, wenn sich der Darlehensgeber der Einsicht in den Gesetzesverstoß leichtfertig verschließt“; BGH 21.10.2010 – IX ZR 48/10, NJW 2011, 373 (375): „Dem steht es gleich, wenn er sich der Einsicht in das Verbotswidrige seines Handelns leichtfertig verschlossen hat“; anders offenbar im Hinblick auf eine Spielerklage OLG München 22.11.2021 – 5 U 5491/21, S. 2.

⁷⁶ BGH 10.1.2019 – IX ZR 89/18, NJW 2019, 1147 (1150).

⁷⁷ So etwa BGH 15.6.1993 – XI ZR 172/92, NJW 1993, 2108 (2109).

⁷⁸ Zweifelnd dagegen *Cocron ZfWG* 2021, 327 (328).

⁷⁹ So auch LG Bonn 30.11.2021 – 5 S 70/21, S. 8.

⁸⁰ Zur unlauteren Telefonwerbung beispielsweise OLG Stuttgart 26.8.2008 – 6 W 55/08, NJW 2008, 3071 (3072): „Dies ist angesichts der ständig in den Medien präsenten, bereits jahrzehntelangen Versuche der Rechtsprechung, der unlauteren Telefonwerbung Herr zu werden, ohne Weiteres anzunehmen“.

⁸¹ LG Duisburg 19.10.2016 – 3 O 373/14, S. 6 f.; LG Bremen 19.11.2020 – 6 O 1439/20, S. 3 („nur durch aktives Wegschauen hätte der Kläger uninformatiert bleiben können“); LG München I 13.4.2021 – 8 O 16058/20, ZfWG 2021, 324 (326) („aus Funk- und Fernsehen allgemein bekannt“); AG Euskir-

Ergebnis kommen, dass sich die Spieler nicht einmal leichtfertig der Einsicht in das Verbotswidrige ihres Handelns verschlossen haben, dann scheidet aufseiten der Spieler ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot aus und damit ein beiderseitiger Verstoß der Parteien des Spielvertrags. Dann ist allerdings der Spielvertrag auch nicht nach § 134 BGB unwirksam (oben → S. 10 ff.) und die Frage einer Konditionssperre nach § 817 Satz 2 BGB stellt sich für die allgemeine Leistungskondition nicht.

Freilich setzt der subjektive Tatbestand der Konditionssperre voraus, dass der Leistende auch *subjektiv verantwortlich* sein kann. Das Reichsgericht greift bei § 817 Satz 2 BGB auf die Deliktsfähigkeit des Leistenden nach §§ 827, 828 BGB zurück⁸². Deshalb kann in Ausnahmefällen die Konditionssperre ausgeschlossen sein, wenn etwa der Leistende – hier der Spieler – „im Zustand der Bewusstlosigkeit oder in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit“ (§ 827 Satz 1 BGB) geleistet hat. In diesem Fall ist ein der Einsicht der Verbotswidrigkeit Sichverschließen (oben → S. 24 f.) ausgeschlossen. Dann wird freilich auch der zugrunde liegende Spielvertrag bereits nach §§ 104 Nr. 2, 105 BGB wegen Geschäftsunfähigkeit des Spielers unwirksam sein. Ob für eine Delikts- und Geschäftsunfähigkeit eine *pathologische Spielsucht des Leistenden* ausreicht, ist in jedem Einzelfall zu prüfen⁸³ und kann im Prozess letztlich nur durch Sachverständigenbeweis geklärt werden⁸⁴. Dabei wird es regelmäßig alles andere als einfach sein festzustellen, ob zum Zeitpunkt der Leistung der Spieleinsätze der Spieler delikts- oder geschäftsunfähig war, zumal sowohl für die Delikts- als auch die Geschäftsunfähigkeit die Spieler die Darlegungs- und Beweislast tragen.

c) Keine teleologische Reduktion der Konditionssperre geboten

Allerdings gehört es zum bereicherungsrechtlichen Allgemeingut, dass der Wortlaut des § 817 Satz 2 BGB *in Ausnahmefällen* teleologisch zu reduzieren ist. Vor allem ist

chen 31.5.2021 – 13 C 158/21, S. 6; LG München II 19.8.2021 – 9 O 5322/20, S. 6f.; LG Memmingen 23.11.2021 – 24 O 4/21, S. 8; LG Trier 26.7.2022 – 4 O 278/21, S. 6f.; LG Mosbach 8.10.2021 – 2 O 342/20, S. 6ff.; LG Amberg 7.12.2021 – 12 O 951/20, S. 6; LG Hanau 7.12.2021 – 9 O 168/21, S. 5; AG Ingolstadt 16.3.2022 – 13 C 875/21, S. 6f.; vgl. auch LG Hildesheim 12.11.2020 – 2 O 203/20, BeckRS 2020, 48282, Rn. 3; OLG Hamm 12.11.2021 – I-12 W 13/21, S. 6; LG Wuppertal 14.9.2021 – 9 T 147/21, S. 2; LG Wuppertal 20.10.2021 – 17 O 182/21, S. 3 (wonach „die Illegalität eines ohne Genehmigung öffentlich veranstalteten Glückspiels [...] offensichtlich ist“; LG Bonn 30.11.2021 – 5 S 70/21, S. 7f.; offen gelassen bei LG Coburg 1.6.2021 – 23 O 416/20, S. 18f.; anders aber etwa OLG Frankfurt a. M. 8.4.2022 – 23 U 55/21, S. 16; LG Frankenthal 9.12.2021 – 3 O 374/20, S. 6; LG Aachen 13.7.2021 – 8 O 582/20, S. 7; LG Mainz 14.7.2021 – 9 O 65/20, S. 11ff.; LG Paderborn 14.7.2021 – 4 O 323/20, S. 15ff.; LG München I 26.7.2021 – 31 O 16477/20, S. 6f.; LG Düsseldorf 30.7.2021 – 2b O 154/20, S. 11; LG Waldshut-Tiengen 3.8.2021 – 2 O 296/20, S. 14ff.; LG Paderborn 24.9.2021 – 4 O 424/20, S. 15ff.; LG Köln 19.10.2021 – 16 O 614/20, BeckRS 2021, 32804, Rn. 61, 62; LG Landshut 8.10.2021 – 75 O 1849/20, S. 7f. (zu Sportwetten); LG Freiburg 10.12.2021 – 2 O 518/20, S. 11.

⁸² RG 8.11.1922 – IV 69/22, RGZ 105, 270 (272).

⁸³ Vgl. OLG Hamm 12.11.2021 – I-12 W 13/21, S. 6f.; AG Euskirchen 31.5.2021 – 13 C 158/21, S. 6; LG Leipzig 1.9.2021 – 07 O 3100/20, S. 4; LG Mönchengladbach 3.12.2021 – 2 O 54/21, S. 17f.

⁸⁴ So auch *Hendricks/Lüder* VuR 2021, 333 (337f.).

in der Rechtsprechung anerkannt, dass § 817 Satz 2 BGB Bereicherungsansprüche nicht zwingend ausschließt, wenn es *mit dem Schutzzweck des gesetzlichen Verbots unvereinbar* wäre, über die Konditionssperre die Vermögensverschiebung vom Leistenden zum Empfänger zu perpetuieren oder weiterem verbotswidrigen Handeln Vorschub zu leisten⁸⁵. Die Anwendung des § 817 Satz 2 BGB bei der Rückabwicklung eines gesetzeswidrigen Vertrags kann dazu führen, dass die Nichtigkeitsanktion des § 134 BGB – die hier freilich ohnehin zu verneinen sein könnte (oben → S. 8 ff.) – leerläuft⁸⁶. Jedoch betont auch der BGH immer wieder, dass es sich bei dieser teleologischen Reduktion der Konditionssperre um eine *Entscheidung im Einzelfall* handelt und *nicht um einen allgemeinen Grundsatz*⁸⁷. Auch in der Literatur wird die (rechtspolitische) Berechtigung der Konditionssperre zunehmend betont (unten → S. 28 f.), vor allem auch seit der neueren Rechtsprechung zu Verstößen gegen das Schwarzarbeitsverbot (unten → S. 28), und ihr Grundsatzcharakter hervorgehoben⁸⁸.

Die bisher mit den *Spielerklagen* befassten Gerichte haben vielfach eine teleologische Reduktion des § 817 Satz 2 BGB bei der Rückforderung verlorener Spieleinsätze abgelehnt⁸⁹, teils aber auch bejaht⁹⁰. Dabei setzen sich die Instanzgerichte bei ihrer

⁸⁵ Etwa BGH 13.3.2008 – III ZR 282/07, NJW 2008, 1942 (1942).

⁸⁶ Michalski Jura 1994, 113 (115); zurückhaltender aber etwa Dauner JZ 1980, 495 (496 ff.).

⁸⁷ Siehe z. B. BGH 30.4.1992 – III ZR 151/91, NJW 1992, 2021 (2023) = BGHZ 118, 142: „Die Rechtsprechung des BGH zur Schwarzarbeit [...] ist auf den vorliegenden Fall nicht übertragbar. Die besonderen Verhältnisse, die bei Schwarzarbeit ausnahmsweise zu einer einschränkenden Auslegung des § 817 S. 2 BGB geführt haben [...], liegen im Streitfall nicht vor. Ein allgemeiner Grundsatz läßt sich daraus nicht ableiten“ (der III. Zivilsenat bezieht sich hier freilich auf die alte Schwarzarbeitsrechtsprechung, vgl. die Nachweise in Fn. 94 und Fn. 95 nebst zugehörigem Text); BGH 14.7.1993 – XII ZR 262/91, NJW-RR 1993, 1457 (1459): „Die Rechtsprechung hat es daher in besonderen Ausnahmefällen – in erster Linie aus rechtspolitischen Erwägungen – einem Leistungsempfänger verwehrt, unter Berufung auf § 817 S. 2 BGB die Herausgabe einer ohne Rechtsgrund erlangten Leistung zu verweigern [...] Im vorliegenden Fall sind derartige Ausnahmegründe nicht gegeben“.

⁸⁸ Exemplarisch etwa St. Lorenz NJW 2013, 3132 (3135), wonach § 817 Satz 2 BGB „zu Unrecht der Charakter einer ‚systemwidrigen Ausnahmenvorschrift‘ zugeschrieben wird“.

⁸⁹ Gegen eine teleologische Reduktion etwa OLG Köln 28.11.2022 – 19 W 16/22, S. 3; LG Duisburg 19.10.2016 – 3 O 373/14, S. 6 f.; LG München I 13.4.2021 – 8 O 16058/20, ZfWG 2021, 324 (326); AG Euskirchen 31.5.2021 – 13 C 158/21, S. 6; LG München II 19.8.2021 – 9 O 5322/20, S. 5 f.; LG Braunschweig 1.9.2021 – 8 O 1958/21, S. 4; LG Wuppertal 14.9.2021 – 9 T 147/21, S. 2 f.; LG Memmingen 23.11.2021 – 24 O 4/21, S. 8 f.; LG Bonn 30.11.2021 – 5 S 70/21, S. 10 f.; LG Trier 26.7.2022 – 4 O 278/21, S. 7 f.; LG Mosbach 8.10.2021 – 2 O 342/20, S. 8; LG Amberg 7.12.2021 – 12 O 951/20, S. 6; LG Hanau 7.12.2021 – 9 O 168/21, S. 5 f.; AG Ingolstadt 16.3.2022 – 13 C 875/21, S. 7 ff.; vgl. auch LG Leipzig 1.9.2021 – 07 O 3100/20, S. 4.

⁹⁰ Für eine teleologische Reduktion demgegenüber LG Berlin 6.4.2020 – 23 T 1/20, S. 3; LG Bremen 19.11.2020 – 6 O 1439/20, S. 3; LG Meiningen 26.1.2021 – 2 O 616/20, S. 7; LG Gießen 21.1.2021 – 4 O 84/20, BeckRS 2021, 7521, Rn. 24 ff.; LG Coburg 1.6.2021 – 23 O 416/20, S. 19 f.; LG Nürnberg-Fürth 14.6.2021 – 19 O 6690/20, S. 5 f.; LG Aachen 13.7.2021 – 8 O 582/20, S. 6 f.; LG Mainz 14.7.2021 – 9 O 65/20, S. 14 f.; LG Paderborn 14.7.2021 – 4 O 323/20, S. 17 f.; LG Gießen 27.9.2021 – 2 O 227/20, S. 5; LG Düsseldorf 30.7.2021 – 2b O 154/20, S. 10 f.; LG Paderborn 24.9.2021 – 4 O 424/20, S. 17 ff.; LG Köln 19.10.2021 – 16 O 614/20, BeckRS 2021, 32804, Rn. 63 ff.; LG Mönchengladbach 3.12.2021 – 2 O 54/21, S. 18; LG Freiburg 10.12.2021 – 2 O 518/20, S. 11; LG Verden 7.1.2022 – 4 O 254/21, S. 12 f.; LG Hamburg 12.1.2022 – 319 O 85/21, S. 10 ff.

Entscheidung meist – entgegen dem Erfordernis einer Einzelfallbetrachtung – nicht vertieft mit den Wertungen des § 817 Satz 2 BGB auseinander, sondern beschränken sich oftmals auf eine recht schematische Übertragbarkeitsprüfung der bisherigen Rechtsprechung des BGH vor allem zu den Schenkkreisen (dazu noch sogleich → S. 31)⁹¹. Bei näherem Hinsehen lässt sich eine teleologische Reduktion des § 817 Satz 2 BGB bei den Spielerklagen *nur schwer überzeugend begründen*⁹². Eine Verweigerung der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung ist nicht mit dem Schutzzweck der Strafnorm des § 285 StGB unvereinbar, gegen welche die Spieler durch ihre jedenfalls bedingt vorsätzliche Beteiligung am unerlaubten Glücksspiel verstoßen haben (oben → S. 11 f.).

Zunächst ist es *im Einzelfall* durchaus schwierig festzustellen, ob die Konditionssperre mit dem Schutzzweck des Verbotsgesetzes unvereinbar ist⁹³. Letztlich lässt sich, wenn die Leistung gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, mit dem Normzweck immer begründen, dass die Leistung rückabzuwickeln ist, da sie rechtswidrig war. Dann wäre § 817 Satz 2 BGB allerdings stets teleologisch zu reduzieren. Dass dies nicht sein kann, zeigt ein Blick auf zahlreiche Konstellationen, in denen auch bei Verstößen gegen gesetzliche Verbote die Rechtsprechung eine teleologische Reduktion der Konditionssperre abgelehnt hat, etwa mittlerweile⁹⁴ bei Leistungen aufgrund von Verträgen, die wegen Verstößen gegen Verbote zur Bekämpfung der Schwarzarbeit unwirksam sind⁹⁵.

Zentrale Bedeutung für die teleologische Reduktion der Konditionssperre besitzt der *Zweck* des § 817 Satz 2 BGB. Heute wird die Konditionssperre vor allem auch in der Rechtsprechung⁹⁶ mit zwei Erwägungen gerechtfertigt. Zum einen ist der Ausschluss der Leistungskondition Ausdruck einer *bewussten Rechtsschutzverweigerung des Staates*: Der Leistende, der sich ebenfalls mit seinem gesetzeswidrigen Handeln außerhalb der Rechtsordnung stellt, soll für die Rückabwicklung der Leistung keinen Rechtsschutz in Anspruch nehmen können⁹⁷. Zum anderen soll § 817 Satz 2

⁹¹ So auch der Eindruck von *Hendricks/Lüder* VuR 2021, 333 (335).

⁹² Gegen eine teleologische Reduktion grundsätzlich auch Münch. Komm. BGB/*Habersack*, 8. Aufl. 2020, § 762 BGB Rn. 24; *Hendricks/Lüder* VuR 2021, 333 (335 ff.); *Kemper* (Fn. 12) S. 198 ff. und 207; *Erman/H.-F. Müller*, 16. Aufl. 2020, § 762 BGB Rn. 14; anders *Cocron* ZfWG 2021, 327 (329); *Staudinger/Schönenberg-Wessel*, 2021, § 762 BGB Rn. 44a, 45; auf die Frage nicht eingehend *Maties* NJW 2020, 3685 (3690 f.).

⁹³ Zu Recht Münch. Komm. BGB/*M. Schwab*, 8. Aufl. 2020, § 817 BGB Rn. 23.

⁹⁴ Siehe demgegenüber noch anders BGH 31.5.1990 – VII ZR 336/89, NJW 1990, 2542 (2543) = BGHZ 111, 308.

⁹⁵ BGH 10.4.2014 – VII ZR 241/13, NJW 2014, 1805 (1806 f.) = BGHZ 201, 1; BGH 11.6.2015 – VII ZR 216/14, NJW 2015, 2406 (2407 f.) = BGHZ 206, 69; BGH 16.3.2017 – VII ZR 197/16, NJW 2017, 1808 (1810) = BGHZ 214, 228.

⁹⁶ Für einen Überblick über die Funktion und Legitimation der Konditionssperre *G. Wagner* AcP 206 (2006) 352 (364 ff.).

⁹⁷ Exemplarisch BGH 19.4.1961 – IV ZR 217/60, NJW 1961, 1458 (1459) = BGHZ 35, 103: „Das geschieht, weil es ein wesentliches Anliegen dieser Vorschrift ist, [...] den Rechtsschutz für Ansprüche zu versagen, die aus gesetz- oder sittenwidrigen Rechtsgeschäften hergeleitet werden. Mit solchen Makeln behaftete Geschäfte sollen nicht vor die staatlichen Gerichte gebracht werden können.“

BGB *Element einer Generalprävention* sein, wie der BGH vornehmlich in jüngeren Entscheidungen unterstreicht: Potentiell Leistende werden von gesetzeswidrigen Leistungen abgehalten, wenn sie wissen, dass sie ihre Leistung nicht ersetzt verlangen können, selbst wenn kein Rechtsgrund für die Leistung besteht, weil der mit der Leistung verfolgte Zweck nicht eingetreten ist⁹⁸.

Betont man den *Rechtsschutzverweigerungszweck* der Konditionssperre, so sind Ausnahmen von § 817 Satz 2 BGB nur schwer zu rechtfertigen. Nur wenn der Zweck der gesetzlichen Verbotsnorm bei einer Nichtrückabwicklung *vereitelt würde*, ist § 817 Satz 2 BGB teleologisch zu reduzieren. Dies dürfte beim Verbot des Glücksspiels im Internet nicht der Fall sein. Dieses glücksspielrechtliche Verbot soll und kann vor allem öffentlich durch die Glücksspielaufsicht durchgesetzt werden, speziell durch Untersagungsverfügungen (oben → S. 3). Für diese öffentliche Durchsetzung des Verbots ist es allerdings vollkommen irrelevant, ob die Spieler ihre nach § 285 StGB strafbar geleisteten Spieleinsätze zurück erhalten. Der Normzweck des über § 285 StGB auch an die Spieler gerichteten Glücksspielverbots im Internet wird damit durch die Konditionssperre nicht vereitelt, so dass vor dem Hintergrund des Rechtsschutzverweigerungsgedankens eine teleologische Reduktion des § 817 Satz 2 BGB ausscheidet.

Aber auch aus Überlegungen der *Generalprävention* lässt sich eine teleologische Reduktion des § 817 Satz 2 BGB nur schwer rechtfertigen. Ein Nachweis, dass eine Rückabwicklung der strafbar erbrachten Leistungen der Spieler (bei den in Anspruch genommenen Unternehmen) ein Mehr an Abschreckung verursachen würde als die Verweigerung der Rückabwicklung (bei den Spielern), lässt sich kaum führen – ein Nachweis, der aber für eine teleologische Reduktion erforderlich wäre⁹⁹. Jedenfalls haben die teils erfolgreichen Spielerklagen offenbar weder Spieler noch Unternehmen davon abgehalten, Glücksspiele im Internet durchzuführen. Vor allem sind die folgenden Aspekte festzuhalten, die dagegen sprechen, dass eine Verweigerung der Konditionssperre generalpräventiv im Hinblick auf das Glücksspielverbot wirken würde:

Die Gerichte stehen den Beteiligten für ihre der Rechts- und Sittenordnung widerstreitenden Geschäfte nicht zur Verfügung. Um die Folgen dieser Geschäfte, soweit sie allein die Parteien betreffen, sollen die Gerichte sich nicht kümmern“; BGH 5.5.1992 – X ZR 134/90, NJW 1992, 2557 (2560) = BGHZ 118, 182: „Wer bewußt gegen ein Verbotsgesetz verstößt, soll ohne Schutz bleiben“.

⁹⁸ BGH 10.4.2014 – VII ZR 241/13, NJW 2014, 1805 (1807) = BGHZ 201, 1: „Der Ausschluss auch eines bereicherungsrechtlichen Anspruchs mit der ihm zukommenden abschreckenden Wirkung [...] ist ein geeignetes Mittel, die in der Gesetzesbegründung zum Ausdruck kommende Zielsetzung des Gesetzgebers mit den Mitteln des Zivilrechts zu fördern“; so auch bereits die frühere Rechtsprechung etwa BGH 31.5.1990 – VII ZR 336/89, NJW 1990, 2542 (2543) = BGHZ 111, 308. Dieser Gedanke (Abschreckung von gesetzes- und sittenwidrigen Leistungen) geht wohl auf *Canaris FS für Ernst Steindorff* (1990) S. 519 (523 ff.), zurück, war aber in der Literatur nicht unumstritten; gegen „volkspädagogische Zwecksetzungen dieser Art“ etwa *Honsell, Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte*, 1974, S. 59.

⁹⁹ *Hendricks/Lüder VuR* 2021, 333 (335, 337).

- Insbesondere bei rational handelnden Spielern hätte während des Glücksspielverbots im Internet ein Ausschluss der Konditionssperre den Anreiz erhöht, weiterhin an einem strafbaren unerlaubten Glücksspiel teilzunehmen: Wie bereits angedeutet wurde (oben → S. 15), wäre eine Teilnahme am Spiel nämlich dann wegen der Kondizierbarkeit der Spieleinsätze für die Spieler *risikolos* möglich¹⁰⁰. Die Spieler könnten ihre Einsätze zurückverlangen, aber darauf vertrauen, dass die Unternehmen die versprochene Spielleistung (Ermöglichen einer Teilnahme am Spiel, Auszahlen von Gewinnen etc.) erbringen, um ihr Geschäftsmodell nicht zu gefährden (siehe noch unten → S. 34 f.). Diese *generalpräventiven* Überlegungen gelten grundsätzlich sogar für die Rückforderungsansprüche pathologisch spielsüchtiger Spieler¹⁰¹, soweit die Konditionssperre bei diesen überhaupt greift (oben → S. 26); eine Verweigerung der Kondition würde hier über den einzelnen Spieler hinaus in den Spielmarkt auf rationale Spieler abschreckend wirken. Die Eindämmung der Spielsucht und den Jugend- bzw. Spielerschutz – zentrale Ziele des Glücksspielverbots in Internet (oben → S. 5) – würde ein Ausschluss der Konditionssperre mithin nicht erreichen.
- Eine Generalprävention sowohl bei den Spielern als auch bei den anbietenden Unternehmen ist ohnehin *nicht mehr erforderlich*. Die auch bereits zuvor geduldeten Arten des Glücksspiels im Internet hat der GlüStV 2021 mittlerweile legalisiert (oben → S. 4 sowie unten → S. 54). Die damals angebotenen Glücksspiele sind nun auch nach dem Wortlaut des Gesetzes inhaltlich legal und unterliegen nur noch einem Erlaubnisvorbehalt, so dass eine Verweigerung der Konditionssperre von vorneherein keine abschreckende Wirkung entfalten würde¹⁰². Eine Generalprävention *für die Vergangenheit* ist kaum möglich. Auch hat die Rechtsprechung immer wieder angedeutet, dass bei der Frage einer teleologischen Reduktion der Konditionssperre vor allem auch rechtspolitische Erwägungen heranzuziehen sind („in erster Linie aus rechtspolitischen Erwägungen“¹⁰³). Solche rechtspolitischen – stets *in die Zukunft* gerichteten – Wertungen der Judikative finden freilich ihre Grenze in den rechtspolitischen Entscheidungen des Gesetzgebers, der im GlüStV 2021 Glücksspiele im Internet unter den Bedingungen zulässt, an die sich die Unternehmen bereits seit Längerem halten (vgl. auch noch unten → S. 54). Ein

¹⁰⁰ LG München II 19.8.2021 – 9 O 5322/20, S. 6; LG Wuppertal 14.9.2021 – 9 T 147/21, S. 3; *Hendricks/Lüder* VuR 2021, 333 (336 f.); zur Teilnahme an Schenkkreisen so auch die zentrale Argumentation bei *Klöhn* AcP 210 (2010) 804 (853 ff.).

¹⁰¹ So aber LG Mainz 14.7.2021 – 9 O 65/20, S. 15; *Hendricks/Lüder* VuR 2021, 333 (337).

¹⁰² Vgl. auch OLG Köln 28.11.2022 – 19 W 16/22, S. 3; anders aber LG Mainz 14.7.2021 – 9 O 65/20, S. 15.

¹⁰³ BGH 14.7.1993 – XII ZR 262/91, NJW-RR 1993, 1457 (1459) (gesamtes Wortlautzitat oben in → Fn. 87).

^{103a} So auch OLG Köln 28.11.2022 – 19 W 16/22, S. 3: „Eine solche Konterkarierung kann jedoch dann nicht (mehr) angenommen werden, wenn die Nichtigkeitsbegründende Norm nur noch für einen Übergangszeitraum als formaler Mantel Geltung beansprucht, da eine Neuregelung beschlossen und sich die maßgeblichen Behörden für die Zeit bis zum Inkrafttreten öffentlich auf eine Nichtahndung von Verstößen (bei Einhaltung bestimmter Bedingungen) verständigt haben“.

Zivilgericht kann daher – selbst für einen Fall in der Vergangenheit – bei einer an der Generalprävention ausgerichteten teleologischen Reduktion der Konditionssperre kaum eigene rechtspolitische Erwägungen zugrunde legen, die der Gesetzgeber nicht (mehr) teilt^{103a}.

- Zu berücksichtigen ist aber auch hier noch der bereits mehrfach erwähnte Gesichtspunkt: Das Glücksspielverbot im Internet war vor allem öffentlich durch die zuständige Glücksspielaufsicht durchzusetzen, die das im Rahmen ihres Vollzugsermessens nicht getan, sondern Verstöße sogar bewusst geduldet hat (oben → S. 3 f.). Ein Vollzug des Verbots war daher – soweit die Unternehmen sich bei der Ausgestaltung ihres Glücksspielangebots an die Vorgaben der Glücksspielaufsicht gehalten haben – *aus generalpräventiven Gründen* aus Sicht des Glücksspielrechts überhaupt *nicht erforderlich*. Wenn die Generalprävention beim öffentlichen Vollzug im Hinblick auf das konkrete Glücksspielangebot keine Rolle gespielt hat, dann kann die Generalprävention im Privatrecht kaum herangezogen werden, um die gesetzlich vorgesehene Konditionssperre nach § 817 Satz 2 BGB einzuschränken. Andernfalls würden Grundwertungen des Privatrechts zu vermeintlich öffentlichen Zwecken instrumentalisiert, die das öffentliche Recht (trotz Möglichkeit) selbst nicht vollzieht. Anders als in anderen Konstellationen, in denen über eine Verhaltenssteuerung durch Privatrecht nachgedacht werden kann, liegt hier kein öffentlichrechtliches Vollzugsdefizit vor (siehe noch unten → S. 41).

Dass eine teleologische Reduktion der Konditionssperre nach § 817 Satz 2 BGB nicht in Betracht kommt, soweit die Glücksspielaufsicht sich bewusst gegen einen Vollzug und für eine Duldung von Verstößen entschieden hat, ergibt schließlich auch ein Blick auf die klassischen Konstellationen, in denen die Rechtsprechung bisher § 817 Satz 2 BGB teleologisch reduziert und einen Bereicherungsanspruch zugelassen hat. Es handelt sich, etwa bei sittenwidrigen Beiträgen zu Schneeballsystemen und Schenkkreisen¹⁰⁴, bei dem gesetzeswidrigen „Kauf“ eines Ausbildungsplatzes¹⁰⁵ oder der Begünstigung von eigentlich zwingend ehrenamtlich tätigen Betriebsräten¹⁰⁶, um Sitten- oder Gesetzesverstöße, bei denen *eine öffentliche Durchsetzung nicht vorgesehen* (keine Behörde setzt die guten Sitten im Rechtsverkehr oder die zwingenden Vorschriften des Arbeitsrechts allgemein durch) und damit ein *private enforcement* durch das Privatrecht zweckmäßig war (vgl. auch noch unten → S. 41). Bereits Claus-Wilhelm Canaris hat zu Recht darauf hingewiesen, dass eine teleologische Reduktion der Konditionssperre vor allem geboten ist, soweit das vorwerfbare Verhalten ansonsten vor allem mangels Strafbarkeit jenseits des Privatrechts sanktionslos bliebe¹⁰⁷, ungewollt sanktionslos, muss man wohl ergänzen. Vorliegend war eine öf-

¹⁰⁴ BGH 10.11.2005 – III ZR 72/05, NJW 2006, 45 (46); BGH 13.3.2008 – III ZR 282/07, NJW 2008, 1942 (1942); BGH 6.11.2008 – III ZR 120/08, NJW-RR 2009, 345 (345 f.); BGH 18.12.2008 – III ZR 132/08, NJW 2009, 984 (984); vgl. bereits BGH 22.4.1997 – XI ZR 191/96, NJW 1997, 2314 (2315).

¹⁰⁵ BAG 28.7.1982 – 5 AZR 46/81, NJW 1983, 783 (783).

¹⁰⁶ BAG 8.11.2017 – 5 AZR 11/17, NZA 2018, 528 (532).

¹⁰⁷ Canaris FS für Ernst Steindorff (1990) S. 519 (524).

fentliche Durchsetzung des Glücksspielverbots im Internet allerdings möglich, wurde aber – unter bestimmten Vorgaben – bewusst von den zuständigen Behörden nicht vorgenommen (oben → S. 3 f.). Es wäre deshalb auch hier nicht ohne inneren Widerspruch, wenn das Privatrecht weiter gehen würde als das öffentliche Recht.

4. Berücksichtigung der Gegenleistungen der Unternehmen an die Spieler

Sollten dagegen – im Gegensatz zur bisherigen Argumentation – Ansprüche der Spieler auf Rückzahlung der Spieleinsätze bestehen, muss man sich die Folgefrage stellen, inwieweit sich die Spieler Gegenleistungen der Unternehmen anrechnen lassen müssen, die diese im Rahmen des Spielvertrags erbracht haben. Eine Nichtberücksichtigung dieser Gegenleistungen – konkret der *Teilnahme am Spiel* und der *Auszahlung etwaiger Gewinne* – würde freilich überraschen.

Eine *automatische Verrechnung* scheitert bei Bereicherungsansprüchen¹⁰⁸. Die bereicherungsrechtliche Saldotheorie hilft hier wenig, selbst wenn die Leistungen der Unternehmen in einem synallagmatischen Verhältnis zur Leistung des Spieleinsatzes stehen sollten. Denn die Unternehmen – wenn man Bereicherungsansprüche der Spieler wegen der Unwirksamkeit der Spielverträge nach § 134 BGB bejaht – würden dann nach § 819 Abs. 2 BGB verschärft haften und könnten sich daher wohl nicht auf die Saldotheorie als Ausprägung des Entreichungseinwands nach § 818 Abs. 3 BGB berufen¹⁰⁹.

Allerdings könnten die Unternehmen nach § 387 ff. BGB mit *eigenen bereicherungsrechtlichen Gegenansprüchen aufrechnen*, gegebenenfalls sogar aus anderen Spielverträgen, die mit dem anspruchstellenden Spieler geschlossen wurden. Soweit Spielern eine Teilnahme am Spiel gestattet wurde oder Gewinne ausgezahlt wurden und Rückzahlungsansprüche der Spieler bejaht werden, wird man auch den Unternehmen Bereicherungsansprüche gegen die Spieler nicht verweigern können. Anspruchsgrundlage dürfte hier ebenfalls § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB oder § 817 Satz 1 Fall 1 BGB sein, deren Voraussetzungen (wenn man sie zugunsten der Spieler bejaht) auch zugunsten der Unternehmen zu bejahen wären¹¹⁰. Auch eine Anwendung des § 817 Satz 2 BGB würde dann ausscheiden, wenn man eine solche aus generalpräven-

¹⁰⁸ Anders offenbar LG Köln 19.10.2021 – 16 O 614/20, BeckRS 2021, 32804, Rn. 70, das unter Rückgriff auf (die Wertung des?) § 249 BGB und die Differenzhypothese bei den bereicherungsrechtlichen Ansprüchen der Spieler die Gewinne berücksichtigen möchte; ebenfalls eine automatische Verrechnung nimmt LG Paderborn 14.7.2021 – 4 O 323/20, S. 11, vor; so wohl auch LG Landshut 8.10.2021 – 75 O 1849/20, S. 7 (zu Sportwetten, wonach der bereicherungsrechtliche Anspruch „in Höhe der [...] nach Abzug zwischenzeitlicher Gewinnen erlittene Wettspielverluste“ besteht); mit einer Entreichung begründet die Verrechnung dagegen LG Waldshut-Tiengen 3.8.2021 – 2 O 296/20, S. 12 f.

¹⁰⁹ OLG Frankfurt a.M. 8.4.2022 – 23 U 55/21, S. 19; das übersieht wohl LG Waldshut-Tiengen 3.8.2021 – 2 O 296/20, S. 12 f.; vgl. auch *Kemper* (Fn. 12) S. 203 f.

¹¹⁰ So ausdrücklich LG München II 19.8.2021 – 9 O 5322/20, S. 7 (zu § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB).

tiven Gründen – nach hier vertretener Sicht: zu Unrecht – auch bei den Bereicherungsansprüchen der Spieler verweigert (oben → S. 26 ff.). Denn dann müsste man konsequenterweise auch die Tatsache, dass Spieler ihre Vorteile aus der Teilnahme am unerlaubten Glücksspiel behalten dürfen, als einen schädlichen Anreiz im Glücksspielmarkt ansehen, weiterhin Glücksspiel im Internet zu betreiben, zumal die Teilnahme vollkommen risikolos wäre¹¹¹. Während die von den Spielern zurückzuerstattenden Gewinne sich recht einfach bestimmen lassen, bedarf die Teilnahme am Spiel als Gegenleistung im Rahmen des § 818 Abs. 2 BGB einer Bewertung, die wertmäßig durchaus dem Spieleinsatz entsprechen dürfte¹¹², wie im Hinblick auf deliktische Schadensersatzansprüche auch einzelne mit Spielerklagen befasste Gerichte festgestellt haben (dazu noch näher unten → S. 34).

II. Deliktische Schadensersatzansprüche?

Nicht in Betracht kommen ferner deliktische Schadensersatzansprüche (ausführlich zur Schutzgesetzhaftung unten → S. 43 ff.), vor allem – selbst soweit die anbietenden Unternehmen gegen die Vorschriften zum Glücksspiel im Internet (oben → S. 10 f.) verstoßen haben – nicht aus § 823 Abs. 2 BGB wegen Verstoßes gegen ein Schutzgesetz¹¹³.

1. Schuldhafter Verstoß gegen ein Schutzgesetz?

Zweifelhaft ist auch hier bereits – wie auch bei § 134 BGB – ob der Verstoß gegen das Glücksspielverbot im Internet, soweit dieses bei Beachtung bestimmter Anforderun-

¹¹¹ Ebenso LG München II 19.8.2021 – 9 O 5322/20, S. 7.

¹¹² Anders LG Waldshut-Tiengen 3.8.2021 – 2 O 296/20, S. 13.

¹¹³ Voraussetzung wäre freilich auch hier, dass deutsches Deliktsrecht kollisionsrechtlich überhaupt maßgeblich ist, was angesichts des ausländischen Sitzes der anbietenden Unternehmen zweifelhaft ist, aber hier unterstellt wird (oben → S. 5). Da keine der besonderen Kollisionsnormen in der Rom-II-VO einschlägig ist, müsste beim Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB auf die allgemeine Kollisionsnorm in Art. 4 Rom-II-VO zurückgegriffen werden, nach deren Grundsatz in Art. 4 Abs. 1 Rom-II-VO eine deliktische Haftung dem Recht am Schadenseintrittsort unterliegt. Bei den hier allein in Rede stehenden reinen Vermögensschäden ist die Bestimmung des Schadenseintrittsorts alles andere als einfach, zumal der Schadenseintrittsort bei reinen Vermögensschäden autonom zu bestimmen ist. Stets bei Art. 4 Abs. 1 Rom-II-VO für reine Vermögensschäden auf ein persönliches Merkmal des Geschädigten abzustellen, etwa dessen gewöhnlichen Aufenthalt, Wohn- oder Geschäftssitz als Vermögenszentrale, geht zu weit (etwa BeckOGK/Rühl, Art. 4 Rom-II-VO Rn. 68.1 [Stand: 1.12.2017]; vgl. auch zum europäischen Zuständigkeitsrecht und zum Deliktsgerichtsstand EuGH 10.6.2004 – Rs. C-168/02 [Rudolf Kronhofer gegen Marianne Maier und andere] EU:C:2004:364, Slg. 2004, I-6009; EuGH 28.1.2015 – Rs. C-375/13 [Harald Kolassa gegen Barclays Bank plc] EU:C:2015:37; EuGH 16.6.2016 – Rs. C-12/15 [Universal Music International Holding BV gegen Michael Tétréault Schilling, Irwin Schwartz, Josef Brož] ECLI:EU:C:2016:449). Der Vermögensschadensort beim Spieler ist im Einzelnen zu bestimmen und muss sich nicht zwangsläufig im Inland befinden.

gen von der Glücksspielaufsicht nicht vollzogen und Verstöße geduldet wurden, überhaupt als Verstoß gegen ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB angesehen werden kann (näher auch unten → S. 44 ff.)¹¹⁴.

Auch beim Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB sind die Zivilgerichte an die Entscheidungen der zuständigen Behörden gebunden, wenn es um die Frage geht, ob ein Schutzgesetz verletzt wurde, das eines staatlichen Vollzugs bedarf: Das dürfte nach der Rechtsprechung nicht nur für die Konkretisierung eines Schutzgesetzes durch Verwaltungsakt gelten¹¹⁵, sondern auch für den ermessensfehlerfreien Nichtvollzug eines Gesetzes¹¹⁶. Man kann daher nur schwer von der Verletzung eines Schutzgesetzes sprechen, wenn die zuständigen Behörden die betreffende Norm bei Erfüllung bestimmter Vorgaben bewusst nicht vollzogen und Verstöße gegen die Norm bewusst geduldet haben (oben → S. 3 f.), zumal die Duldung durch die Glücksspielaufsicht auch das *Verschulden* der Unternehmen ausschließen könnte¹¹⁷.

Hinzu kommt noch ein Weiteres: Auch die Spieler selbst haben gegen das Verbot des Glücksspiels im Internet in Form des § 285 StGB verstoßen, jedenfalls wenn sie die glücksspielrechtliche Unzulässigkeit billigend in Kauf genommen haben (oben → S. 11 f.). Jedenfalls solche Spieler dürften sich damit als Mittäter kaum *im Schutzbereich* des Glücksspielverbots befunden haben¹¹⁸, so dass bei diesen nicht nur etwaige bereicherungsrechtliche Ansprüche an § 817 Satz 2 BGB scheitern (oben → S. 24 ff.), sondern auch deliktische (näher unten → S. 59 f.).

2. Kein Schaden

Auch ein Schaden der Spieler lässt sich nicht ohne Weiteres begründen¹¹⁹, jedenfalls nicht in voller Höhe der geleisteten Spieleinsätze, da auch bei der Schadensbemessung die *erbrachten Gegenleistungen* der Unternehmen zu berücksichtigen sind (vgl. im Rahmen des Bereicherungsrechts oben → S. 32 f., zum Deliktsrecht auch noch ausführlich unten → S. 57 f.):

¹¹⁴ Bereits an der Schutzgesetzzeigenschaft des Glücksspielverbots im Internet zweifelnd LG Braunschweig 1.9.2021 – 8 O 1958/21, S. 3; LG Wuppertal 20.10.2021 – 17 O 182/21, S. 4; LG Memmingen 23.11.2021 – 24 O 4/21, S. 9 f.; LG Amberg 7.12.2021 – 12 O 951/20, S. 7; anders und für eine Schutzgesetzzeigenschaft LG Traunstein 1.10.2020 – 2 O 3808/19, S. 3; LG Meiningen 26.1.2021 – 2 O 616/20, S. 5 f.; AG Euskirchen 31.5.2021 – 13 C 158/21, S. 7; LG Coburg 1.6.2021 – 23 O 416/20, S. 21; LG Hamburg 5.7.2021 – 319 O 27/21, S. 3; LG Aachen 13.7.2021 – 8 O 582/20, S. 7 f.; LG Mainz 14.7.2021 – 9 O 65/20, S. 15; LG Düsseldorf 30.7.2021 – 2b O 154/20, S. 12; LG Freiburg 10.12.2021 – 2 O 518/20, S. 9; LG Verden 7.1.2022 – 4 O 254/21, S. 15.

¹¹⁵ BGH 26.2.1993 – V ZR 74/92, NJW 1993, 1580 (1581) = BGHZ 122, 1.

¹¹⁶ Vgl. auch Münch. Komm. BGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, § 823 BGB Rn. 561.

¹¹⁷ Dies erwägend LG Gießen 27.9.2021 – 2 O 227/20, S. 6.

¹¹⁸ In diese Richtung auch LG München I 13.4.2021 – 8 O 16058/20, ZfWG 2021, 324 (326); diesen Aspekt übersehen etwa LG Traunstein 1.10.2020 – 2 O 3808/19, S. 3; LG Meiningen 26.1.2021 – 2 O 616/20, S. 6; LG Coburg 1.6.2021 – 23 O 416/20, S. 21; LG Aachen 13.7.2021 – 8 O 582/20, S. 7 f.; LG Mainz 14.7.2021 – 9 O 65/20, S. 15 f.

¹¹⁹ Vgl. auch LG Mosbach 8.10.2021 – 2 O 342/20, S. 9; LG Amberg 7.12.2021 – 12 O 951/20, S. 7 f.

Zum einen haben die anbietenden Unternehmen den Spielern für den Einsatz als Gegenleistung *die Teilnahme am Spiel* mit entsprechenden Gewinnchancen ermöglicht, die im Zweifel wertmäßig dem Spieleinsatz entsprechen und bei der Differenzhypothese schadensmindernd zu berücksichtigen wären, wie auch einzelne mit Spielerklagen befasste Gerichte festgestellt haben¹²⁰. Hieran dürfte auch, anders als von einzelnen Gerichten in Entscheidungen über Spielerklagen angenommen¹²¹, die Tatsache nichts ändern, dass kein einklagbarer Anspruch der Spieler auf den Gewinn gegen die Unternehmen bestand. Zunächst würde selbst ein wirksamer Spielvertrag nach § 762 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht zu einklagbaren Ansprüchen führen; auch ist eine Rückforderung ausgezahlter Gewinne durch die Unternehmen hier nach § 762 Abs. 1 Satz 2 BGB (wenn eine Unwirksamkeit nach § 134 BGB abzulehnen ist, vgl. oben → S. 8), aber jedenfalls nach § 817 Satz 2 BGB (vgl. oben → S. 23 ff.) ausgeschlossen. Entscheidend dürfte aber eine andere Überlegung sein: Die Schadensbemessung muss wirtschaftlich erfolgen und aus wirtschaftlicher Sicht bestand niemals ein Zweifel an der Gewinnchance: Wollen die Unternehmen ihr Geschäftsmodell nicht gefährden, müssen sie die Gewinne auszahlen¹²². Die Tatsache, dass die Spieler zu Spieleinsätzen bereit waren, verdeutlicht den wirtschaftlichen Marktwert der Spielteilnahme, der bei der Schadensberechnung zu berücksichtigen ist. Nicht ohne Weiteres möglich ist es schließlich, im Rahmen der Schadensberechnung mit dem Normzweck des Glücksspielverbots im Internet zu argumentieren und deshalb der Teilnahmemöglichkeit keinen wirtschaftlichen Wert zuzubilligen¹²³. Vielmehr müsste für eine solche Versagung der Vorteilsausgleichung eine normative Korrektur der Differenzhypothese durchgeführt werden und die Anrechnung des Vorteils müsste im Verhältnis zwischen Spieler und Unternehmen dem Sinn und Zweck des Schadensersatzrechts widersprechen. Hierfür bestehen keine Anhaltspunkte.

Zudem müssten – soweit bei der Schadensberechnung die tatsächlichen Gewinnchancen und die Teilnahme am Spiel die Spieleinsätze nicht wertmäßig neutralisieren (oben → S. 34 f.) – im Rahmen eines deliktischen Schadensersatzanspruchs zum anderen auch die *tatsächlich erzielten Gewinne* im Rahmen der Differenzhypothese

¹²⁰ LG Hildesheim 12.11.2020 – 2 O 203/20, BeckRS 2020, 48282, Rn. 4; LG München II 19.8.2021 – 9 O 5322/20, S. 7; LG Braunschweig 1.9.2021 – 8 O 1958/21, S. 4; LG Wuppertal 14.9.2021 – 9 T 147/21, S. 3 f.; LG Wuppertal 20.10.2021 – 17 O 182/21, S. 4; LG Hanau 7.12.2021 – 9 O 168/21, S. 6; AG Ingolstadt 16.3.2022 – 13 C 875/21, S. 9; ohne sich mit dieser Frage auseinandersetzend einen Schaden bejahend LG Traunstein 1.10.2020 – 2 O 3808/19, S. 3; LG Meiningen 26.1.2021 – 2 O 616/20, S. 6; LG Coburg 1.6.2021 – 23 O 416/20, S. 21; LG Mainz 14.7.2021 – 9 O 65/20, S. 16; vgl. auch LG Paderborn 14.7.2021 – 4 O 323/20, S. 18; LG Waldshut-Tiengen 3.8.2021 – 2 O 296/20, S. 13; LG Mosbach 8.10.2021 – 2 O 342/20, S. 9; anders aber LG Freiburg 10.12.2021 – 2 O 518/20, S. 10; LG Verden 7.1.2022 – 4 O 254/21, S. 16.

¹²¹ Etwa LG Aachen 13.7.2021 – 8 O 582/20, S. 8; LG Düsseldorf 30.7.2021 – 2b O 154/20, S. 12; vgl. auch LG Waldshut-Tiengen 3.8.2021 – 2 O 296/20, S. 13.

¹²² So auch das Fazit bei *Hendricks/Lüder* VuR 2021, 333 (337).

¹²³ So aber LG Düsseldorf 30.7.2021 – 2b O 154/20, S. 12.

als Vorteile zu berücksichtigen sein¹²⁴, die den Schaden weiter mindern, zumal auch hier keine Gründe für eine Versagung der Vorteilsausgleichung ersichtlich sind.

3. Keine Zurechnung des Schadens

Ein Schadensersatzanspruch scheidet jedoch jedenfalls an der Zurechnung eines etwaigen Schadens der Spieler (näher unten → S. 59 ff.), wenn ein solcher überhaupt feststellbar ist (soeben → S. 34 f.). Erblickt man in der Zahlung der Spieleinsätze einen Vermögensschaden bei den Spielern, so wurde dieser doch nicht allein durch die Unternehmen verursacht, sondern vor allem bewusst und gewollt durch die Spieler selbst¹²⁵, die freiwillig am Spiel teilgenommen und die Spieleinsätze geleistet haben. Allenfalls bei pathologisch spielsüchtigen Spielern können Zweifel an der Freiwilligkeit bestehen (vgl. bereits oben → S. 26).

Zwar ist eine Schadenszurechnung denkbar, wenn der Geschädigte selbst den Schaden verursacht. Dies betrifft jedoch lediglich die so genannten *Herausforderungsfälle*, in denen der Geschädigte an eine vom Schädiger gesetzte Erstursache anknüpft, weil der Erstverursacher den selbständigen Entschluss des Geschädigten herausgefordert hat und dieser sich aufgrund billigenwerter Motive herausgefordert fühlen durfte, etwa bei Ausweich-, Rettungs- und Verfolgungshandlungen des Geschädigten¹²⁶. An einer solchen Herausforderung der Spieler mangelt es vorliegend, da deliktsrechtlich sich niemand zu einem rechtswidrigen Handeln herausgefordert fühlen darf: Zieht man einen Schutzgesetzverstoß in Betracht, anders als hier vertreten (oben → S. 33 f.), dann durften sich die Spieler nicht herausgefordert fühlen, an dem Verstoß gegen das Glücksspielverbot im Internet – das auch strafbewehrt an sie gerichtet war (oben → S. 11 f.) – mitzuwirken. Der durch die Leistung des Spieleinsatzes verursachte Vermögensschaden wäre damit den Unternehmen keinesfalls zuzurechnen, wie nunmehr auch der BGH bei der Haftung von Zahlungsdienstleistern entschieden hat (dazu noch näher → S. 60).

¹²⁴ So etwa auch LG Hamburg 5.7.2021 – 319 O 27/21, S. 3; LG Aachen 13.7.2021 – 8 O 582/20, S. 8.; LG Düsseldorf 30.7.2021 – 2b O 154/20, S. 12; vgl. auch LG München II 19.8.2021 – 9 O 5322/20, S. 8 (Aufrechnung mit Gegenanspruch der Unternehmen auf Rückzahlung der Gewinne trotz § 393 BGB möglich, auf den es freilich nicht ankommt, wenn die Gewinne bereits bei der Schadensberechnung zu berücksichtigen sind).

¹²⁵ In diese Richtung auch LG München I 13.4.2021 – 8 O 16058/20, ZfWG 2021, 324 (327); AG Euskirchen 31.5.2021 – 13 C 158/21, S. 8 f.; LG Braunschweig 1.9.2021 – 8 O 1958/21, S. 4; LG Wuppertal 14.9.2021 – 9 T 147/21, S. 4; LG Memmingen 23.11.2021 – 24 O 4/21, S. 10; LG Bonn 30.11.2021 – 5 S 70/21, S. 11; vgl. auch LG München II 19.8.2021 – 9 O 5322/20, S. 7 (wohl im Hinblick auf ein Mitverschulden des Spielers); dieser Aspekt wird übersehen etwa bei LG Traunstein 1.10.2020 – 2 O 3808/19, S. 3; LG Meiningen 26.1.2021 – 2 O 616/20, S. 6; LG Coburg 1.6.2021 – 23 O 416/20, S. 21; LG Mainz 14.7.2021 – 9 O 65/20, S. 16; *Cocron* ZfWG 2021, 327 (329).

¹²⁶ Siehe etwa BGH 29.11.1977 – VI ZR 51/76, NJW 1978, 421 (422); BGH 30.6.1987 – VI ZR 257/86, NJW 1987, 2925 (2926) = BGHZ 101, 215.

III. Rechtsmissbrauchseinwand?

Sollte man trotz dieser zahlreichen Hürden dennoch bereicherungsrechtliche Rückzahlungsansprüche oder deliktische Schadensersatzansprüche der Spieler gegen die Unternehmen bejahen, so könnte die Geltendmachung dieser Ansprüche nach § 242 BGB rechtsmissbräuchlich sein.

Dies betrifft vor allem Fälle, in denen die Spieler über einen längeren Zeitraum das Online-Glücksspielangebot des in Anspruch genommenen Unternehmens genutzt haben. In diesen Konstellationen haben einige mit Spielerklagen befasste Instanzgerichte die Geltendmachung von Rückzahlungsansprüchen als widersprüchliches Verhalten angesehen¹²⁷. Dieser Einschätzung ist jedenfalls dann zuzustimmen, wenn die von den Unternehmen erbrachten Gegenleistungen (die Ermöglichung der Teilnahme am Spiel und die Gewinnauszahlungen) bei etwaigen bereicherungsrechtlichen Rückzahlungsansprüchen oder deliktischen Schadensersatzansprüchen der Spieler gegen die Unternehmen – soweit sich diese überhaupt begründen lassen – nicht berücksichtigt würden (oben → S. 32 f. und → S. 34 f.). Dann wäre die Rückforderung der Spieleinsätze durch die Spieler Ausdruck einer Rosinenpickerei und widersprüchliches Verhalten.

IV. Verjährung

Da die in Anspruch genommenen Unternehmen Glücksspiele im Internet bereits seit längerem anbieten, die Spielerklagen indes erst in jüngerer Zeit erhoben wurden, ein Wort noch zur Verjährung etwaiger Rückforderungsansprüche (ausführlich unten → S. 63 ff.): Sollte man trotz der hier skizzierten materiellrechtlichen Bedenken bereicherungsrechtliche Rückzahlungsansprüche oder deliktische Schadensersatzansprüche für nach dem Jahr 2012 geleistete Spieleinsätze bejahen, stellt sich die Frage, für welche Zeiträume in der Vergangenheit die Spieler geleistete Spieleinsätze zurückfordern können, soweit sich die in Anspruch genommenen Unternehmen auf die Einrede der Verjährung berufen.

¹²⁷ Etwa OLG Hamm 12.11.2021 – I-12 W 13/21, S. 7 f.; LG München I 13.4.2021 – 8 O 16058/20, ZfWG 2021, 324 (326); LG Hildesheim 12.11.2020 – 2 O 203/20, S. 2; LG Bochum 10.3.2021 – I-6 O 369/20, S. 5; LG Wuppertal 20.10.2021 – 17 O 182/21, S. 3; LG Memmingen 23.11.2021 – 24 O 4/21, S. 9; LG Bonn 30.11.2021 – 5 S 70/21, S. 9; LG Amberg 7.12.2021 – 12 O 951/20, S. 6 f.; AG Ingolstadt 16.3.2022 – 13 C 875/21, S. 9 f. Anders OLG Frankfurt a.M. 8.4.2022 – 23 U 55/21, S. 20; LG Aachen 13.7.2021 – 8 O 582/20, S. 8; LG Landshut 8.10.2021 – 75 O 1849/20, S. 7 (zu Sportwetten); LG Düsseldorf 30.7.2021 – 2b O 154/20, S. 12; LG Nürnberg-Fürth 14.6.2021 – 19 O 6690/20, S. 6; LG Waldshut-Tiengen 3.8.2021 – 2 O 296/20, S. 16 f.; LG Mönchengladbach 3.12.2021 – 2 O 54/21, S. 19; LG Verden 7.1.2022 – 4 O 254/21, S. 16.

1. Verjährungsbeginn mit Leistung der Spieleinsätze

Zunächst würden die Rückforderungsansprüche der regelmäßigen Verjährung unterliegen. Die maßgebliche dreijährige Regelverjährungsfrist nach § 195 BGB beginnt gemäß § 199 Abs. 1 BGB mit dem Schluss des Jahres zu laufen, in dem der Anspruch entstanden ist und die Spieler von den die Ansprüche begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt haben oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätten erlangen müssen.

Vor diesem Hintergrund können Spieler die anbietenden Unternehmen unabhängig von Verjährungshöchstfristen von vorneherein aus Gründen der Verjährung allenfalls noch auf die Rückforderung von Einsätzen in Anspruch nehmen, welche sie in den *vergangenen vier Kalenderjahren* erbracht haben:

Nicht nur wären etwaige bereicherungsrechtliche Rückzahlungsansprüche oder deliktische Schadensersatzansprüche – soweit man sie, anders als hier vertreten, bejaht – im Augenblick der Zahlung der Einsätze durch die Spieler bereits *entstanden* (§ 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB). Die Zahlung der Spieleinsätze würde die rechtsgrundlos erbrachte Leistung und die Entstehung des Schadens begründen, welche die potentiellen Rückforderungsansprüche entstehen lassen.

Auch dürfte kein Zweifel daran bestehen, dass die Spieler bereits im Augenblick der Zahlung der Spieleinsätze sogar *Kenntnis* der einen etwaigen Rückforderungsanspruch begründenden *Umstände* und der *Person* der Unternehmen erlangt haben (§ 199 Abs. 1 Nr. 2 Fall 1 BGB). Es reicht für den Verjährungsbeginn eine Kenntnis der Tatsachen aus, ohne dass der Gläubiger auch diese Tatsachen rechtlich richtig gewürdigt haben muss. Wenig überraschend hat auch der BGH etwa bei der Rückabwicklung von Einsätzen bei sittenwidrigen Schenkkreisen für den Verjährungsbeginn der Rückforderungsansprüche allein auf den Zeitpunkt der rechtsgrundlos erbrachten Leistung der Teilnehmer abgestellt; eine zutreffende rechtliche Würdigung der Gegebenheiten – etwa im Hinblick auf die Unwirksamkeit der Verträge oder die Voraussetzungen einer Konditionssperre – sei nicht erforderlich¹²⁸. Es reicht mithin für einen Verjährungsbeginn eine Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis der Spieler davon aus, dass sie die Spieleinsätze geleistet und dabei an einem Glücksspiel im Internet teilgenommen haben¹²⁹. Über die rechtliche Bewertung, dass ein solches

¹²⁸ BGH 18.12.2008 – III ZR 132/08, NJW 2009, 984 (984): „Die Verjährungsfrist begann mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen (§ 199 I Nrn. 1, 2 BGB n. F.). [...] Dies war hier bereits der Zeitpunkt der rechtsgrundlosen Zuwendung im Juni oder im Juli 2003. Die ‚den Anspruch begründenden Umstände‘ i. S. des § 199 BGB I Nr. 1 BGB bestanden hier – wie das BerGer. mit Recht angenommen hat – in der Funktionsweise des sittenwidrigen Schneeballsystems. Diese Kenntnis konnte bei der Kl. nach dem unstreitigen Sachverhalt und den tatsächlichen Feststellungen des BerGer. vorausgesetzt werden. Hingegen war grundsätzlich nicht erforderlich, dass die Kl. aus diesen Gegebenheiten die zutreffende rechtliche Würdigung zog“.

¹²⁹ Siehe zu Bereicherungsansprüchen etwa BGH 1.6.2011 – VIII ZR 91/10, NJW 2011, 2570 (2571): „Gemäß § 199 I Nr. 2 BGB setzt der Beginn der Verjährung allerdings neben der Entstehung

Glücksspiel womöglich verboten war, der Spielvertrag deshalb womöglich unwirksam war oder die Unternehmen womöglich gegen ein Verbotsgesetz verstoßen haben, und über weitere rechtliche Urteile¹³⁰ müssen die Spieler für einen Verjährungsbeginn mithin keinesfalls reflektiert haben¹³¹.

2. Keine ausnahmsweise Verschiebung des Verjährungsbeginns

Allenfalls ließe sich überlegen, ob sich der Verjährungsbeginn bei den Spielerklagen verschoben hat, weil hier im Hinblick auf die Rückforderung von Glücksspieleinsätzen im Internet eine *unsichere und zweifelhafte Rechtslage* bestand, so dass eine Rechtsdurchsetzung für die Spieler unzumutbar war (siehe außerdem unten → S. 70 ff.).

Grundsätzlich erkennt die Rechtsprechung eine solche Verschiebung des Verjährungsbeginns bei unklarer Rechtslage in Einzelfällen an, wobei ein übliches Prozessrisiko nicht ausreicht¹³². Allerdings liegt eine solche – den Verjährungsbeginn verschiebende – unsichere und zweifelhafte Rechtslage hier nicht vor, auch wenn zahlreiche schwierige Rechtsfragen zu entscheiden sind, die bisher nicht höchstrichterlich geklärt sind, und auch wenn nach der hier vertretenen Ansicht Rückforderungsansprüche sich nicht begründen lassen (und sich damit die Verjährungsfrage eigentlich nicht stellt). Es ist derzeit lediglich unklar, wie sich die Rechtsprechung in den im Einzelnen umstrittenen Rechtsfragen positionieren wird. Allerdings liegen die einzelnen Streitstände offen auf dem Tisch und harren lediglich der richtigen Entscheidung – vor allem die Unwirksamkeit der Spielverträge wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot, das von den zuständigen Behörden nicht durchgesetzt wird

des Anspruchs voraus, dass der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen. Nach der Rechtsprechung des BGH genügt es jedoch, wenn der Gläubiger die tatsächlichen Umstände kennt, aus denen sich für einen rechtskundigen Dritten der Anspruch ergibt. Bei einem Anspruch aus ungerechtfertigter Leistung liegt die für den Verjährungsbeginn erforderliche Kenntnis des Gläubigers vor, wenn er von der Leistung und vom Fehlen des Rechtsgrunds weiß, d. h. von den Tatsachen, aus denen dessen Fehlen folgt. Eine zutreffende rechtliche Würdigung setzt § 199 I Nr. 2 BGB hingegen nicht voraus“.

¹³⁰ Vgl. etwa BGH 1.6.2011 – VIII ZR 91/10, NJW 2011, 2570 (2571): „Das BerGer. geht zwar im Ansatz zutreffend von dieser Rechtsprechung aus, wendet sie aber im Ergebnis nicht an, indem es von der Kl. den Nachweis verlangt, wann der Bekl. zu 1 die Gesetzwidrigkeit der Kautionsbekannt geworden sei. Damit macht das BerGer. den Beginn der Verjährung entgegen der Rechtsprechung des BGH von der zutreffenden rechtlichen Würdigung eines schon länger bekannten Sachverhalts durch den Gläubiger abhängig. Der Bereicherungsanspruch der Bekl. zu 1 ergibt sich daraus, dass sie für eine Wohnung eine Kautionszahlung erbracht hat, die den Betrag von drei Monatsmieten übersteigt; diese Umstände waren der Bekl. zu 1 bei Zahlung der Kautionsbekannt. Ob die Bekl. die Vorschrift des § 551 BGB kannte und ihr deshalb bewusst war, dass ihr ein Rückforderungsanspruch zusteht, ist nicht entscheidend. Wie ausgeführt, ist die zutreffende rechtliche Einordnung eines Sachverhalts durch den Gläubiger nicht erforderlich“.

¹³¹ Das übersieht LG Köln 19.10.2021 – 16 O 614/20, BeckRS 2021, 32804, Rn. 69.

¹³² BGH 6.5.1993 – III ZR 2/92, NJW 1993, 2303 (2305) = BGHZ 122, 317.

(oben → S. 15 ff.), und die teleologische Reduktion der Konditionssperre (oben → S. 26 ff.). Es besteht damit für die Spieler nur das übliche Prozessrisiko.

Bejaht man – anders als hier vertreten – eine Unwirksamkeit der Spielverträge, so ergibt sich jedenfalls der Bereicherungsanspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB unmittelbar aus dem Fehlen eines Rechtsgrunds. Auch hat der BGH bereits im Zusammenhang mit den sittenwidrigen Schenkkreisen betont, dass die Hürde einer teleologischen Reduktion des § 817 Satz 2 BGB auch für bisher nicht entschiedenen Fallgruppen für eine den Verjährungsbeginn verschiebende zweifelhafte Rechtslage nicht ausreicht¹³³. Jeder potentielle Bereicherungsgläubiger – und damit auch die Spieler – muss angesichts der bisherigen Entscheidungen des BGH damit rechnen, dass die Rechtsprechung in weiteren – bisher noch nicht anerkannten – Fallgruppen Ausnahmen von der Konditionssperre macht, auch wenn diese vorliegend nach der hier vertretenen Ansicht nicht in Betracht kommen (oben → S. 26 ff.).

V. Ergebnisse: Kein Fall für ein private enforcement

Spieler, die Spieleinsätze beim Glücksspiel im Internet verloren haben, können diese regelmäßig nicht zurückfordern.

Vor allem bereicherungsrechtliche Rückzahlungsansprüche lassen sich nur schwer begründen. Wegen des bewussten Nichtvollzugs des Glücksspielverbots und der an bestimmte Voraussetzungen geknüpften bewussten Duldung von Verstößen durch die deutsche Glücksspielaufsicht sind jedenfalls seit dem Inkrafttreten des GlüStV 2012 abgeschlossene Spielverträge bereits nicht nach § 134 BGB wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot unwirksam (oben → S. 15 ff.). Aber selbst wenn trotz die-

¹³³ BGH 18.12.2008 – III ZR 132/08, NJW 2009, 984 (984): „Ausnahmsweise kann etwas anderes gelten, wenn es sich um eine unübersichtliche oder zweifelhafte Rechtslage handelt, so dass sie selbst ein rechtskundiger Dritter nicht zuverlässig einzuschätzen vermag [...]. Eine derartige Fallkonstellation lag hier indessen nicht vor: Aus der Sittenwidrigkeit des Schneeballsystems und der Nichtigkeit der in diesem erbrachten Zuwendungen ergab sich der Bereicherungsanspruch von selbst. Fraglich konnte allenfalls sein, ob diesem die Konditionssperre des § 817 S. 2 BGB entgegenstand. Insoweit hatte der BGH jedoch bereits im Jahre 1990 – das heißt lange vor den hier in Rede stehenden Vorgängen – darauf hingewiesen, dass bei dem Rückforderungsverbot des § 817 S. 2 BGB nicht außer Betracht bleiben kann, welchen Zweck das in Frage stehende Verbotsgesetz verfolgt, und dass danach im Einzelfall eine einschränkende Auslegung der rechtspolitisch problematischen und in ihrem Anwendungsbereich umstrittenen Vorschrift geboten sein kann [...]. Auch wenn es sich dabei nicht um einen allgemeingültigen Grundsatz handelte [...], ergab sich schon daraus [...] für die Rückabwicklung von Zuwendungen im Rahmen eines ‚Schenkcreises‘ ein hinreichender Anhaltspunkt dafür, dass eine Überwindung der Konditionssperre durchaus erfolgversprechend war. Insbesondere war erkennbar, dass innerhalb der Leistungskondition der Schutzzweck der jeweiligen Nichtigkeitsbegründenden Norm nicht dadurch konterkariert werden durfte, dass der durch sie zu verhindernde sittenwidrige Zustand perpetuiert oder weiterem sitten- und verbotswidrigen Handeln Vorschub geleistet werden durfte [...]. Dass gleichwohl – wie die Revision unter Hinweis auf divergierende oberlandesgerichtliche Entscheidungen darzulegen versucht – ein gewisses Prozessrisiko verblieb, ist für die Kenntnis i. S. des § 199 I BGB unerheblich“.

ses Nichtvollzugs und dieser Duldung eine Unwirksamkeit der Spielverträge nach § 134 BGB in Betracht käme: Entweder wären Bereicherungsansprüche nach § 817 Satz 2 BGB gesperrt (oben → S. 24 ff.), weil die Spieler durch ihre jedenfalls bedingt vorsätzliche Beteiligung am unerlaubten Glücksspiel nach § 285 StGB mit der Leistung der Spieleinsätze ebenfalls gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen haben. Oder es scheidet eine Unwirksamkeit der Spielverträge nach § 134 BGB mangels eines beiderseitigen Gesetzesverstößes aus, wenn die Spieler von einer glücksspielrechtlichen Zulässigkeit des Glücksspiels im Internet ausgingen (oben → S. 10 ff.); dann kommt es auf die Konditionssperre nach § 817 Satz 2 BGB und deren teleologische Reduktion nicht an (oben → S. 25 f.).

Auch deliktische Schadenersatzansprüche der Spieler lassen sich vor allem bereits mangels eines zurechenbaren Schadens (oben → S. 33 ff.) kaum begründen.

Die vorstehenden Überlegungen zeigen mithin, dass das allgemeine Privatrecht und insbesondere das Schuldrecht nicht der Ort ist, um eine öffentlichrechtliche Glücksspielregulierung durchzusetzen, welche die zuständigen Behörden bewusst nicht vollziehen, weil sich die Ansicht durchgesetzt hat, dass ein reguliertes Glücksspielangebot im Internet die Ziele der Glücksspielregulierung besser erreicht als ein umfassendes Verbot (oben → S. 6, 18 f. sowie unten S. 47 f. und 51 f.). Vielmehr liegen bei den Spielerklagen – anders als womöglich bei einer lauterkeitsrechtlichen Durchsetzung von Glücksspielverboten (oben → S. 19) – zentrale Bedingungen für eine Durchsetzung von öffentlichrechtlichen Verhaltensstandards durch das Privatrecht nicht vor, wie sie etwa Gerhard Wagner vor fünfzehn Jahren zusammengefasst hat¹³⁴: Weder greifen die traditionellen Wirkungsgrenzen des öffentlichen Rechts; insbesondere besteht bei der Glücksspielregulierung im Internet kein ungewolltes, sondern ein bewusstes Vollzugsdefizit des öffentlichen Rechts (oben → S. 3 f.). Noch würden die Vorteile des Privatrechts bei der Verhaltenssteuerung die behördliche Durchsetzung des Privatrechts notwendig ergänzen: Die deutsche Glücksspielaufsicht verfügt über Mittel und Befugnisse, ohne großen Aufwand – auch grenzüberschreitend im Binnenmarkt – das öffentliche Glücksspielrecht jedenfalls gegenüber den auf Rückzahlung in Anspruch genommenen Unternehmen durch Untersagungsverfügungen oder den Widerruf von Glücksspielkonzessionen durchzusetzen, anders als gegenüber Anbietern auf einem Schwarzmarkt (vgl. unten → S. 47 f. und 51 f.). Sie hat dies auch getan, in dem sie Verstöße der Unternehmen, soweit sich diese an bestimmte Vorgaben der deutschen Behörden gehalten haben, bewusst geduldet hat (oben → S. 3 f.), um Ziele der Glücksspielregulierung zu erreichen (vgl. näher noch unten → S. 51 f.).

¹³⁴ G. Wagner AcP 206 (2006) 352 (441 ff.).

C. Schutzgesetzhaftung aus § 823 Abs. 2 BGB bei Verstoß gegen § 4 Abs. 4 GlüStV 2012 oder § 284 StGB

von Christian Heinze

I. Einführung

Klagen gegen Glücksspielanbieter auf Rückforderung von Spieleinsätzen werden bisher überwiegend auf bereicherungsrechtliche Ansprüche aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB gestützt, weil der Spielvertrag nach § 134 BGB i. V. m. § 4 Abs. 4 GlüStV 2012¹³⁵ unwirksam sei (ausführlich dazu oben → S. 7 ff.). Seltener wird neben den bereicherungsrechtlichen Ansprüchen auch ein deliktsrechtlicher Anspruch wegen Schutzgesetzverletzung aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 4 Abs. 4 GlüStV 2012 erwogen¹³⁶. Noch

¹³⁵ Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland (Glücksspielstaatsvertrag – GlüStV) vom 15.12.2011, verkündet etwa als Art. 1 im Ersten Staatsvertrag zur Änderung des Staatsvertrages zum Glücksspielwesen in Deutschland vom 15.12.2011, Bayerisches Gesetz- und Verordnungsblatt Nr. 12/2012, S. 318. Zur Umsetzung in Baden-Württemberg das Gesetz vom 26.6.2012 zu dem Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag und zu dem Staatsvertrag über die Gründung der GKL Gemeinsame Klassenlotterie der Länder, GBl BW 2012 Nr. 10, S. 385. Zur Begründung Gesetzentwurf der Landesregierung, Gesetz zu dem Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag und zu dem Staatsvertrag über die Gründung der GKL Gemeinsame Klassenlotterie der Länder, Landtag von Baden-Württemberg Drucksache 15/1570 vom 17.4.2012, abrufbar unter https://www.landtag-bw.de/files/live/sites/LTBW/files/dokumente/WP15/Drucksachen/1000/15_1570_D.pdf (Abruf am 15.7.2022). Erläuterungen finden sich zudem auf einer Internetseite des Landes Hessen https://innen.hessen.de/sites/innen.hessen.de/files/2021-06/111207_erlaeuterungen_erster_glueaendstv_0.pdf mit Stand 7. Dezember 2011 (Abruf am 15.7.2022).

¹³⁶ Ein solcher Anspruch wurde *bejaht* etwa von LG Bochum 21.3.2022 – 3 O 75/21, Rn. 14, 21 (juris) (mit Vermischung der Ansprüche aus § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 und § 823 Abs. 2 BGB); LG Konstanz 2.2.2022 – D 2 O 287/21, Rn. 47 ff. (juris); LG Aachen 13.7.2021 – 8 O 582/20, Rn. 38 ff. (juris), ZfWG 2021, 413; LG Gießen 25.2.2021 – 4 O 84/20, Rn. 19 (juris), ZfWG 2021, 323 (mit Prüfung allerdings nur des § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 BGB); LG Meiningen 26.1.2021 – 2 O 616/20, Rn. 16 ff. (juris); LG Frankenthal 9.12.2021 – 3 O 374/20, S. 5.

Verneint haben einen solchen Anspruch etwa LG Trier 26.7.2022 – 4 O 278/21, S. 8 f.; LG Leipzig 24.3.2022 – 4 O 1013/21, S. 7; LG Memmingen 23.11.2021 – 24 O 4/21, S. 9 f.; LG Amberg 7.12.2021 – 12 O 951/20, S. 7; LG Bonn 30.11.2021 – 5 S 70/21 Rn. 42 f. (juris), ZfWG 2022, 104; LG Wuppertal 27.10.2021 – 17 O 389/20, Rn. 24 f. (juris); LG München I 13.4.2021 – 8 O 16058/20, Rn. 39 ff. (juris), ZfWG 2021, 324; dem folgend LG Stuttgart 20 O 148/21, S. 8; LG Bochum 10.3.2021 – 6 O 369/20, Rn. 27 (juris); LG Nürnberg-Fürth 22.10.2020 – 10 O 8632/19, Rn. 28 (juris), ZfWG 2021, 116. Siehe auch die Nachweise in Fn. 187 und Fn. 197 zur Anspruchsversagung mangels (kausalen und zurechenbaren) Schadens. Ebenso – im Kontext einer Klage gegen den Zahlungsdienstleister, nicht den Anbieter des Glücksspiels – eine Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB mangels Schutzgesetzqualität *vernei-*

seltener wird eine Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 284 StGB als Schutzgesetz erörtert¹³⁷. Im Folgenden soll dennoch untersucht werden, ob ein Spieler, der während der Geltungszeit¹³⁸ des § 4 Abs. 4 GlüStV 2012 an einem Online-Glücksspiel im Internet teilgenommen hat, einen Anspruch auf Rückzahlung seiner Spieleinsätze aus § 823 Abs. 2 BGB wegen Schutzgesetzverletzung geltend machen kann.

II. Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB

Ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB setzt das Vorliegen und die Verletzung eines Schutzgesetzes (dazu unter 1., sogleich → S. 44 ff.), das Verschulden des Anspruchsgegners (dazu unter 2., unten → S. 57) sowie einen durch die Schutzgesetzverletzung kausal verursachten und nach Maßgabe des Schutzzwecks des verletzten Schutzgesetzes ersatzfähigen Schaden (dazu unter 3., unten → S. 57 ff.) voraus.

1. Vorliegen eines Schutzgesetzes

a) Gesetz im Sinne des Art. 2 EGBGB

Ein Gesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB ist jede Rechtsnorm im materiellen Sinne (Art. 2 EGBGB). § 4 Abs. 4 GlüStV 2012 genügt nach der Umsetzung durch die Gesetzgebung in den Bundesländern¹³⁹ diesen Anforderungen, gleiches gilt für die bundesgesetzliche Norm des § 284 StGB. Ein Verstoß gegen beide Normen und ihre Anwendbarkeit soll im Folgenden ungeachtet europarechtlicher Zweifel und ihrer Voll-

nend OLG München 28.2.2020 – 8 U 5467/19, Rn. 25 (juris), ZfWG 2020, 289 („Die durch den GlüStV begründeten Verpflichtungen sowie die zur Überwachung ihrer Erfüllung bestehenden Aufsichtspflichten (§ 9 GlüStV) sind ausschließlich öffentlich-rechtlicher Natur und wirken deshalb nicht auf das zivilrechtliche Schuldverhältnis zwischen Zahlungsdienstleister und Kunden ein“); OLG Köln 23.6.2022 – 18 U 8/21, Rn. 71 ff. (juris); LG Hamburg 3.1.2020 – 330 O 111/19, Rn. 32 (juris), ZfWG 2020, 296; LG Wuppertal 30.10.2019 – 3 O 384/18, Rn. 41 (juris), ZfWG 2020, 70; LG Düsseldorf 10.10.2019 – 8 O 398/19, Rn. 27 (juris), ZfWG 2020, 68; AG Neuss 30.11.2020 – 86 C 155/20, Rn. 46 (juris), ZfWG 2021, 330; eine Haftung in diesem Kontext *bejahend* LG Ulm 16.12.2019 – 4 O 202/18, Rn. 65 ff. (juris), ZfWG 2020, 171 (das Berufungsverfahren ist wegen einer laufenden EuGH-Vorlage ausgesetzt, vgl. OLG Stuttgart 15.1.2021 – 5 U 11/20, WM 2021, 1786). Eine Haftung des Zahlungsdiensteanbieters aus § 823 Abs. 2 BGB wegen Vorrangs der §§ 675u, 675z BGB verneint auch BGH 13.9.2022 – XI ZR 515/21, Rn. 24 f., der zugleich klarstellt (Rn. 16), dass nach dem gesetzgeberischen Willen durch § 4 Abs. 1 Satz 2 Fall 2 GlüStV 2012 „nicht in das zivilrechtliche Schuldverhältnis zwischen Zahlungsdienstleister und Zahlungsdienstnutzer eingegriffen werden soll“.

¹³⁷ Verneint von LG Wuppertal 27.10.2021 – 17 O 389/20, Rn. 24 f. (juris); LG München I 13.4.2021 – 8 O 16058/20, Rn. 44 ff. (juris), ZfWG 2021, 324. Nur knapp erwähnt und offen gelassen von LG Bielefeld 3.2.2022 – 6 O 231/20, Rn. 49 (juris); LG Mönchengladbach 3.12.2021 – 2 O 54/21, Rn. 76 (juris).

¹³⁸ § 4 Abs. 4 GlüStV 2012 galt etwa in Baden-Württemberg vom 1.7.2012 bis zum 30.6.2021, zum Inkrafttreten (und Außerkrafttreten des GlüStV 2008) VG Karlsruhe 13.9.2012 – 3 K 1489/10, ZfWG 2012, 454 Rn. 16 f. (juris), zum Außerkrafttreten § 35 Abs. 2 GlüStV 2012.

¹³⁹ Siehe etwa für Baden-Württemberg die Nachweise in Fn. 135.

zugsdefizite unterstellt werden (näher zum Verstoß gegen § 4 Abs. 4 GlüStV 2012 oben → S. 2 ff.).¹⁴⁰

b) Schutzgesetzqualität

Zentral für den Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB ist die *Schutzgesetzqualität* der Normen, deren Verletzung geltend gemacht wird, hier also des § 4 Abs. 4 GlüStV 2012 und des § 284 StGB.

aa) Kriterien für die Schutzgesetzqualität

Nach ständiger Rechtsprechung ist eine Rechtsnorm ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, „wenn sie zumindest auch dazu dienen soll, den Einzelnen oder einzelne Personenkreise gegen die Verletzung eines bestimmten Rechtsgutes oder eines bestimmten Rechtsinteresses zu schützen“¹⁴¹. Dazu „kommt es nicht auf die Wirkung, sondern auf *Inhalt, Zweck und Entstehungsgeschichte* des Gesetzes an, also darauf, ob der Gesetzgeber bei Erlass des Gesetzes gerade einen Rechtsschutz, wie er wegen der behaupteten Verletzung in Anspruch genommen wird, zugunsten von Einzelpersonen oder bestimmten Personenkreisen gewollt oder doch mit gewollt hat. Es genügt, dass die Norm auch das infrage stehende Interesse des Einzelnen schützen soll, mag sie auch in erster Linie das Interesse der Allgemeinheit im Auge haben. Andererseits soll der Anwendungsbereich von Schutzgesetzen nicht ausufern. Es reicht deshalb nicht aus, dass der Individualschutz durch Befolgung der Norm als Reflex objektiv erreicht werden kann; er muss vielmehr im Aufgabenbereich der Norm liegen“¹⁴². Zudem muss „die Schaffung eines individuellen Schadensersatzanspruchs sinnvoll und im Lichte des haftungsrechtlichen Gesamtsystems tragbar“ erscheinen. Zu diesem Zweck „muss in umfassender Würdigung des gesamten Regelungszusammenhangs, in den die Norm gestellt ist, geprüft werden, 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 Haftungs- und Beweiserleichterungen zu knüpfen“¹⁴³.

¹⁴⁰ Bereits einen Verstoß gegen § 4 Abs. 4 GlüStV 2012 verneint etwa LG Görlitz 22.6.2022 – 1 O 452/21, S. 8.

¹⁴¹ BGH 23.7.2019 – VI ZR 307/18, NJW 2019, 3003, Rn. 12 (dort als „ständige Rechtsprechung“ bezeichnet).

¹⁴² BGH 23.7.2019 – VI ZR 307/18, NJW 2019, 3003, Rn. 12 mit Verweis auf BGH 13.3.2018 – VI ZR 143/17, BGHZ 218, 96 = BeckRS 2018, 3839, Rn. 27; BGH 22.6.2010 – VI ZR 212/09, BGHZ 186, 58 = BeckRS 2010, 17425, Rn. 26; BGH 13.3.2018 – II ZR 158/16, BGHZ 218, 80 = DStR 2018, 1307, Rn. 14; BGH 27.11.1963 – V ZR 201/61, BGHZ 40, 306 = NJW 1964, 396.

¹⁴³ BGH 23.7.2019 – VI ZR 307/18, NJW 2019, 3003, Rn. 13.

bb) Anwendung auf § 4 Abs. 4 GlüStV 2012

Die Schutzgesetzqualität des § 4 Abs. 4 GlüStV 2012 setzt mithin voraus, dass nach Inhalt, Zweck und Entstehungsgeschichte der Gesetzgeber „gerade einen Rechtsschutz, wie er wegen der behaupteten Verletzung in Anspruch genommen wird, zugunsten von Einzelpersonen oder bestimmten Personenkreisen gewollt oder doch mit gewollt hat“, also dass der Gesetzgeber gerade einen Anspruch der Teilnehmer an Online-Glücksspielen auf Rückzahlung ihrer Spieleinsätze zumindest (mit-)gewollt hat (dazu unter (1), sogleich → S. 46 ff., und unter (2), unten → S. 49 ff.). Außerdem muss die Schaffung eines individuellen Schadensersatzanspruchs nach umfassender Würdigung des Regelungszusammenhangs sinnvoll und im Lichte des haftungsrechtlichen Gesamtsystems tragbar erscheinen (dazu unter (3), unten → S. 54 ff.).

(1) Schutzgesetz nach Inhalt, Zweck und Entstehungsgeschichte gewollt?

Geht man zunächst vom *Wortlaut* aus¹⁴⁴, so ist festzuhalten, dass weder die konkrete Norm des § 4 Abs. 4 GlüStV 2012 noch die anderen Regeln des GlüStV 2012 privatrechtliche Ansprüche regeln oder nur erwägen. Auch der Regelungskontext thematisiert privatrechtliche Ansprüche nicht, sondern der GlüStV 2012 widmet sich nur der aufsichtsbehördlichen Durchsetzung (§§ 9–11 GlüStV 2012). Gegen eine Schutzgesetzqualität spricht auch, dass im Tatbestand des § 4 Abs. 4 GlüStV 2012 das geschützte (Individual-)Rechtsgut „weder als Verletzungsobjekt noch als Objekt konkreter Gefährdung genannt“ ist¹⁴⁵.

Schaut man sodann in die *Entstehungsgeschichte* und die *Materialien* zu § 4 Abs. 4 GlüStV 2012, so gibt die (knappe) Erläuterung zum Verbot von Online-Glücksspielen im Internet keinerlei Hinweis auf eine Intention des Gesetzgebers, das Verbot des Online-Glücksspiels mit einem privatrechtlichen Rechtsschutz in Gestalt einer Rückzahlungsverpflichtung etwaiger Spieleinsätze zu flankieren. Zu § 4 Abs. 4 GlüStV 2012 beschränken sich die Materialien auf folgende Feststellung¹⁴⁶:

Zu Absatz 4

Das bisherige Internetverbot wird beibehalten. Die Ziele des § 1 rechtfertigen eine Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV). Dies gilt insbesondere in Anbetracht der Besonderheiten, die mit dem Anbieten von Glücksspielen über das Internet verbunden sind (EuGH, Urteil vom 8.9.2009, Rs. C 42-/07 – Liga Portuguesa, Rn. 63, 72; Urteil vom 30.6.2011, Rs. C-212/08 – Zeturf, Rn. 80; BVerwG, Urteil vom 1.6.2011 Az. 8 C 5.10).

Bezieht man zudem die jüngste Novelle des GlüStV 2021 ein, so findet sich dort eine Abkehr vom generellen Verbot des Online-Glücksspiels. § 4 Abs. 4 Satz 1 GlüStV 2021 sieht nunmehr eine Auflistung der Glücksspiele im Internet vor, für die unter bestimmten Voraussetzungen (dazu § 4 Abs. 5 GlüStV 2021) eine Erlaubnis erteilt

¹⁴⁴ Zu dessen Relevanz BGH 23.7.2019 – VI ZR 307/18, NJW 2019, 3003, Rn. 16.

¹⁴⁵ Zu diesem Kriterium BGH 3.2.1987 – VI ZR 32/86, NJW 1987, 1818 f.; Münch. Komm. BGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, § 823 Rn. 564.

¹⁴⁶ Drucksache des Landtags Baden-Württemberg 15/1570 S. 65 = Erläuterungen (Fn. 135) S. 18.

werden muss (Anspruch auf Erlaubniserteilung bei Erfüllung der Voraussetzungen). Das bisherige Internetverbot gilt nur noch „im Übrigen“ (§ 4 Abs. 4 Satz 2 GlüStV 2021)¹⁴⁷. Die Gesetzesbegründung verweist dazu auf die bisher unzureichende Kanalisierung des Online-Glücksspiels in den regulierten Markt, das erhebliche Vollzugsdefizit des Totalverbots und die Nichterweislichkeit der zur Begründung des Totalverbots vorgebrachten Gefahren. So hat das Totalverbot einen Schwarzmarkt im Internet entstehen lassen, dessen Bekämpfung sich im Vollzug als schwierig erwiesen hat¹⁴⁸. Da zudem eine liberal geprägte Regulierung des Online-Glücksspiels nicht mit einem höheren Gesamt-Glücksspielvolumen einhergeht, hat das Totalverbot in § 4 Abs. 4 GlüStV 2012 nicht die erhoffte Reduktion des Gesamt-Glücksspielvolumens bewirkt, sondern nur einen größeren Anteil des Schwarzmarkts am Gesamtmarkt¹⁴⁹. Weil aber „die mit dem Glücksspiel verbundenen Gefahren für Spieler im Schwarzmarkt regelmäßig höher [sind] als im erlaubten Markt“¹⁵⁰ und sich ein Zusammenhang zwischen dem jeweiligen Regulierungsmodell für das Online-Glücksspiel und pathologischem oder problematischem Glücksspielverhalten nicht feststellen lässt¹⁵¹, war die restriktive Regulierung des Online-Glücksspiels für die Ziele des § 1 GlüStV 2012 letztlich nicht zuträglich.

¹⁴⁷ Siehe die Erläuterungen zum Glücksspielstaatsvertrag 2021 S. 36f., abrufbar unter https://mi.sachsen-anhalt.de/fileadmin/Bibliothek/Politik_und_Verwaltung/MI/MI/3._Themen/Gluecksspiel/201029_Gluecksspielstaatsvertrag_2021_endgueltig_Erlaeuterungen.pdf (Abruf am 15.7.2022).

¹⁴⁸ Erläuterungen zum Glücksspielstaatsvertrag 2021 (Fn. 147) S. 1: „Trotz des bestehenden weitgehenden Internetverbots hat sich jedoch ein Schwarzmarkt im Internet gebildet, auf dem virtuelle Automaten Spiele, Online-Poker und Online-Casinospiele angeboten und von Spielern nachgefragt werden. [...] Insbesondere, weil die Veranstaltung dieser unerlaubten Spiele zumeist aus dem Ausland heraus über das Internet erfolgt, hat sich die Bekämpfung des Schwarzmarktes in den vergangenen Jahren als schwierig erwiesen“.

¹⁴⁹ Erläuterungen zum Glücksspielstaatsvertrag 2021 (Fn. 147) S. 2: „Hinsichtlich der gesamten Marktgröße von Onlineglücksspielen (lizenzierter Markt und Schwarzmarkt) zeigt sich, dass tendenziell liberal geprägte Regulierungssysteme nur potenziell mit einem größeren Marktumfang einhergehen, während andere Einflussfaktoren wie die Internetaffinität, der Hang zu Glücksspielen oder die Besteuerung einen größeren Einfluss zu haben scheinen [...]. In eher restriktiveren Regulierungsmodellen besteht daher regelmäßig ein größerer Anteil des Schwarzmarktes am Gesamtmarkt als in eher liberaleren Regulierungssystemen“.

¹⁵⁰ Erläuterungen zum Glücksspielstaatsvertrag 2021 (Fn. 147) S. 2: „Aufgrund der Nichtbeachtung von Regulierungsvorgaben sind die mit dem Glücksspiel verbundenen Gefahren für Spieler im Schwarzmarkt regelmäßig höher als im erlaubten Markt. So zeigt eine Studie aus Frankreich, dass Spielaktivitäten bei unlicenzierten Anbietern im Vergleich zu Spielaktivitäten bei erlaubten Anbietern mit mehr glücksspielbezogenen Problemen verbunden sind [...]. Zugleich sind zahlreiche Berichte vorhanden, in denen Betreibern unerlaubter Online-Glücksspiele unseriöse Geschäftspraktiken, Spielmanipulationen oder andere betrügerische Aktivitäten vorgeworfen werden“.

¹⁵¹ Erläuterungen zum Glücksspielstaatsvertrag 2021 (Fn. 147) S. 3: „International liegen die Prävalenzen für pathologisches und problematisches Glücksspiel auf unterschiedlichem Niveau. Ein Zusammenhang zwischen dem jeweiligen Regulierungsmodell für das Online-Glücksspiel und pathologischem oder problematischem Glücksspielverhalten lässt sich daraus nicht ableiten, aber auch nicht ausschließen“.

Der GlüStV 2021 hat deshalb eine Überarbeitung der Rechtslage vorgenommen, „die an den unveränderten, gleichrangigen Zielen des § 1 ausgerichtet ist“, aber „zu deren besserer Erreichung differenzierte Maßnahmen für einzelne Glücksspielformen“ vorsieht¹⁵². Dabei stellen die Erläuterungen zum GlüStV 2021 im Hinblick auf das – gegenüber dem GlüStV 2012 unveränderte – Kanalisierungsziel (§ 1 Satz 1 Nr. 2 GlüStV 2012) fest, dass „[d]as Bestehen und die Wahrnehmung von nicht erlaubten Spielformen im Internet, die keinen inhaltlichen Begrenzungen oder Vorgaben zum Spielerschutz unterliegen“, zeige, „dass eine Kanalisierung in Richtung erlaubter Spielformen bislang nur eingeschränkt funktioniert“¹⁵³. Demgemäß sollen zur besseren Erreichung der gegenüber dem GlüStV 2012 unveränderten Ziele auch Erlaubnisse für die Veranstaltung von Online-Casinospielen, virtuellen Automatenpielen und Online-Poker erteilt werden¹⁵⁴:

Um die Ziele dieses Staatsvertrages künftig besser zu erreichen, sollen daher auch Erlaubnisse für die Veranstaltung von Online-Casinospielen, virtuellen Automatenpielen und Online-Poker erteilt werden, welche ein inhaltlich begrenztes Angebot dieser Spielformen ermöglichen. Hierdurch soll spielwilligen Personen, deren Nachfrage sich nicht in weniger gefährliche Spielformen kanalisieren lässt, eine weniger gefährliche Alternative zum bisherigen Schwarzmarkt geboten werden, in der Schutzmaßnahmen gegen Spielsucht, gegen Manipulationen und andere betrügerische Aktivitäten vorgeschrieben sind und tatsächlich durchgeführt werden, so dass ein kontrolliertes Spiel in geordneten Bahnen ermöglicht wird.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass sich weder aus dem Wortlaut noch aus dem Regelungszusammenhang oder der Entstehungsgeschichte des § 4 Abs. 4 GlüStV 2012 Hinweise auf eine Intention des Gesetzgebers gewinnen lassen, das Verbot für Online-Glücksspiele durch eine privatrechtliche (Schutzgesetz-)Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB auf Rückzahlung der Spieleinsätze zu flankieren. Im Gegenteil weist der Übergang von einem generellen Verbot in § 4 Abs. 4 GlüStV 2012 zu einem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt für das Online-Glücksspiel in § 4 Abs. 4 GlüStV 2021 bei gleichzeitig unveränderten Schutzziele des GlüStV 2021 gegenüber dem GlüStV 2012 darauf hin, dass die zivilrechtlichen Verhältnisse zwischen Glücksspielanbieter und Spieler bei Online-Glücksspielen aus Sicht des Gesetzgebers für die Erreichung der über die Novellen unverändert gebliebenen Ziele des GlüStV unerheblich sind, denn sonst könnten die identischen Schutzziele kaum einerseits einen Rückzahlungsanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB (bis zum GlüStV 2021), andererseits die Wirksamkeit von Online-Glücksspielen (seit dem GlüStV 2021) rechtfertigen. Es spricht also Vieles dafür, dass „[d]ie durch den GlüStV begründeten Verpflichtungen sowie die zur Überwachung ihrer Erfüllung bestehenden Aufsichtspflichten (§ 9 GlüStV) [...] ausschließlich öffentlich-rechtlicher Natur [sind] und [...] deshalb nicht auf das zivilrechtliche Schuldverhältnis [...] ein[wirken]“¹⁵⁵.

¹⁵² Erläuterungen zum Glücksspielstaatsvertrag 2021 (Fn. 147) S. 4.

¹⁵³ Erläuterungen zum Glücksspielstaatsvertrag 2021 (Fn. 147) S. 4f.

¹⁵⁴ Erläuterungen zum Glücksspielstaatsvertrag 2021 (Fn. 147) S. 5.

¹⁵⁵ So (im Kontext eines Rückzahlungsanspruchs gegen einen Zahlungsdienstleister) OLG Mün-

(2) Schutzgesetz aus den allgemeinen Zielen des § 1 GlüStV 2012 begründbar?

Da sich aus dem Wortlaut, dem Regelungszusammenhang und der Entstehungsgeschichte des § 4 Abs. 4 GlüStV 2012 keine Anhaltspunkte für eine Intention des Gesetzgebers ableiten lassen, das Verbot mittels eines zivilrechtlichen Anspruchs aus § 823 Abs. 2 BGB auf Rückzahlung der Spieleinsätze zu sanktionieren, wird – soweit die Schutzgesetzqualität überhaupt bejaht wird – auf die *allgemeinen Ziele des GlüStV 2012* zur Begründung der Schutzgesetzzeigenschaft des § 4 Abs. 4 GlüStV 2012 zurückgegriffen. So wird aus der allgemeinen Zieldefinition in § 1 Satz 1 GlüStV gefolgert, „dass der Glücksspielstaatsvertrag unter anderem das Entstehen von Glücksspielsucht verhindern und den Spieltrieb der Bevölkerung in geordnete und überwachte Bahnen lenken soll“. Weil nun § 4 Abs. 4 GlüStV „das Angebot von Casinospielen zum Schutz besonders spielgeneigter Spieler auf Spielbanken“ begrenzt, diene die Norm „somit auch dem Schutz des Einzelnen“¹⁵⁶. Andere Entscheidungen verweisen pauschaler auf die hohe Manipulationsanfälligkeit und das Suchtpotential von Online-Glücksspielen¹⁵⁷ oder auf den Umstand, dass der „GlüStV und auch § 4 Abs. 4, Abs. 1 den Verbraucher vor den Gefahren des Glücksspiels“ schützen solle¹⁵⁸. Zuweilen wird auch aus dem – hier zu unterstellenden – Charakter des § 4 Abs. 4 GlüStV 2012 als Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB (hierzu oben → S. 8 ff.) gefolgert, dass es sich zugleich um ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB

chen 28.2.2020 – 8 U 5467/19, Rn. 25 (juris), ZfWG 2020, 289; ebenso BGH 13.9.2022 – XI ZR 515/21, Rn. 16: „Die geschilderten Zusammenhänge lassen somit auf den gesetzgeberischen Willen schließen, dass durch § 4 Abs. 1 Satz 2 Fall 2 GlüStV 2011 nicht in das zivilrechtliche Schuldverhältnis zwischen Zahlungsdienstleister und Zahlungsdienstnutzer eingegriffen werden soll“.

¹⁵⁶ Etwa LG Konstanz 2.2.2022 – D 2 O 287/21, Rn. 49 (juris); ähnlich LG Gießen 25.2.2021 – 4 O 84/20, Rn. 27 (juris), ZfWG 2021, 323: „Die Regelungen des GlüStV sind ausweislich dessen § 1 Satz 1, insbesondere Ziff. 1, 3, und 4, dazu bestimmt, dem Schutz der Spielteilnehmer vor suchtfördernden, ruinösen und/oder betrügerischen Erscheinungsformen des Glücksspiels zu schützen. Auch die konkret einschlägige Verbotsnorm, also das Internetverbot gemäß § 4 Abs. 4 GlüStV, verfolgt jedenfalls unter anderem den Zweck, illegales Glücksspiel zum Schutze der Spieler zu unterbinden“; für Schutzgesetzqualität auch LG Coburg 1.6.2021 – 23 O 416/20, S. 20 f.; LG Mainz 14.7.2021 – 9 O 65/20, S. 15 f.; LG Düsseldorf 30.7.2021 – 2b O 154/20, S. 13; LG Freiburg 10.12.2021 – 2 O 518/20, S. 9; LG Verden 7.1.2022 – 4 O 254/21, S. 15. Soweit die Schutzgesetzqualität durch Verweis auf den Aufsatz von *Heintz/Scholer* VuR 2020, 323 gestützt wird (etwa in LG Coburg 1.6.2021 – 23 O 416/20, S. 20 f.), ist anzumerken, dass sich *Heintz/Scholer* zum einen mit § 4 Abs. 1 S. 2 GlüStV 2012 (und nicht § 4 Abs. 4 GlüStV 2012) befassen. Zum anderen beurteilen sie (VuR 2020, 323, 326 f.) den Individualschutz durchaus zurückhaltend („Die Annahme, dass § 4 Abs. 1 S. 2 GlüStV individualschützend ist, scheint durchaus vertretbar“) und konstatieren, dass weder der Wortlaut noch die Gesetzesbegründung für einen Individualschutz sprechen, für den sie letztlich nur den „Sinn und Zweck der Norm“ anführen.

Gegen eine Schutzgesetzqualität (oder zweifelnd) demgegenüber LG München I 13.4.2021 – 8 O 16058/20, Rn. 45 (juris), ZfWG 2021, 324; LG Stuttgart 20 O 148/21, S. 8; LG Braunschweig 1.9.2021 – 8 O 1958/21, S. 3; LG Wuppertal 20.10.2021 – 17 O 182/21, S. 4; LG Memmingen 23.11.2021 – 24 O 4/21, S. 9 f.; LG Amberg 7.12.2021 – 12 O 951/20, S. 7; LG Leipzig 24.3.2022 – 4 O 1013/21, S. 7; LG Trier 26.7.2022 – 4 O 278/21, S. 8 f. Siehe auch die Nachweise in Fn. 114.

¹⁵⁷ LG Meiningen 26.1.2021 – 2 O 616/20, Rn. 19 (juris).

¹⁵⁸ Etwa LG Aachen 13.7.2021 – 8 O 582/20, Rn. 38 (juris).

handeln müsse¹⁵⁹ – ein Schluss, der jedenfalls nach der Rechtsprechung des BGH nicht zwingend ist¹⁶⁰.

Die Argumentation unter Rückgriff auf die allgemeinen Zielsetzungen in § 1 Satz 1 GlüStV 2012 sieht sich zunächst dem Einwand ausgesetzt, dass die Schutzgesetzzei- genschaft im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB nicht pauschal für sämtliche Bestimmungen eines Rechtsakts bestimmt werden kann, sondern stets bezogen auf die konkrete Norm, hier also bezogen auf § 4 Abs. 4 GlüStV¹⁶¹.

Selbst wenn man diesen Einwand überwinden wollte, so ergibt sich das Folgepro- blem, dass § 1 Satz 1 GlüStV sehr unterschiedliche Ziele ausdrücklich als gleichrangig definiert¹⁶². § 1 GlüStV 2012 lautet:

Ziele des Staatsvertrages sind gleichrangig

1. das Entstehen von Glücksspielsucht und Wertsucht zu verhindern und die Voraussetzun- gen für eine wirksame Suchtbekämpfung zu schaffen,
2. durch ein begrenztes, eine geeignete Alternative zum nicht erlaubten Glücksspiel darstel- lendes Glücksspielangebot den natürlichen Spieltrieb der Bevölkerung in geordnete und überwachte Bahnen zu lenken sowie der Entwicklung und Ausbreitung von unerlaubten Glücksspielen in Schwarzmärkten entgegenzuwirken,
3. den Jugend- und den Spielerschutz zu gewährleisten,
4. sicherzustellen, dass Glücksspiele ordnungsgemäß durchgeführt, die Spieler vor betrüge- rischen Machenschaften geschützt, die mit Glücksspielen verbundene Folge- und Begleit- kriminalität abgewehrt werden und
5. Gefahren für die Integrität des sportlichen Wettbewerbs beim Veranstellen und Vermitteln von Sportwetten vorzubeugen.

Um diese Ziele zu erreichen, sind differenzierte Maßnahmen für die einzelnen Glücksspiel- formen vorgesehen, um deren spezifischen Sucht-, Betrugs-, Manipulations- und Krimina- litätsgefährdungspotentialen Rechnung zu tragen.

¹⁵⁹ LG Ulm 16.12.2019 – 4 O 202/18, Rn. 76 (juris), ZfWG 2020, 171 (in der Sache ging es dort allerdings um die Haftung eines Zahlungsdienstleisters nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 4 Abs. 1 Satz 2 GlüStV 2012, nicht um § 4 Abs. 4 GlüStV; die Haftung des Zahlungsdienstleisters wirft eigene Fragen auf, die hier nicht zu vertiefen sind, sie wurde von BGH 13.9.2022 – XI ZR 515/21, Rn. 5 nun auch explizit verneint.).

¹⁶⁰ Vgl. BGH 27.2.2007 – XI ZR 195/05, NJW 2007, 2106, Rn. 34.

¹⁶¹ BGH 13.12.2011 – XI ZR 51/10, NJW 2012, 1800, Rn. 23; Münch. Komm. BGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, § 823 Rn. 562.

¹⁶² Zur Gleichrangigkeit Drucksache des Landtags Baden-Württemberg 15/1570 S. 62 = Erläute- rungen (Fn. 135) S. 15: „Die Einordnung der in Satz 1 Nummern 1 bis 5 genannten Ziele als gleichrangig stellt insbesondere klar, dass neben dem überragend wichtigen Gemeinwohlziel der Bekämpfung von Suchtgefahren die seit Inkrafttreten des Glücksspielstaatsvertrages gewonnenen Erkenntnisse zur Kanalisierung des Glücksspielangebotes, zum Jugend- und Spielerschutz sowie zum Schutz des Glücksspiels vor kriminellen Einflüssen erhebliche Bedeutung haben“. Zur Gleichrangigkeit der Ziele auch Dietlein/Hecker/Ruttig/Dietlein/Hüsken, Glücksspielrecht, 2. Aufl. 2013, § 1 GlüStV Rn. 4.

Die Gleichrangigkeit der Ziele hat zur Folge, dass zwischen ihnen keine Hierarchie besteht, sondern dass sie in praktische Konkordanz gebracht werden müssen¹⁶³. Diese Konkordanz spricht nun gerade gegen eine Schutzgesetzqualität des § 4 Abs. 4 GlüStV 2012 im Hinblick auf den Schutz des Vermögens der Glücksspielteilnehmer im Allgemeinen und damit im Hinblick auf ihre Spieleinsätze. Zwar mag man für einen solchen Anspruch auf das – im GlüStV 2012 nicht näher konkretisierte – Ziel des Spielerschutzes (§ 1 Satz 1 Nr. 3 Fall 2 GlüStV 2012) verweisen. Allerdings hat der allgemeine Spielerschutz im GlüStV nur subsidiäre Bedeutung, soweit die anderen Ziele des GlüStV keinen spezielleren Schutz gewährleisten¹⁶⁴.

Gerade die anderen Ziele des GlüStV 2012 sind aber im Hinblick auf die Begründung eines allgemeinen Rückzahlungsanspruchs im Hinblick auf die Spieleinsätze mindestens ambivalent oder stehen einem solchen Anspruch entgegen.

So sprechen die *Kanalisation* des „natürlichen Spieltrieb[s] der Bevölkerung in geordnete und überwachte Bahnen“ durch ein begrenztes Glücksspielangebot (§ 1 Satz 1 Nr. 2 GlüStV 2012) und die Sicherstellung der ordnungsgemäßen Durchführung von Glücksspielen samt *Schutz der Spieler vor Betrug sowie die Abwehr der Folge- und Begleitkriminalität* (§ 1 Satz 1 Nr. 4 GlüStV) gegen einen Rückzahlungsanspruch der Spieleinsätze. Wie nämlich die Evaluation des GlüStV 2012 ergeben hat und wie bereits in den Vorschlag zur Neuregelung durch den GlüStV 2021 eingeflossen ist, hat das generelle Verbot des Online-Glücksspiels in § 4 Abs. 4 GlüStV 2012 nicht zu einem Verschwinden oder auch nur einer Reduzierung des Online-Glücksspiels geführt (oben → S. 47). Vielmehr lassen sich die Ziele der Betrugs-, Manipulations- und Kriminalitätsbekämpfung wie auch das Ziel der Spielsuchtprävention (§ 1 Satz 1 Nr. 1 GlüStV 2012) durch eine Duldung von Online-Glücksspiel durch EU-ausländische Anbieter, die bestimmte Mindeststandards im Hinblick auf die Bekämpfung von Manipulationen¹⁶⁵ und Spielsucht¹⁶⁶ (etwa durch den verpflichtenden Einsatz von Analysetools zur Feststellung von problematischem Spielverhalten und eine daran anknüpfende Interventionspflicht des Anbieters¹⁶⁷) erfüllen, besser erreichen

¹⁶³ Zum GlüStV 2021 Dünchheim/*Dünchheim*, Glücksspielrecht – Glücksspielstaatsvertrag, 2022, § 1 GlüStV Rn. 7; zum GlüStV 2012 Dietlein/Hecker/Ruttig/*Dietlein/Hüsken*, Glücksspielrecht, 2. Aufl. 2013, § 1 GlüStV Rn. 4; Becker/Hilf/Nolte/Uwer/*Nolte*, Glücksspielregulierung, 2017, § 1 GlüStV Rn. 19 f.

¹⁶⁴ Dünchheim/*Dünchheim*, Glücksspielrecht – Glücksspielstaatsvertrag, 2022, § 1 GlüStV Rn. 17.

¹⁶⁵ Zu den Regeln des maltesischen Rechts zu testing labs siehe Section 23 der Player Protection Directive (Directive 2 of 2018), <https://www.mga.org.mt/wp-content/uploads/Directive-2-of-2018-Player-Protection-Directive-3.pdf> (Abruf am 15.7.2022).

¹⁶⁶ Zu den Regeln des maltesischen Rechts zu responsible gaming, limits und zur Überwachung spielsuchtverdächtigen Verhaltens siehe Sections 9 ff., Sections 14 ff. und Section 16 der Player Protection Directive (Fn. 165).

¹⁶⁷ Zum maltesischen Recht siehe Section 17 der Player Protection Directive (Fn. 165): „(1) B2C licensees shall employ measures to detect, and identify problem gambling, using analytical tools and, or behaviour monitoring systems with pre-designed and, or evolving parameters and customer interaction staff for detection of problem gambling.

(2) Once identified, the B2C licensee is required to take steps to prevent further harm.

als durch ein generelles Verbot, das letztlich nur zu einem vollkommen unreguliertem Schwarzmarktangebot aus Drittstaaten ohne Mindeststandards bei der Betrugs- und Spielsuchtbekämpfung führt. Diese Überzeugung des GlüStV 2021 – nämlich dass ein gewisses Angebot von Online-Glücksspiel hinnehmbar ist – war offenbar auch bei den für die Glücksspielaufsicht und -konzessionierung zuständigen Behörden bereits unter der Geltung des GlüStV 2012 verbreitet, denn sie duldeten während des Sportwettenkonzessionsverfahrens das bisherige Online-Glücksspiel und verständigten sich in einem Umlaufbeschluss der Chefinnen und Chefs der Staats- und Senatskanzleien der Länder vom 8.9.2020 darauf, das Verbot von Online-Glücksspiel ab dem 15.10.2020 unter bestimmten Voraussetzungen nicht mehr zu vollziehen¹⁶⁸. Die Begründung von Rückzahlungsansprüchen aus einer Interpretation des § 4 Abs. 4 GlüStV 2012 als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB würde dem Ziel der Duldung begrenzten, im EU-Ausland regulierten Online-Glücksspiels zur Vermeidung des Abwanderns der Glücksspielnachfrage in den gänzlich unregulierten Schwarzmarkt und damit den Zielen der wirksamen Betrugs- und Manipulationsbekämpfung und Spielsuchtprävention i. S.d § 1 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 4 GlüStV 2012 aber gerade zuwider laufen: Die „geduldeten“ Anbieter, die ein voraussetzungsgebundenes, im Hinblick auch auf die Spielsuchtbekämpfung reguliertes und betrugs- und manipulationsfreies Glücksspiel anbieten, sähen sich Rückzahlungsansprüchen ausgesetzt, so dass ihr Geschäftsmodell insgesamt in Frage gestellt wäre, während dies für die Schwarzmarktanbieter aus Drittstaaten, die für die behördliche und gerichtliche Durchsetzung kaum greifbar sind, unerheblich ist.

Ferner lässt sich auch unter Einbeziehung der Ziele des *Jugendschutzes* (§ 1 Satz 1 Nr. 3 Fall 1 GlüStV 2012) und der wirksamen *Suchtbekämpfung* (§ 1 Satz 1 Nr. 1 GlüStV 2012) eine Schutzgesetzhaftung auf Rückzahlung der Spieleinsätze nicht begründen. Für den Jugendschutz folgt dies bereits aus dem Umstand, dass sich insofern die zivilrechtliche Unwirksamkeit der Spielverträge ohne Weiteres aus den §§ 104ff. BGB ergibt und ein Rückzahlungsanspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB demgemäß unabhängig von § 134 BGB oder § 823 Abs. 2 BGB gegeben wäre, zumal die Spielteilnahme Minderjähriger auch durch regulatorische Vorgaben

(3) The B2C licensee shall maintain procedures on the identification, detection, and actions to take with respect to problem gamblers, as well as procedures on customer interaction as explained in the subsequent article. The B2C licensee is required to maintain evidence that the relevant procedures were followed, and present such evidence to the Authority upon request“.

Eine ähnliche Regelung findet sich inzwischen in § 6i Abs. 1 GlüStV 2021.

¹⁶⁸ Umlaufbeschluss der Chefinnen und Chefs der Staats- und Senatskanzleien der Länder vom 8. 9. 2020, <https://www.bayern.de/wp-content/uploads/2020/10/Umlaufbeschluss-Gluecksspiel.pdf> (Abruf am 7.7.2022). Mit Recht folgert OLG Köln 28.11.2022 – 19 W 16/22, S. 3, aus dieser Duldung, dass § 4 Abs. 4 GlüStV 2012 jedenfalls nach dem Beschluss einer Neuregelung nur noch „für einen Übergangszeitraum als formaler Mantel Geltung beansprucht“, so dass der Schutzzweck des § 4 Abs. 4 GlüStV 2012 keine teleologische Reduktion des § 817 S. 2 BGB rechtfertigen kann. Gleiches muss erst recht für § 823 Abs. 2 BGB gelten.

verboten wird¹⁶⁹. Aber auch für die Suchtbekämpfung lässt sich nicht behaupten, dass eine Schutzgesetzhaftung aus § 823 Abs. 2 BGB der Glücksspielsuchtbekämpfung eher dienlich wäre als eine Ablehnung der Schutzgesetzhaftung, selbst wenn man die in anderen EU-Mitgliedstaaten existierende Regulierung zur Prävention von Glücksspielsucht (dazu soeben → S. 51) außer Acht lässt. So würde die Möglichkeit der Rückforderung der Spieleinsätze ein „risikoloses Spiel“ eröffnen, was gerade die Glücksspielteilnahme befördern könnte: Gewinnt der Spieler, so lässt er sich seinen Gewinn auszahlen, was bei den im EU-Ausland regulierten Glücksspielanbietern durch die dortige Glücksspielregulierung und ihren sonst drohenden Reputationsverlust bei Spielern auch unabhängig von der Frage der zivilrechtlichen Wirksamkeit des Spielvertrags nach deutschem Recht zumindest faktisch sichergestellt ist. Verliert er, so kann er immer noch die Rückforderung seiner Einsätze geltend machen, was ihn wiederum dazu verleiten könnte, noch häufiger an Online-Spielen teilzunehmen.¹⁷⁰ Selbst wenn man dieser Argumentation nicht beitreten möchte, so muss man konzedieren, dass – wie auch die Evaluation des Totalverbots des Online-Glücksspiels in § 4 Abs. 4 GlüStV 2012 gezeigt hat – die Auswirkungen eines Rückforderungsanspruchs gestützt auf die Schutzgesetzhaftung für die Suchtbekämpfung so ambivalent sind, dass sich nicht mit hinreichender Eindeutigkeit sagen lässt, dass der Schutz des Vermögens der Spieler durch Gewährleistung eines allgemeinen Rückforderungsanspruchs im Hinblick auf ihre Spieleinsätze zum Aufgabebereich des GlüStV 2012 gezählt werden kann.

Demgemäß sprechen die besseren Gründe dafür, dass der GlüStV 2012 nicht das Ziel eines allgemeinen Vermögensschutzes der Spieler verfolgt, wie der BGH für das an Zahlungsdienstleister gerichtete Verbot des § 4 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 GlüStV 2012 bereits entschieden hat¹⁷¹. Vielmehr ist das Ziel der Spielsuchtbekämpfung mit dem Kanalisierungsziel „unmittelbar und notwendig miteinander verknüpft“¹⁷² und würde durch einen Rückforderungsanspruch gestützt auf § 823 Abs. 2 BGB unterlaufen

¹⁶⁹ Zum maltesischen Recht siehe Section 14 des Gaming Act, <https://legislation.mt/eli/cap/583/eng/pdf> (Abruf am 15.7.2022), und Section 26 der Player Protection Directive (Fn. 165).

¹⁷⁰ Zu dieser Argumentation (im Kontext des § 817 Satz 2 BGB) LG Mosbach 8.10.2021 – 2 O 342/20, S. 8.

¹⁷¹ BGH 13.9.2022 – XI ZR 515/21, Rn. 16; zu § 4 Abs. 4 GlüStV 2012 ebenso LG München I 13.4.2021 – 8 O 16058/20, Rn. 45 (juris), ZfWG 2021, 324 (dem folgend LG Stuttgart 20 O 148/21, S. 8): „Es bleibt daher anzuzweifeln, ob § 4 Abs. 4 GlüStV bzw. § 284 StGB den Schutz des Vermögens des Spielers bezwecken oder vielmehr ausschließlich dessen Spielsucht vorzubeugen bzw. zu bekämpfen beabsichtigen“; LG Leipzig 24.3.2022 – 4 O 1013/21, S. 7: „§ 4 Abs. 4 GlüStV sollte nicht das Vermögen einer einzelnen Person oder eines Personenkreises schützen und diesen im Falle der Verletzung einen individuellen Schadensersatzanspruch verschaffen. Die in § 4 GlüStV in Abs. 4 aufgenommene Verbotsregelung diene der staatlichen Kontrolle vor einem unüberschaubarem Angebot im Internet“. Gegen eine Schutzgesetzqualität auch LG Trier 26.7.2022 – 4 O 278/21, S. 8 f.; LG Memmingen 23.11.2021 – 24 O 4/21, S. 9 f.; LG Amberg 7.12.2021 – 12 O 951/20, S. 7.

¹⁷² Zum GlüStV 2021 Dünchheim/*Dünchheim*, Glücksspielrecht – Glücksspielstaatsvertrag, 2022, § 1 GlüStV Rn. 13; zum GlüStV 2012 Becker/Hilf/Nolte/Uwer/Nolte, Glücksspielregulierung, 2017, § 1 GlüStV Rn. 25: „Kanalisierung geschieht somit nicht zum Selbstzweck, sondern ist notwendige Voraussetzung für das Erreichen aller Ziele“; Dietlein/Hecker/Ruttig/*Dietlein/Hüsken*, Glücks-

(dazu soeben → S. 53). Selbst wenn man dies anders sehen wollte, ist zu bedenken, dass eine auf die Suchtbekämpfung gestützte Begründung der Schutzgesetzzeigenschaft des § 4 Abs. 4 GlüStV 2012 konsequenterweise nur tatsächlich glücksspielsüchtige Spieler, nicht aber jeden Spieler schützen würde. Es müsste also stets im Einzelfall zur Einbeziehung in den personellen Schutzbereich der Norm die Glücksspielabhängigkeit des Anspruchsstellers dargelegt und unter Beweis gestellt werden.

Maßgeblich gegen die Anerkennung des § 4 Abs. 4 GlüStV 2012 als Schutzgesetz spricht schließlich der *Übergang von einem* (zumindest legislatorischen, wenn auch praktisch nicht vollzogenen) *Totalverbot des Online-Glücksspiels* in § 4 Abs. 4 GlüStV 2012 zu einem *Verbot mit Erlaubnisvorbehalt* in § 4 Abs. 4 GlüStV 2021 bei gleichzeitig unveränderter Definition der Ziele des GlüStV in § 1 GlüStV 2012 und § 1 GlüStV 2021¹⁷³. Wenn es tatsächlich zuträfe, dass sich aus den allgemeinen Zielen des § 1 Satz 1 GlüStV 2012 eine Intention des Gesetzgebers zur Schaffung einer Schutzgesetzhaftung auf Rückzahlung des Spielbeiträge aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 4 Abs. 4 GlüStV 2012 entnehmen ließe, dann wäre nicht erklärbar, weshalb dieselben unveränderten Ziele im GlüStV 2021 nunmehr ein – reguliertes – Angebot legalen Online-Glücksspiels ohne Rückzahlungsansprüche tragen können. Derselbe unveränderte Schutzzweck, der noch unter dem GlüStV 2012 eine Schutzgesetzhaftung auf Rückzahlung der Spieleinsätze begründen sollte, würde nun das Gegenteil, nämlich die Schaffung eines regulierten Online-Angebots ohne Rückforderungsansprüche rechtfertigen müssen. Vielmehr liegt es wegen des unveränderten Schutzzwecks nahe, dass die allgemeinen, in § 1 Satz 1 GlüStV 2012 und § 1 Satz 1 GlüStV 2021 identischen Ziele des GlüStV gerade keine Schutzgesetzqualität im Hinblick auf die Einsätze der Glücksspieler begründen können.

(3) Schutzgesetz im Regelungszusammenhang sinnvoll und tragbar?

Schließlich setzt die Schutzgesetzqualität voraus, dass die Schaffung eines individuellen Schadensersatzanspruchs nach umfassender Würdigung des Regelungszusammenhangs sinnvoll ist und im Lichte des haftungsrechtlichen Gesamtsystems tragbar erscheint. Auch an dieser Voraussetzung bestehen bei § 4 Abs. 4 GlüStV 2012 Zweifel. Sofern man nämlich – wie es manche Instanzgerichte befürworten – § 4 Abs. 4 GlüStV 2012 als Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB ansieht, ergibt sich ein Rückforderungsanspruch hinsichtlich der Spieleinsätze infolge der Nichtigkeit des Spielvertrags bereits aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB, allerdings in den Grenzen des § 817 Satz 2 BGB. Es besteht damit bereits kein Bedürfnis, zusätzlich noch die Schutzgesetzqualität des § 4 Abs. 4 GlüStV 2012 zu bejahen. Im Gegenteil hätte der daraus resultierende Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB zur Folge, dass die Wertungen des § 817 Satz 2 BGB unterlaufen würden, weil § 817 Satz 2 BGB nach verbreiteter Auffassung

spielrecht, 2. Aufl. 2013, § 1 GlüStV Rn. 12: „steht § 1 keinesfalls isoliert neben Nr. 1, sondern erweist sich bei näherem Hinsehen als notwendiges Korrelat zu Nr. 1“.

¹⁷³ Erläuterungen zum Glücksspielstaatsvertrag 2021 (Fn. 147) S. 4: Überarbeitung der Rechtslage, „die an den unveränderten, gleichrangigen Zielen des § 1 ausgerichtet ist“.

nur auf bereicherungsrechtliche, nicht aber auf andere und damit auch nicht auf deliktische Ansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB Anwendung finden soll¹⁷⁴.

(4) Ergebnis

Zusammenfassend lassen sich weder aus dem konkreten Verbot des Online-Glücksspiels in § 4 Abs. 4 GlüStV 2012 noch aus den in § 1 Satz 1 GlüStV 2012 niedergelegten allgemeinen Zielen des GlüStV 2012 hinreichend deutliche Anhaltspunkte für eine Intention des Gesetzgebers entnehmen, gerade einen Rechtsschutz auf Rückforderung von Spieleinsätzen zugunsten von Spielteilnehmern gewollt oder doch mit gewollt zu haben. Wenn man überhaupt eine Schutzgesetzqualität bejahen wollte, dann zielt § 1 Satz 1 GlüStV 2012 nicht auf einen allgemeinen Schutz des Vermögens der Spieler, sondern – ebenso wie § 284 StGB (dazu sogleich → S. 56) – allenfalls auf einen Schutz vor manipuliertem oder betrügerischen Glücksspiel. Es überrascht daher nicht, dass auch der Bearbeiter Hartwig Sprau im Palandt¹⁷⁵ (nunmehr Grüneberg) inzwischen seine Auffassung geändert hat: In der 81. Auflage verneint Sprau eine Schutzgesetzqualität des § 4 GlüStV 2012¹⁷⁶.

cc) Anwendung auf § 284 StGB

Deutlich seltener als § 4 Abs. 4 GlüStV 2012 wird § 284 StGB als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB erwoget¹⁷⁷. Dies liegt darin begründet, dass nicht nur der Wortlaut des § 284 StGB, sondern auch „die Stellung des § 284 StGB innerhalb des StGB, der dem Abschnitt des ‚strafbaren Eigennutzes‘ zugeordnet ist“, gegen seine Qualität als Schutzgesetz spricht¹⁷⁸. Zudem ist „in die Bewertung einzustellen, dass sich der Spieler, der an einem Online-Glücksspiel teilnimmt, selbst nach § 285 StGB strafbar macht, woraus sich der gesetzgeberische Wille einer geringeren Schutzwürdigkeit des Spielers“ ergeben könnte¹⁷⁹. In der Rechtsprechung ist deshalb ein Schutz des Vermögens des Spielers durch § 284 StGB abgelehnt worden¹⁸⁰. Außerdem ist die internationale Anwendbarkeit des § 284 StGB nach § 9 StGB beim Angebot von On-

¹⁷⁴ Grüneberg/Sprau, BGB, 81. Aufl. 2022, § 817 Rn. 12.

¹⁷⁵ Noch als Befürworter der Schutzgesetzqualität zitiert in LG Konstanz 2.2.2022 – D 2 O 287/21, Rn. 49 (juris).

¹⁷⁶ Grüneberg/Sprau, BGB, 81. Aufl. 2022, § 823 Rn. 73: „GlücksspielStaatsVertr § 20 S 2 ja [...], § 4 nein“. In der 82. Aufl. 2023 wird die Frage als str bezeichnet.

¹⁷⁷ Verneint von LG Wuppertal 27.10.2021 – 17 O 389/20, Rn. 24f. (juris); LG München I 13.4.2021 – 8 O 16058/20, Rn. 44ff. (juris), ZfWG 2021, 324; LG Trier 26.7.2022 – 4 O 278/21, S. 8f.; LG Frankfurt a. M. 26.4.2022 – 2-12 O 283/21, S. 8 (zu Sportwetten); LG Memmingen 23.11.2021 – 24 O 4/21, S. 9f.; LG Amberg 7.12.2021 – 12 O 951/20, S. 7; vgl. auch LG Görlitz 22.6.2022 – 1 O 452/21, S. 8 (bereits keine Verletzung des § 284 StGB). Nur knapp erwähnt und offen gelassen von LG Bielefeld 3.2.2022 – 6 O 231/20, Rn. 49 (juris); LG Mönchengladbach 3.12.2021 – 2 O 54/21, Rn. 76 (juris). Bejaht von LG Verden 7.1.2022 – 4 O 254/21, S. 15.

¹⁷⁸ LG München I 13.4.2021 – 8 O 16058/20, Rn. 42 (juris).

¹⁷⁹ LG München I 13.4.2021 – 8 O 16058/20, Rn. 43 (juris).

¹⁸⁰ LG München II 30.3.2022 – 2 O 2554/21, S. 6f.; LG München I 13.4.2021 – 8 O 16058/20, Rn. 45 (juris); LG Stuttgart 20 O 148/21, S. 8.

line-Glücksspiel aus anderen EU-Mitgliedstaaten fraglich, weil der Handlungsort im Sinne des § 9 Abs. 1 Fall 1 StGB bei Online-Glücksspielangeboten aus dem EU-Ausland im entsprechenden EU-Ausland (etwa in Malta) liegt und bei einer Einstufung des § 284 StGB als abstraktes Gefährdungsdelikt¹⁸¹ auf Grundlage der jüngeren BGH-Rechtsprechung¹⁸² die Existenz eines tatbestandlichen Erfolgs im Sinne des § 9 Abs. 1 Fall 3 StGB im Inland zu verneinen ist, so dass es an einem Anknüpfungspunkt für die Anwendung des deutschen Strafrechts fehlt.

Selbst wenn man § 284 StGB als anwendbar und zugleich als Schutzgesetz ansehen wollte, so ist das geschützte Rechtsgut das „Vertrauen des Einzelnen in die Gewährleistung einer manipulationsfreien Spielchance“¹⁸³. Es geht in § 284 StGB nicht um den Schutz des Vermögens der Glücksspielteilnehmer im Allgemeinen, sondern um den Schutz vor Risiken, die sie nicht willentlich eingegangen sind. § 284 StGB wird deshalb als „Delikt im Vorfeld des Betrugs“ verstanden, er „gewährt den Spielteilnehmern Schutz davor, dass der Veranstalter die Gewinnchancen manipulativ entwertet“¹⁸⁴. Dieses Rechtsgut wird aber nicht durch Online-Glücksspiel schlechthin, sondern allenfalls durch manipuliertes Online-Glücksspiel beeinträchtigt. In den etwaigen Schutzzweck des § 284 StGB als Schutzgesetz sind daher allenfalls die Einsätze und Verluste des Spielers aufgrund eines manipulierten Glücksspiels, nicht aber seine Einsätze schlechthin einbezogen, so dass auf einen (hier unterstellten) Verstoß gegen die Norm kein genereller Rückzahlungsanspruch hinsichtlich der Einsätze aus § 823 Abs. 2 BGB gestützt werden kann.

¹⁸¹ So etwa OLG Hamburg 10.1.2002 – 3 U 218/01, MMR 2002, 471 (474); *Schönke/Schröder/Heine/Hecker*, StGB, 30. Aufl. 2019, § 284 Rn. 5; a. A. Münch. Komm. StGB/*Hohmann/Schreiner*, 4. Aufl. 2022, § 284 Rn. 2, der die Einstufung als abstraktes Gefährdungsdelikt aber selbst als h. M. bezeichnet.

¹⁸² BGH 19.8.2014 – 3 StR 88/14, NStZ 2015, 81 Rn. 8: „Das abstrakte Gefährdungsdelikt des § 86 a StGB [...] umschreibt keinen zum Tatbestand gehörenden Erfolg, so dass eine Inlandstat über § 9 Abs. 1 Fall 3 oder 4 StGB nicht begründet werden kann“; BGH 3.5.2016 – 3 StR 449/15, NStZ 2017, 146 (147). Die erst zum 1.1.2021 in Kraft getretenen Änderungen des § 5 StGB betreffen nicht § 284 StGB.

¹⁸³ Münch. Komm. StGB/*Hohmann/Schreiner*, 4. Aufl. 2022, § 284 Rn. 1 m. w. N.

¹⁸⁴ Nomos Kommentar StGB/*Gaede*, 5. Aufl. 2017, § 284 Rn. 4 m. w. N. zum Meinungsstand; *Schönke/Schröder/Heine/Hecker*, StGB, 30. Aufl. 2019, § 284 Rn. 5; ebenso BayOblG 11.2.1993 – 5 StRR 170/92, NStZ 1993, 491 (492): „wird deutlich, daß der Schutzzweck des Verbots des Glücksspiels in § 284 StGB nicht die Abwehr einer Gefährdung des Vermögens des Spielers sein kann“, ferner: „Vielmehr zielen Sinn und Zweck des Gesetzes darauf ab, die wirtschaftliche Ausbeutung der natürlichen Spieleidenschaft des Publikums unter staatliche Kontrolle und Zügelung zu nehmen (BGHSt 11, 209, 210). Diesem Ziel dient die Erlaubnis der Veranstaltung der besonders risikoreichen Glücksspiele nur in beschränkter Zahl und nur durch Personen, die zuverlässig erscheinen. Die Gefahr der Vermögensgefährdung wird nicht dadurch größer, daß ein Spieler sich z. B. am Roulettspiel in einem Spielcasino ohne behördliche Erlaubnis beteiligt, wenn die Spielbedingungen dort denen einer zugelassenen Spielbank gleichen“.

2. Verschulden

Neben der Schutzgesetzqualität setzt die Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB das Verschulden des Anspruchsgegners (bereits oben → S. 33) voraus. Da der GlStV 2012 selbst kein Verschuldenserfordernis regelt, ist zumindest Fahrlässigkeit erforderlich (§ 823 Abs. 2 Satz 2 BGB). Der Feststellung von Verschulden auf Seiten der Glücksspielanbieter könnte allerdings die Duldung des Online-Glücksspiels durch die Behörden entgegenstehen, weil sie „im Rahmen eines sich ergebenden Vertrauensschutzes aus der Duldung ohne Verschulden gehandelt haben könnte[n]“¹⁸⁵. Ob dies im Einzelfall das Verschulden ausschließt, bedarf einer Würdigung anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls.

3. Schaden und Zurechnungszusammenhang

Ein Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB setzt schließlich voraus, „dass sich im konkreten Schaden die Gefahr verwirklicht hat, vor der die betreffende Norm schützen sollte“¹⁸⁶.

a) Vorliegen eines Schadens

Bereits der Eintritt eines Schadens ist zu verneinen, wenn man auf Grundlage der Differenzhypothese den von den Spielern erbrachten Spieleinsätzen die entsprechenden Spielmöglichkeiten mit Gewinnchancen gegenüberstellt (zum Schaden bereits oben → S. 34)¹⁸⁷. Sofern man davon ausgeht, dass der Wert der Spielmöglichkeiten

¹⁸⁵ LG Gießen 27.9.2021 – 2 O 227/20, Rn. 32 (juris); zur Verneinung des Verschuldens eines Zahlungsdiensteanbieters für Glücksspiel auch LG Wuppertal 30.10.2019 – 3 O 384/18, Rn. 41 (juris), ZfWG 2020, 70.

¹⁸⁶ BGH 23.7.2019 – VI ZR 307/18, NJW 2019, 3003, Rn. 14.

¹⁸⁷ Zur Ablehnung eines Schadens LG Hildesheim 12.11.2020 – 2 O 203/20, BeckRS 2020, 48282, Rn. 4: „Vorliegend ist indes zu berücksichtigen, dass sich dem Antragsteller durch die von ihm erbrachten Spieleinsätze auch tatsächliche Gewinnchancen und Spielmöglichkeiten gegenüberstanden. Es ist daher schon nicht ersichtlich, dass das Vermögen des Antragstellers durch das Anbieten der Online-Casinospiele durch die Antragsgegnerin geschädigt worden ist im Sinne der Differenzhypothese“; LG München II 19.8.2021 – 9 O 5322/20, S. 7; LG Wuppertal 27.10.2021 – 17 O 389/20, Rn. 25 (juris): „Der Klägerin standen indes durch die von ihr erbrachten Spieleinsätze entsprechende Spielmöglichkeiten mit Gewinnchancen gegenüber. Es ist daher schon nicht ersichtlich, dass ihr Vermögen durch die Spielverluste im Sinne der Differenzhypothese geschädigt wurde“. Ebenso LG Bonn 7 O 178/21, S. 11: „Ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 4 Abs. 4 GlStV scheidet jedenfalls daran, dass kein Schaden des Klägers ersichtlich ist. Vorliegend ist indes zu berücksichtigen, dass sich dem Kläger durch die von ihm erbrachten Spieleinsätze auch tatsächliche Gewinnchancen und Spielmöglichkeiten gegenüberstanden“; LG Stuttgart 20 O 148/21, S. 8; LG Braunschweig 1.9.2021 – 8 O 1958/21, S. 4; AG Euskirchen 31.5.2021 – 13 C 158/21, Rn. 43 ff. (juris): „Hier hat der Kläger seinen Spieleinsatz freiwillig geleistet und im Gegenzug die Chance zur Gewinnerzielung erhalten. Wenn sich diese Hoffnung nicht erfüllt, führt dies nicht zwingend zu einem Schaden infolge eines nutzlos aufgewandten Einsatzes“; LG Wuppertal 20.10.2021 – 17 O 182/21, S. 4; LG Mosbach 8.10.2021 – 2 O 342/20, S. 9; LG Hanau 7.12.2021 – 9 O 168/21, S. 6; AG Ingolstadt 16.3.2022 – 13 C 875/21, S. 9. Siehe auch (im Kontext eines sittenwidrigen „Unternehmer-Li-

und Gewinnchancen wirtschaftlich dem Wert der Spieleinsätze entspricht, so schließt dies nach der Differenzbetrachtung der Vermögenslage eine Vermögenseinbuße und damit einen Schaden aus. Dabei liegt es in der Natur des Glücksspiels, dass die – erst nachträglich bekannte – (Nicht-)Realisierung der Gewinnchance nicht bei der Bewertung des Wertes dieser Chance einbezogen werden kann. Die wirtschaftliche Werthaltigkeit der Spielmöglichkeit und Gewinnchancen zeigt sich auch daran, dass Spieler tatsächlich Gewinne im Glücksspiel ausgezahlt bekamen¹⁸⁸. Hinzu kommt, dass infolge der Glücksspielregulierung etwa in Malta ein Großteil des Einsatzes (bis zum 28.5.2021 92%, seither 85%) an die Spieler zurückfließen muss (sog. return to player), so dass dem Spieleinsatz eine tatsächliche und realistische Gewinnchance gegenüber stand¹⁸⁹. Deshalb fehlt es an einem Schaden, „wenn der Spieleinsatz freiwillig geleistet wurde, um die Chance der Gewinnerzielung zu erhalten und es dem Kläger auf die Gültigkeit des Spielvertrags dabei gerade nicht ankam“¹⁹⁰. Wenn sich „bloß die Hoffnung auf einen Gewinn nicht erfüllt“, stellt dies „keine unfreiwillige Vermögenseinbuße dar, da dem Kläger die Chance den Einsatz wert war und er sich bewusst dafür entschied, das Verlustrisiko einzugehen“¹⁹¹.

fe-Spiels“) OLG Celle 20.3.1996 – 13 U 146/95, Rn. 34 (juris), NJW 1996, 2660: „Der Kläger hat freiwillig seinen Einsatz geleistet, um die Chance zur Gewinnerzielung zu erhalten. Wenn sich seine Hoffnung nicht erfüllt, führt dies nicht zwangsläufig zu einem Schaden infolge des nutzlos aufgewandten Einsatzes. Denn die Chance war ihm 6.500 DM wert. Daß er über den Wert getäuscht wurde, ist nicht dargelegt“. A.A. LG Aachen 13.7.2021 – 8 O 582/20, ZfWG 2021, 413 Rn. 42 (juris) mit dem Hinweis auf den Schutzzweck des § 4 Abs. 4 GlüStV 2012 und den Umstand, dass der Spieler „aufgrund der Nichtigkeit des Vertrages keine einklagbaren Gewinne erzielen“ konnte (ebenso LG Düsseldorf 30.7.2021 – 2b O 154/20, S. 12; LG Verden 7.1.2022 – 4 O 254/21, S. 16; vgl. auch LG Waldshut-Tiengen 3.8.2021 – 2 O 296/20, S. 13). Allerdings sind die Glücksspielbetreiber nach den regulatorischen Vorgaben ihres Herkunftsstaats regelmäßig zur Auszahlung eines bestimmten Prozentsatzes der Einsätze (return to player, Nachweise in Fn. 189) verpflichtet und auch faktisch kam es zur Gewinnauszahlung (Nachweise in Fn. 188), so dass dieses Argument nicht überzeugen kann. Ohne sich mit dieser Frage auseinandersetzend einen Schaden bejahend LG Coburg 1.6.2021 – 23 O 416/20, S. 21; LG Mainz 14.7.2021 – 9 O 65/20, S. 16; LG Freiburg 10.12.2021 – 2 O 518/20, S. 10.

¹⁸⁸ Siehe etwa die Sachverhalte in AG Euskirchen 31.5.2021 – 13 C 158/21, Rn. 45 (juris); LG München II 30.3.2022 – 2 O 2554/21, S. 8.

¹⁸⁹ Zur Fassung der Regeln zum return to player bis zum 28.5.2021 siehe Section 22 Abs. 1 der Player Protection Directive (Directive 2 of 2018), abrufbar unter <https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/tris/mt/index.cfm/search/?trisaction=search.detail&year=2018&num=130&dLang=EN> (Abruf am 7.7.2022): „A B2C licensee offering games online which use repetitively generated random selection for determining winning combinations to players, in accordance with the way in which the games offered thereby are designed, shall pay out on average a prize amounting to ninety two per centum (92%) or more of the money or money's worth wagered, or any such higher percentage as may be stipulated through a condition of the licence“. Am 28.5.2021 wurde Section 22 Abs. 1 der zitierten Player Protection Directive (Fn. 165) geändert und der return to player auf 85% abgesenkt.

¹⁹⁰ LG München II 30.3.2022 – 2 O 2554/21, S. 8; ebenso LG Stuttgart 20 O 148/21, S. 8.

¹⁹¹ LG München II 30.3.2022 – 2 O 2554/21, S. 8; ebenso LG Stuttgart 20 O 148/21, S. 8 ; auch BGH 13.9.2022 – XI ZR 515/21, Rn. 16: „jedem Glücksspiel immanenten Risiko, dass Gewinne oder Verluste ungewiss und rein zufällig sind“.

b) Kausalität und Schutzzweckzusammenhang

Selbst wenn man einen Schaden bejahen wollte, ist der Kausalitäts- und Schutzzweckzusammenhang zum Verstoß gegen § 4 Abs. 4 GlüStV 2012 zu verneinen. Auch im Rahmen des § 823 Abs. 2 BGB setzt die Ersatzpflicht voraus, dass der Schaden „gerade durch die Verletzung des Schutzgesetzes verursacht“ worden ist¹⁹². Wird der Schaden durch eine eigene Handlung des Geschädigten verursacht, so setzt die Ersatzpflicht voraus, dass die Handlung des Geschädigten „durch das haftungsbegründende Ereignis [also die Schutzgesetzverletzung] herausgefordert oder wesentlich mitbestimmt worden ist“, wobei der Geschädigte die Beweislast für die Herausforderung trägt¹⁹³.

Unmittelbare Ursache für den Verlust der Spieleinsätze war nun aber nicht das Angebot des (in anderen EU-Staaten legalen) Online-Glücksspiels, sondern – wie auch der BGH unlängst im Kontext der Haftung von Zahlungsdienstleistern entschieden hat – „der Umstand, dass [der Spieler] freiwillig an diesem Spiel teilnahm“¹⁹⁴. In einer solchen Situation, in der die als Schaden geltend gemachte Einbuße, hier die Spieleinsätze, durch eine eigene freiwillige Handlung des Geschädigten verursacht wurde, muss der Geschädigte darlegen, dass er zu dieser Handlung durch die Schutzgesetzverletzung, also die hier zu unterstellende Illegalität des Online-Glücksspiels herausgefordert oder wesentlich mitbestimmt worden ist¹⁹⁵. Fehlt es an einer solchen „Herausforderung“, hat der Spieler also an dem Online-Glücksspiel unabhängig von dessen Legalität teilgenommen¹⁹⁶, etwa weil ihm diese gleichgültig war, so fehlt es – wie Instanzgerichte zu Recht entschieden haben – „am [vom Spieler zu führenden] Nachweis eines auf einem haftungsbegründenden Ereignis beruhenden, kausalen Schadens“¹⁹⁷. Der Nachweis einer solchen Herausforderung

¹⁹² Grüneberg/Sprau, BGB, 81. Aufl. 2022, § 823 Rn. 59.

¹⁹³ Grüneberg/Sprau, BGB, 81. Aufl. 2022, § 823 Rn. 59, Grüneberg/Grüneberg, BGB, 81. Aufl. 2022, Vorb v § 249 Rn. 41. allgemein zur Ausklammerung mittelbarer Vermögensschäden aus der Schutzgesetzhaftung (konkret im Fall der StVO) BGH 9.12.2014 – VI ZR 155/14, NJW 2015, 1174, Rn. 13.

¹⁹⁴ LG Bonn 30.11.2021 – 5 S 70/21, Rn. 43 (juris); AG Euskirchen 31.5.2021 – 13 C 158/21, Rn. 45 (juris); LG Trier 26.7.2022 – 4 O 278/21, S. 9; AG Greiz 25.3.2022 – 2 C 89/21, S. 10; ebenso (im Kontext der Haftung von Zahlungsdienstleistern) BGH 13.9.2022 – XI ZR 515/21, Rn. 17: „Ob sich der Kunde als Spieler am Glücksspiel beteiligt oder nicht, beruht auf seinem eigenen Willensentschluss [...]“.

¹⁹⁵ Grüneberg/Grüneberg, BGB, 81. Aufl. 2022, Vorb v § 249 Rn. 41.

¹⁹⁶ LG München I 13.4.2021 – 8 O 16058/20, Rn. 47f. (juris); ebenso LG Trier 26.7.2022 – 4 O 278/21, S. 9; LG Memmingen 23.11.2021 – 24 O 4/21, S. 10; LG Amberg 7.12.2021 – 12 O 951/20, S. 7f.

¹⁹⁷ LG Bonn 30.11.2021 – 5 S 70/21, Rn. 43 (juris); LG München I 13.4.2021 – 8 O 16058/20 Rn. 46 (juris); LG München II 30.3.2022 – 2 O 2554/21, S. 8: „Damit müsste er nachweisen, dass er über die Legalität des angebotenen Casinospiels getäuscht wurde. Zumindest, dass er bei Kenntnis von der Unwirksamkeit der Spielverträge keine Einzahlungen vorgenommen hätte“. Siehe außerdem AG Euskirchen 31.5.2021 – 13 C 158/21, S. 8f.; LG Braunschweig 1.9.2021 – 8 O 1958/21, S. 4; LG Wuppertal 14.9.2021 – 9 T 147/21, S. 4; vgl. auch LG München II 19.8.2021 – 9 O 5322/20, S. 7 (wohl im Hinblick auf ein Mitverschulden des Spielers) und die Nachweise in der vorigen Fn. Ähnlich LG Bochum 10.3.2021 – I-6 O 369/20, S. 5 mit dem Hinweis auf Rechtsmissbrauch. Der Aspekt der

dürfte nach der jüngsten höchstrichterlichen Rechtsprechung inzwischen wohl sogar generell ausgeschlossen sein. Denn nach der Auffassung des BGH resultiert ein drohender Vermögensschaden „gerade nicht aus dem Verbot unerlaubten Glücksspiels [...], sondern aus dem jedem Glücksspiel immanenten Risiko, dass Gewinne oder Verluste ungewiss und rein zufällig sind“¹⁹⁸, so dass eine Schadenszurechnung zum Glücksspielanbieter wohl generell ausscheidet.

Schließlich muss der eingetretene Schaden in den sachlichen Schutzbereich der verletzten Norm fallen, also die verletzte Bestimmung das Rechtsgut, an dem eine Einbuße behauptet wird, schützen¹⁹⁹. Zudem „muss die Norm modal den Schutz des Rechtsguts gerade gegen die vorliegende Schädigungsart bezwecken; die geltend gemachte Rechtsgutsverletzung bzw. der geltend gemachte Schaden müssen also auch nach Art und Entstehungsweise unter den Schutzzweck der verletzten Norm fallen“²⁰⁰.

Auch diese Haftungsvoraussetzungen sind im Bereich der Spielerklagen zweifelhaft (bereits oben → S. 35)²⁰¹. Begründet man etwa die Schutzgesetzqualität mit der Manipulationsgefahr bei Online-Glücksspielen²⁰², so muss dieser Schutzzweck bei der Definition der ersatzfähigen Schäden konsequent fortgeführt werden, so dass ein Spieler allenfalls für Schäden infolge einer Manipulation des Online-Glücksspiels, nicht aber für jede Vermögenseinbuße, insbesondere nicht für jeden Spieleinsatz Ersatz verlangen kann. Wenn man demgegenüber die Schutzgesetzqualität mit Hinweis auf die Suchtgefahr begründet, rechtfertigt dies allenfalls einen Ersatz der Einbußen von Spielern, die tatsächlich unter Spielsucht leiden und dies darlegen und beweisen, nicht den Ersatz jeglicher Spieleinsätze. Weil der Schutzzweck der Suchtbekämpfung aber nicht isoliert vom Kanalisierungsziel verfolgt werden kann (oben → S. 53 mit Fn. 172), sprechen die besseren Gründe gegen einen Ersatzanspruch auch unter Berücksichtigung des Ziels der Spielsuchtbekämpfung, zumal die Anerkennung eines Ersatzanspruchs dem Spieler in gewissem Umfang ein „risikoloses Spiel“ ermöglicht (oben → S. 53), was den Glücksspieldrang eher steigern als reduzieren dürfte. Sowohl § 4 Abs. 4 GlüStV 2012 wie § 284 StGB bezwecken deshalb „nicht allein, den Spieler

Zurechenbarkeit wird übersehen etwa bei LG Traunstein 1.10.2020 – 2 O 3808/19, S. 3; LG Meiningen 26.1.2021 – 2 O 616/20, S. 6; LG Coburg 1.6.2021 – 23 O 416/20, S. 21; LG Mainz 14.7.2021 – 9 O 65/20, S. 16.

¹⁹⁸ BGH 13.9.2022 – XI ZR 515/21, Rn. 16. Auch im Kontext des § 284 StGB wird ein umfassender Vermögensschutz des Spielers mit Hinweis auf die Selbstverantwortlichkeit des Einzelnen abgelehnt, Nomos Kommentar StGB/Gaede, 5. Aufl. 2017, § 284 Rn. 4 m. w. N.

¹⁹⁹ BGH 14.7.2020 – VI ZR 208/19, BeckRS 2020, 22976, Rn. 10.

²⁰⁰ BGH 14.7.2020 – VI ZR 208/19, BeckRS 2020, 22976, Rn. 10.

²⁰¹ Verneint etwa von LG Memmingen 23.11.2021 – 24 O 4/21, S. 10. In diese Richtung auch LG München I 13.4.2021 – 8 O 16058/20, ZfWG 2021, 324 (326); diesen Aspekt übersehen etwa LG Traunstein 1.10.2020 – 2 O 3808/19, S. 3; LG Meiningen 26.1.2021 – 2 O 616/20, S. 6; LG Coburg 1.6.2021 – 23 O 416/20, S. 21; LG Aachen 13.7.2021 – 8 O 582/20, S. 7f.; LG Mainz 14.7.2021 – 9 O 65/20, S. 15f.

²⁰² So etwa (neben dem Hinweis auf die Suchtgefahr) LG Meiningen 26.1.2021 – 2 O 616/20, Rn. 19 (juris).

vor Verlusten beim Glücksspiel zu bewahren, sondern der Spielsucht insgesamt zu begegnen²⁰³.

III. Ergebnisse

Weder aus dem konkreten Verbot des Online-Glücksspiels in § 4 Abs. 4 GlüStV 2012 noch aus den in § 1 Satz 1 GlüStV 2012 niedergelegten allgemeinen Zielen des GlüStV lassen sich hinreichend deutliche Anhaltspunkte für eine Intention des Gesetzgebers entnehmen, gerade einen Rechtsschutz auf Rückforderung von Spieleinsätzen zugunsten von Spielteilnehmern gewollt oder mit gewollt zu haben. Im Gegenteil spricht die Zulassung von Online-Glücksspiel im neuen § 4 Abs. 4 GlüStV 2021 dagegen, dass die im GlüStV 2012 und im GlüStV 2021 unverändert gebliebenen Schutzzwecke einerseits einen umfassenden Rückzahlungsanspruch hinsichtlich der Spieleinsätze gestützt auf § 823 Abs. 2 BGB unter dem GlüStV 2012 und andererseits eine Anerkennung wirksamer Ansprüche aus solchen Glücksspielverhältnissen unter dem GlüStV 2021 tragen könnten.

Die systematische Stellung im Abschnitt „Strafbarer Eigennutz“ und die mögliche Strafbarkeit des Glücksspielteilnehmers nach § 285 StGB sowie die fehlende internationale Anwendbarkeit nach § 9 StGB sprechen dagegen, § 284 StGB als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB im Hinblick auf die Spieleinsätze anzusehen. Selbst wenn man dies anders sehen wollte, vermittelt § 284 StGB den Spielteilnehmern allenfalls einen Schutz davor, dass der Veranstalter die Gewinnchancen manipulativ entwertet, nicht aber einen Schutz vor dem Verlust der Spieleinsätze, der mit unerlaubtem Glücksspiel verbunden sein kann.

Die schadensrechtliche Differenzbetrachtung von Spieleinsätzen einerseits und Spielmöglichkeiten mit Gewinnchancen andererseits schließt das Vorliegen eines Schadens grundsätzlich oder – infolge der hohen „return to player“-Quoten – zumindest weit überwiegend aus. Selbst wenn man dies anders sehen sollte, so wurde der Verlust des Spieleinsatzes unmittelbar durch eine freiwillige Handlung des Spielers verursacht. Deshalb muss der Geschädigte darlegen und beweisen, dass er zu dieser Handlung durch die Schutzgesetzverletzung, also die hier zu unterstellende Illegalität des Online-Glücksspiels herausgefordert oder wesentlich mitbestimmt worden ist und er nicht an dem Glücksspiel unabhängig von dessen Legalität teilgenommen hat. Nach jüngster BGH-Rechtsprechung dürfte ein solcher Herausforderungsnachweis sogar generell ausgeschlossen sein.

Sieht man in § 4 Abs. 4 GlüStV 2012 – entgegen der hier vertretenen Auffassung – ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, so muss der für den Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB als maßgeblich angenommene Schutzzweck bei der Definition der ersatzfähigen Schäden konsequent fortgeführt werden und der Ersatz etwa auf die

²⁰³ LG München I 13.4.2021 – 8 O 16058/20, Rn. 49 (juris).

Einbußen infolge einer Manipulation des Online-Glücksspiels oder auf den Verlust erwiesenermaßen glücksspielabhängiger Spieler begrenzt werden. Ein Ersatz jeglicher verlorener Spieleinsätze in Online-Glücksspielen wäre mit den personellen und modalen Begrenzungen, die sich bei angenommener Schutzgesetzqualität des § 4 Abs. 4 GlüStV 2012 ergeben, nicht vereinbar.

D. Verjährung von Ansprüchen auf Rückforderung von Online-Glücksspieleinsätzen

von Christian Heinze

I. Einführung

Auch wenn in den Instanzgerichten bisher vor allem das Bestehen von Rückforderungsansprüchen im Hinblick auf Glücksspieleinsätze erörtert wurde, stellt sich für den Fall des unterstellten Bestehens entsprechender Ansprüche die Frage, in welcher Frist mögliche Ansprüche verjähren. Dabei wird von der Anwendbarkeit deutschen (Verjährungs-)Rechts trotz des Auslandsbezugs der Sachverhalte ausgegangen.

II. Verjährung möglicher bereicherungsrechtlicher Ansprüche

1. Verjährungsfrist

Die Verjährung möglicher bereicherungsrechtlicher Ansprüche bestimmt sich nach den allgemeinen Regeln der §§ 195, 199 BGB²⁰⁴. Danach verjähren die Ansprüche drei Jahre (§ 195 BGB) nach dem „Schluss des Jahres, in dem 1. der Anspruch entstanden ist und 2. der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste“ (§ 199 Abs. 1 BGB)²⁰⁵.

²⁰⁴ BGH 4.7.2017 – XI ZR 562/15, NJW 2017, 2986 Rn. 85: „Bereicherungsansprüche verjähren nach der Regelverjährung des § 195 BGB in drei Jahren“; BGH 26.9.2012 – VIII ZR 249/11, BeckRS 2012, 21994 Rn. 40f.: „Die Rückzahlungsansprüche des Klägers aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB verjähren [...] innerhalb der dreijährigen Regelverjährungsfrist des § 195 BGB“.

²⁰⁵ Die folgende Darstellung orientiert sich an der Auslegung dieser Vorschriften durch den BGH, vereinzelt grundsätzliche Kritik der Literatur bleibt außer Betracht. Zur Kritik siehe die Nachweise bei *Scheuch*, Rechtsirrtum und Rechtsungewissheit bei Anspruchsverfolgung und Anspruchsverteidigung, 2021, S. 94, 103; vgl. auch juris Praxiskommentar/*Lakkis*, 9. Aufl. 2020, § 199 Rn. 130; zur h.L. etwa Münch. Komm. BGB/*Grothe*, 9. Aufl. 2021, § 199 Rn. 29 m. w. N.

2. Verjährungsbeginn

a) Entstehung des Anspruchs

Ein Anspruch ist im Sinne des § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB entstanden, „sobald er im Wege der Klage geltend gemacht werden kann“, was grundsätzlich die Fälligkeit des Anspruchs voraussetzt²⁰⁶. Bereicherungsansprüche entstehen demnach „unmittelbar mit der rechtsgrundlosen Leistung, sofern ihr Rechtsgrund von vorneherein fehlte“²⁰⁷, weil ab diesem Zeitpunkt der Anspruch fällig ist und klageweise geltend gemacht werden kann. Unterstellt man die Nichtigkeit des Spielvertrags nach § 134 BGB wegen Verstoßes gegen § 4 Abs. 4 GlüStV 2012, so fehlte von vorneherein der Rechtsgrund für die Leistung der Spieleinsätze, so dass etwaige Bereicherungsansprüche zeitgleich mit der Zahlung der Spieleinsätze entstanden sind²⁰⁸. Unerheblich ist, ob und wie die Spieleinsätze im Nachhinein verrechnet oder intern verbucht werden²⁰⁹.

b) Kenntnis von den anspruchsbegründenden Umständen

Der Beginn der dreijährigen Verjährungsfrist setzt ferner die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis des Gläubigers von den anspruchsbegründenden Umständen voraus (§ 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB).

aa) Nur Tatsachenkenntnis, keine rechtliche Würdigung erforderlich

§ 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB stellt dabei – wie sich unmittelbar aus dem Wortlaut ergibt – „nur auf die Kenntnis der tatsächlichen Umstände ab, mithin des Lebenssachverhalts, der die Grundlage des Anspruchs bildet“²¹⁰. Der Gläubiger muss allerdings weder alle Einzelumstände kennen noch bereits hinreichend sichere Beweismittel in der Hand haben, sondern es genügt, dass er aufgrund der Kenntnis des tatsächlichen Geschehensablaufs Klage erheben kann²¹¹. Nicht erforderlich ist, „dass der Gläubiger aus den ihm bekannten Tatsachen die zutreffenden rechtlichen Schlüsse zieht“²¹².

²⁰⁶ BGH 8.4.2015 – IV ZR 103/15, NJW 2015, 1818, Rn. 22 m. w. N.

²⁰⁷ Staudinger/Peters/Jacoby, 2019, § 199 BGB, Rn. 26.

²⁰⁸ BGH 17.11.2021 – IV ZR 113/20, NJW 2022, 389, Rn. 41: Bereicherungsrechtliche Rückzahlungsansprüche wegen unzulässiger Prämienerrhöhung im Versicherungsvertrag entstehen „jeweils mit der Zahlung der Erhöhungsbeträge“; BGH 19.3.2019 – XI ZR 95/17, NJW 2019, 2162, Rn. 29: Bereicherungsanspruch auf Rückforderung einer Darlehensgebühr entsteht mit „Einzug der Darlehensgebühr“; BGH 4.7.2017 – XI ZR 562/15, NJW 2017, 2986, Rn. 88: Entstehung des Bereicherungsanspruchs im Sinne des § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB durch Zahlung; BGH 18.12.2008 – III ZR 132/08, NJW 2009, 984, Rn. 13: Entstehung des Bereicherungsanspruchs auf Rückerstattung einer Leistung im Rahmen eines Schenkkreises zum Zeitpunkt der rechtsgrundlosen Zuwendung.

²⁰⁹ BGH 19.3.2019 – XI ZR 95/17, NJW 2019, 2162, Rn. 31 zur Verbuchung einer Darlehensgebühr.

²¹⁰ BGH 17.12.2020 – VI ZR 739/20, NJW 2021, 918, Rn. 8; ferner BGH 17.11.2021 – IV ZR 113/20, NJW 2021, 389, Rn. 43.

²¹¹ BGH 17.12.2020 – VI ZR 739/20, NJW 2021, 918, Rn. 8.

²¹² BGH 17.11.2021 – IV ZR 113/20, NJW 2021, 389, Rn. 43; BGH 17.12.2020 – VI ZR 739/20,

bb) Tatsachenkenntnis erfordert keine Kenntnis des Verbotsgesetzes

Bei einem Bereicherungsanspruchs aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB ist die Kenntnis der anspruchsbegründenden Umstände im Sinne des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB gegeben, wenn der Gläubiger „von der Leistung und den Tatsachen weiß, aus denen sich das Fehlen des Rechtsgrundes ergibt“²¹³. Der Gläubiger muss nur die Tatsachen kennen, aus denen das Fehlen des Rechtsgrundes folgt, er muss nicht „Kenntnis vom Fehlen des rechtlichen Grundes selbst“ haben²¹⁴.

Dementsprechend genügt bei der aus dem Verstoß gegen ein Verbotsgesetz hergeleiteten Nichtigkeit nach § 134 BGB ebenfalls die bloße Kenntnis der Tatsachen, die den Verstoß gegen das Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB begründen²¹⁵. Entfällt der rechtliche Grund „nach § 134 [BGB] wegen eines Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot, so ist nicht einmal das Bestehen des gesetzlichen Verbots Gegenstand der maßgeblichen Kenntnis im Sinne des § 199 [BGB]; erst recht nicht erforderlich ist, dass der Gläubiger den Schluss auf das Fehlen des Rechtsgrundes oder die Unwirksamkeit des Vertrages gezogen hat“²¹⁶.

NJW 2021, 918, Rn. 9; BGH 28.10.2014 – XI ZR 348/13, NJW 2014, 3713, Rn. 35; BGH 18.12.2008 – III ZR 132/08, NJW 2009, 984, Rn. 13: „Hingegen war grundsätzlich nicht erforderlich, dass die Kl. aus diesen Gegebenheiten die zutreffende rechtliche Würdigung zog“.

²¹³ BGH 13.1.2015 – XI ZR 303/12, NJW 2015, 1948, Rn. 19; ferner BGH 19.3.2019 – XI ZR 95/17, NJW 2019, 2162, Rn. 27; BGH 4.7.2017 – XI ZR 562/15, NJW 2017, 2986, Rn. 85; BGH 13.1.2015 – XI ZR 182/13, BeckRS 2015, 3384, Rn. 19; BGH 28.10.2014 – XI ZR 348/13, NJW 2014, 3713, Rn. 35; BGH 29.1.2008 – XI ZR 160/07, NJW 2008, 1729, Rn. 26.

²¹⁴ Münch. Komm. BGB/*Grothe*, 9. Aufl. 2021, § 199 Rn. 29.

²¹⁵ Explizit BGH 1.6.2011 – VIII ZR 91/10, NJW 2011, 2570, Rn. 24: „Das BerGer. geht zwar im Ansatz zutreffend von dieser Rechtsprechung aus, wendet sie aber im Ergebnis nicht an, indem es von der Kl. den Nachweis verlangt, wann der Bekl. zu 1 die Gesetzeswidrigkeit der Kautionsbekannt geworden sei. Damit macht das BerGer. den Beginn der Verjährung entgegen der Rechtsprechung des BGH von der zutreffenden rechtlichen Würdigung eines schon länger bekannten Sachverhalts durch den Gläubiger abhängig. Der Bereicherungsanspruch der Bekl. zu 1 ergibt sich daraus, dass sie für eine Wohnung eine Kautionszahlung erbracht hat, die den Betrag von drei Monatsmieten übersteigt; diese Umstände waren der Bekl. zu 1 bei Zahlung der Kautionsbekannt. Ob die Bekl. die Vorschrift des § 551 BGB kannte und ihr deshalb bewusst war, dass ihr ein Rückforderungsanspruch zusteht, ist nicht entscheidend. Wie ausgeführt, ist die zutreffende rechtliche Einordnung eines Sachverhalts durch den Gläubiger nicht erforderlich“. Ferner BGH 19.3.2008 – III ZR 220/07, NJW-RR 2008, 1237, Rn. 9: „hinreichende Kenntnis derjenigen Tatsachen verfügt hat, die einen Verstoß des Bekl. gegen das Rechtsberatungsgesetz und einen auf § 812 I 1 BGB gestützten Anspruch auf Rückforderung des Geleisteten begründen“; BGH 18.12.2008 – III ZR 132/08, NJW 2009, 984, Rn. 13: „Die ‚den Anspruch begründenden Umstände‘ i. S. des § 199 I Nr. 1 BGB bestanden hier [...] in der Funktionsweise des sittenwidrigen Schneeballsystems“; Münch. Komm. BGB/*Grothe*, 9. Aufl. 2021, § 199 Rn. 29.

²¹⁶ Münch. Komm. BGB/*Grothe*, 9. Aufl. 2021, § 199 Rn. 29 mit Verweis auf BGH 29.1.2008 – XI ZR 160/07, NJW 2008, 1729, Rn. 26: „Ein Gläubiger, der einen Bereicherungsanspruch verfolgt, hat Kenntnis von den den Anspruch begründenden Umständen, wenn er von der Leistung und vom Fehlen des Rechtsgrundes, das heißt von den Tatsachen, aus denen dessen Fehlen folgt, weiß [...]. Dies war hier der Fall. Der Kl. wusste seit dem 30.3.2001, dass die Hauptschuldnerin durch die Überweisung vom selben Tag, also durch seine Leistung, die Klagesumme erlangt hatte. Er kannte auch die Tatsachen, aus denen sich die Formunwirksamkeit des auf den 14.10.2000 datierten Kaufvertrages ergab. Dass er hieraus auch den Schluss auf die Unwirksamkeit des Vertrags und das Fehlen

cc) Anwendung auf Spielerklagen

Übertragen auf den in den Spielerklagen in Rede stehenden Bereicherungsanspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB wegen angenommener Nichtigkeit des Spielvertrags nach § 134 BGB i. V. m. § 4 Abs. 4 GlüStV 2012²¹⁷ folgt daraus, dass eine Kenntnis des Spielers vom gesetzlichen Verbot des § 4 Abs. 4 GlüStV 2012 oder der daraus möglicherweise resultierenden Unwirksamkeit des Spielvertrags für den Verjährungsbeginn unerheblich ist. Vielmehr liegt die für den Verjährungsbeginn erforderliche Tatsachenkenntnis bereits vor, sobald der Spieler von der Zahlung des Spieleinsatzes und der Teilnahme an einem Online-Glücksspiel im Internet weiß, was beides regelmäßig unmittelbar vor (Zahlung) bzw. mit der Spielteilnahme der Fall ist. Die Kenntnis der Zahlung vermittelt die Kenntnis von der Leistung, die Kenntnis der Teilnahme an einem Glücksspiel im Internet vermittelt die Kenntnis der Tatsachen, aus denen sich das Fehlen des Rechtsgrunds ergibt, nämlich die Kenntnis der tatsächlichen Umstände des Verbotsgesetzes des § 4 Abs. 4 GlüStV 2012. Nach dem Wortlaut des § 4 Abs. 4 GlüStV 2012 war nämlich – wenn man die unionsrechtlichen Zweifel ausblendet – bereits „[d]as Veranstalten und das Vermitteln öffentlicher Glücksspiele im Internet“ verboten. Veranstaltet und vermittelt wird ein Glücksspiel nach § 3 Abs. 4 GlüStV 2012 dort, wo dem Spieler die Möglichkeit zur Teilnahme eröffnet wird. Bereits durch seine Teilnahme an dem öffentlichen Glücksspiel im Internet war dem Spieler damit zwangsläufig bewusst, dass öffentliches Glücksspiel im Internet von dem betreffenden Anbieter veranstaltet wird, so dass ihm die tatsächlichen Umstände der Verbotsnorm des § 4 Abs. 4 GlüStV bekannt waren. Die Kenntnis der rechtlichen Reichweite des § 4 Abs. 4 GlüStV 2012, insbesondere die Frage nach seiner Vereinbarkeit mit der Dienstleistungsfreiheit, oder auch die Kenntnis des Verbotenseins des Glücksspiels ist für die nach § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB erforderliche Tatsachenkenntnis unerheblich, weil sie allein die rechtliche Würdigung und nicht die Tatsachen betrifft, die den Tatbestand der Verbotsnorm ausmachen.

Auch in den instanzgerichtlichen Entscheidungen – insbesondere in solchen, die Spielerklagen stattgegeben haben – wurde bei der Feststellung der Nichtigkeit gemäß § 134 BGB ersichtlich allein auf die Erfüllung des Tatbestands des Verbotsgesetzes des § 4 Abs. 4 GlüStV 2012, also den objektiven Verstoß, und gerade nicht auf die Kenntnis einer oder beider Parteien vom Verstoß gegen § 4 Abs. 4 GlüStV 2012 abgestellt²¹⁸. Konsequenterweise kann es dann aber auch für die zum Verjährungsbeginn

des Rechtsgrundes gezogen hat, ist für die Kenntnis der den Anspruch begründenden Umstände nicht erforderlich [...].“

²¹⁷ An der Nichtigkeit nach § 134 BGB wegen Verstoßes allein des Anbieters gegen § 4 Abs. 4 GlüStV 2012 kann man mit guten Gründen zweifeln, weil es in diesem Fall an dem für eine Nichtigkeit nach § 134 BGB regelmäßig erforderlichen beiderseitigen Verstoß gegen ein Verbotsgesetz fehlt, dazu oben → S. 9 ff. Im Folgenden wird dennoch eine Nichtigkeit nach § 134 BGB i. V. m. einem (nur einseitigen) Verstoß des Spielveranstalters gegen § 4 Abs. 4 GlüStV 2012 als Nichtigkeitsgrund und damit fehlender Rechtsgrund im Sinne des § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB zugrunde gelegt, weil dies der Praxis der (zusprechenden) Instanzgerichte (dazu folgende Fn.) entspricht.

²¹⁸ Siehe etwa die ausschließliche Prüfung der objektiven Umstände des § 4 Abs. 4 GlüStV 2012

erforderliche Tatsachenkenntnis allein auf die Umstände ankommen, die den Tatbestand des § 4 Abs. 4 GlüStV ausmachen, nicht auf die rechtliche Bewertung oder auch nur die Kenntnis von dem Verbot. Soweit einzelne Instanzgerichte für den Verjährungsbeginn im Ausgangspunkt darauf abstellen, dass der „Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen [...] Kenntnis erlangt“, im Anschluss aber die „Kenntnis von der Illegalität des Online-Glücksspiels“ (und nicht lediglich der Umstände, die den Tatbestand des Verbotsgesetzes ausmachen) für den Verjährungsbeginn für maßgeblich halten²¹⁹, bleibt in den Entscheidungsgründen unklar, wie sich ein solches Abstellen nicht auf die tatsächlichen Umstände, sondern die rechtliche Würdigung des „Verbotenseins“ mit dem Wortlaut des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB und der nur auf Tatsachenkenntnis abstellenden höchstrichterlichen Rechtsprechung vereinbaren lässt.

c) Ergebnis

Bei bereicherungsrechtlichen Rückforderungsansprüchen gestützt auf § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB i. V. m. § 134 BGB, § 4 Abs. 4 GlüStV 2012 sind die Voraussetzungen des Verjährungsbeginns nach § 199 Abs. 1 BGB bereits mit der Leistung des Spieleinsatzes und der Teilnahme am Online-Glücksspiel gegeben, so dass unmittelbar mit dem Tag der Teilnahme an dem Spiel (bzw. mit dem letzten Tag des Jahres, in dem die Spielteilnahme stattfand) die dreijährige Verjährungsfrist des § 195 BGB zu laufen beginnt²²⁰.

durch OLG Hamm 12.11.2021 – 12 W 13/21, BeckRS 2021, 37639, Rn. 15: „Denn der Vertrag über die Teilnahme an dem von ihr betriebenen Online-Glücksspiel war gem. § 134 BGB i. V. m. § 4 Abs. 4 GlüStV a. F. nichtig. Danach ist das Veranstellen und Vermitteln öffentlicher Glücksspiele im Internet verboten. Die Antragsgegnerin hat gegen diese Verbotsnorm verstoßen, indem sie ihr Onlineangebot auch Spielteilnehmern aus Nordrhein-Westfalen, vorliegend dem Antragsteller, zugänglich gemacht hat“. Ebenso OLG Frankfurt a. M. 8.4.2022 – 23 U 55/21, S. 14: „Der Vertrag mit der Beklagten über die Teilnahme an dem von der Beklagten angebotenen ‚Live-Roulette‘ bildet keinen tauglichen Rechtsgrund, da dessen Abschluss gegen den hier anwendbaren § 4 Abs. 4 GlüStV in der Fassung vom 15.12.2011 (im Folgenden: GlüStV 2012), wonach das Veranstellen öffentlicher Glücksspiele im Internet verboten ist, verstoßen hat und daher gemäß § 134 BGB nichtig ist“. Außerdem LG Gießen 21.1.2021 – 4 84/20, S. 3; LG Coburg 1.6.2021 – 23 O 416/20, S. 14; LG Paderborn 8.7.2021 – 4 O 323/20, S. 11 f.; LG Aachen 22.6.2021 – 8 O 582/20, S. 6; LG Mainz 2.7.2021 – 9 O 65/20, S. 9 f., 11; LG Nürnberg-Fürth 14.6.2021 – 19 O 6690/20, S. 4; LG Waldshut-Tiengen 3.8.2021 – 2 O 296/20, S. 8; LG Aachen 28.10.2021 – 12 O 510/20, S. 6; LG Mönchengladbach 2.12.2021 – 2 O 54/21, S. 15: „§ 4 Abs. 4 GlüStV erfordert als solches auch keinen subjektiven Tatbestand, so dass hier dessen objektive Verwirklichung, d. h. das Betreiben von Online-Glücksspiel ohne behördliche Erlaubnis, für die Annahme eines Verbotsgesetzes im Sinne des § 134 BGB genügt“.

²¹⁹ So etwa OLG Hamm 12.11.2021 – 12 W 13/21, BeckRS 2021, 37639, Rn. 27, das zwar verlangt, dass der „Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen [...] Kenntnis erlangt“, im Anschluss dies aber – ohne Auseinandersetzung mit dem Wortlaut des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB und der nur auf Tatsachenkenntnis abstellenden höchstrichterlichen Rechtsprechung – auf die „Kenntnis von der Illegalität des Online-Glücksspiels“ bezieht. Auch LG Köln 19.10.2021 – 16 O 614/20, BeckRS 2021, 32804, Rn. 69 erläutert nicht, auf welche „Kenntnis des Klägers“ das Gericht abstellen will und wie sich dies zur auf die Tatsachenkenntnis abstellenden Judikatur des BGH verhält.

²²⁰ Ebenso LG München II 30.3.2022 – 2 O 2554/21, S. 15: „Dem bereicherungsrechtlichen An-

III. Verjährung möglicher deliktsrechtlicher Ansprüche

1. Verjährungsfrist

Auch die Verjährung möglicher deliktsrechtlicher Ansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 4 Abs. 4 GlüStV 2012 oder § 284 StGB als Schutzgesetze bestimmt sich nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 195, 199 BGB²²¹.

2. Verjährungsbeginn

a) Entstehung des Anspruchs

Schadensersatzansprüche entstehen für die Zwecke des § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB zu dem Zeitpunkt, ab dem sie vom Geschädigten geltend gemacht und klageweise durchgesetzt werden können²²². Nicht erforderlich ist es, dass der Zahlungsanspruch bereits – teilweise – beziffert werden und damit Gegenstand einer Leistungsklage sein kann, sondern es genügt die Möglichkeit einer Feststellungs- oder Stufenklage²²³. Deliktische Schadensersatzansprüche entstehen demgemäß mit der tatsächlichen Beeinträchtigung des von der jeweiligen Norm geschützten Rechtsguts und damit – wenn die betreffende Norm das Vermögen schützt – spätestens mit dem Eintritt eines Schadens durch Verschlechterung der Vermögenslage²²⁴. Deshalb ist auch ein möglicher Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB spätestens mit dem Eintritt des behaupteten (Vermögens-)Schadens, also spätestens mit der Zahlung des jeweiligen Spieleinsatzes entstanden. Denkbar wäre zudem, in Anlehnung an die Rechtspre-

sprechung steht hinsichtlich der Verluste aus dem Jahr 2017 überdies die Einrede der Verjährung gemäß §§ 195, 199 Abs. 1 BGB entgegen. Auch in diesem Zusammenhang hat sich das Gericht die Überzeugung gebildet, dass der Kläger bereits mit Beginn seines Onlineglücksspiels Kenntnis der anspruchsbegründenden Tatsachen hatte. Verjährung ist damit mit Ablauf des Jahres 2020 und damit weit vor dem Zeitpunkt der Klageerhebung am 19.07.2021 eingetreten“. A.A. OLG Hamm 12.11.2021 – 12 W 13/21, BeckRS 2021, 37639, Rn. 27; LG Köln 19.10.2021 – 16 O 614/20, BeckRS 2021, 32804, Rn. 69 (zu diesen Entscheidungen siehe die Auseinandersetzung im Text zur vorigen Fn.).

²²¹ Zur Verjährung eines Anspruchs aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 StGB BGH 12.5.2009 – VI ZR 294/08, NJW-RR 2009, 1471, Rn. 6, 8, 18; zur Verjährung eines Anspruchs aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV BGH 10.2.2011 – I ZR 136/09, BeckRS 2009, 5635, Rn. 49.

²²² BGH 16.5.2017 – XI ZR 430/16, NJW 2017, 2189, Rn. 17 (dort als ständige Rechtsprechung bezeichnet).

²²³ BGH 16.5.2017 – XI ZR 430/16, NJW 2017, 2189, Rn. 17 (dort als ständige Rechtsprechung bezeichnet).

²²⁴ Münch. Komm. BGB/Grothe, 9. Aufl. 2021, § 199 Rn. 9; Grüneberg/Ellenberger, 81. Aufl. 2022, § 199 Rn. 14, 16; BeckOGK/Piekenbrock, § 199 Rn. 57 (Stand 1.8.2022); BGH 16.5.2017 – XI ZR 430/16, NJW 2017, 2189, Rn. 17; zu § 200 BGB (Entstehen dort wie bei § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB, Grüneberg/Ellenberger, 81. Aufl. 2022, § 200 Rn. 2) BGH 18.9.2018 – II ZR 152/17, NJW 2019, 596, Rn. 17: „Ein Schadensersatzanspruch ist iSv § 200 Satz 1 BGB entstanden, sobald der Berechtigte in der Lage ist, seinen Anspruch gerichtlich geltend zu machen, dh mit dem Eintritt des durch die Verletzungshandlung verursachten Schadens dem Grunde nach, ohne dass der Schaden schon bezifferbar sein muss; es genügt regelmäßig auch die Möglichkeit einer Feststellungsklage“.

chung zur Haftung für Aufklärungs- und Beratungsfehler und zu den Dieselfällen für die Entstehung des Schadens bereits auf den Abschluss des Spielvertrags abzustellen²²⁵. Gegen eine solche Sichtweise könnte man einwenden, dass erst die Zahlung des Spieleinsatzes (und der Verlust im Spiel) zur Einbuße führt, weil der Abschluss des Spielvertrags nicht bereits zu konkreten Einsätzen verpflichtet. Allerdings hat die strafrechtliche Rechtsprechung beim Sportwettenbetrug einen Vermögensschaden bereits mit Abschluss des Wettvertrags bejaht²²⁶. Im Ergebnis dürften sich beide Positionen kaum unterscheiden, weil entweder auf den Abschluss des (einzelnen) Spielvertrags oder den einzelnen Spieleinsatz als Schaden abgestellt wird, die zeitlich regelmäßig nah beieinander liegen dürften.

b) Kenntnis von den anspruchsbegründenden Umständen

Die nach § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB für den Verjährungsbeginn erforderliche Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis von den anspruchsbegründenden Umständen bezieht sich bei Schadensersatzansprüchen auf die Pflichtverletzung (hier: Schutzgesetzverletzung), den Eintritt eines Schadens und die Kenntnis von der eigenen Schadensbetroffenheit²²⁷. Wie im Bereicherungsrecht stellt § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB auch im Deliktsrecht „nur auf die Kenntnis der tatsächlichen Umstände ab, mithin des Lebenssachverhalts, der die Grundlage des Anspruchs bildet“²²⁸. Diese Kenntnis ist „bereits vorhanden, wenn die dem Geschädigten bekannten Tatsachen ausreichen, um den Schluss auf ein schuldhaftes Fehlverhalten des Anspruchsgegners als naheliegend erscheinen zu lassen“²²⁹. Nicht erforderlich ist also, „dass der Gläubiger aus den ihm bekannten Tatsachen die zutreffenden rechtlichen Schlüsse zieht“²³⁰, sondern es „genügt aus Gründen der Rechtssicherheit und Billigkeit im Grundsatz die Kenntnis der den Ersatzanspruch begründenden tatsächlichen Umstände“²³¹. Deshalb ist es für die den Verjährungsbeginn auslösende Tatsachenkenntnis auch nicht erforderlich, „dass der Geschädigte die Rechtswidrigkeit des Geschehens, das Verschulden des Schädigers und den in Betracht kommenden Kausalverlauf richtig einschätzt“²³². Bei Aufklärungspflichtverletzungen setzt der Verjährungsbeginn nach § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB demgemäß nicht voraus, dass der Geschädigte die Aufklärungspflicht kennt, sondern es genügt „die Kenntnis derjenigen tatsächlichen Um-

²²⁵ Zur Haftung für Aufklärungsfehler BGH 8.4.2014 – XI ZR 341/12, NJW 2014, 2348, Rn. 25; BGH 26.3.2019 – XI ZR 372/18, NJW 2019, 1739, Rn. 13; zu Dieselfällen BGH 25.5.2020 – VI ZR 252/19, NJW 2020, 1962, Rn. 44 ff.

²²⁶ BGH 20.12.2012 – 4 StR 55/12, NJW 2013, 883, Rn. 34.

²²⁷ Grüneberg/Ellenberger, 81. Aufl. 2022, § 199 Rn. 28.

²²⁸ BGH 17.12.2020 – VI ZR 739/20, NJW 2021, 918, Rn. 8.

²²⁹ BGH 17.12.2020 – VI ZR 739/20, NJW 2021, 918, Rn. 8.

²³⁰ BGH 17.12.2020 – VI ZR 739/20, NJW 2021, 918, Rn. 9 (ferner Rn. 21); BGH 15.10.1992 – IX ZR 43/92, NJW 1993, 648, 653.

²³¹ BGH 26.2.2013 – XI ZR 498/11, NJW 2013, 1801, Rn. 27 (dort als ständige Rechtsprechung bezeichnet).

²³² BGH 26.2.2013 – XI ZR 498/11, NJW 2013, 1801, Rn. 27 m. w. N.

stände, aus denen sich die Aufklärungspflicht ergibt²³³. Rechtsunkenntnis „kann allein bei unübersichtlicher oder zweifelhafter Rechtslage [dazu sogleich unten] den Verjährungsbeginn hinausschieben“²³⁴.

Übertragen auf den hier in Rede stehenden Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 4 Abs. 4 GlüStV 2012 folgt daraus, dass nur die Kenntnis des Spielers von der Zahlung des Spieleinsatzes und der Umstände, die den Tatbestand des § 4 Abs. 4 GlüStV ausmachen, also die Kenntnis des Veranstaltens oder Vermittelns öffentlicher Glücksspiele im Internet, für den Verjährungsbeginn nach § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB erforderlich ist. Die Kenntnis von der Zahlung des Spieleinsatzes vermittelt die Kenntnis von dem Schadenseintritt, und die Kenntnis der Teilnahmemöglichkeit an dem öffentlichen Glücksspiel im Internet begründet die Kenntnis des Veranstaltens und Vermittelns öffentlicher Glücksspiele im Internet (vgl. § 3 Abs. 4 GlüStV 2012), die nach § 4 Abs. 4 GlüStV 2012 – hier unterstellt – verboten sind. Ebenso wenig wie bei bereicherungsrechtlichen Ansprüchen ist es erforderlich, dass der Spieler aus den ihm bekannten tatsächlichen Umständen (also der Teilnahmemöglichkeit an einem öffentlichen Glücksspiel im Internet) den Schluss auf das Verbotensein des Spielangebots zieht.

c) Ergebnis

Bei deliktsrechtlichen Rückforderungsansprüchen gestützt auf § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 4 Abs. 4 GlüStV 2012 sind die Voraussetzungen des Verjährungsbeginns nach § 199 Abs. 1 BGB ebenfalls bereits mit der Leistung des Spieleinsatzes und der Teilnahme am Online-Glücksspiel gegeben, so dass die Verjährung zum gleichen Zeitpunkt wie bei den bereicherungsrechtlichen Ansprüchen zu laufen beginnt.

IV. Aufschub der Verjährung wegen unsicherer Rechtslage

Auch wenn die Rechtskenntnis für den Verjährungsbeginn nach § 199 Abs. 1 BGB allgemein unerheblich ist, kann nach der Rechtsprechung des BGH „ausnahmsweise [...] die Rechtsunkenntnis des Gläubigers den Verjährungsbeginn [...] hinausschieben, wenn eine unsichere und zweifelhafte Rechtslage vorliegt, die selbst ein rechtskundiger Dritter nicht zuverlässig einzuschätzen vermag“, weil es in diesen Fällen „an der Zumutbarkeit der Klageerhebung als übergreifender Voraussetzung für den Verjährungsbeginn“ fehle²³⁵. Diese ungeschriebene Ausnahme zu § 199 Abs. 1 BGB sieht sich in der Literatur Kritik ausgesetzt²³⁶, die hier nicht vertieft werden soll. Stattdessen soll im Folgenden untersucht werden, ob unter Zugrundelegung der Aus-

²³³ BGH 26.2.2013 – XI ZR 498/11, NJW 2013, 1801, Rn. 28 m. w. N.

²³⁴ BGH 15.10.1992 – IX ZR 43/92, NJW 1993, 648 (653).

²³⁵ BGH 17.11.2021 – IV ZR 113/20, NJW 2022, 389, Rn. 43.

²³⁶ Zusammenfassung der Kritik bei *Scheuch* (Fn. 205) S. 96 ff.

nahme in ihrer Ausprägung durch den BGH bei Spielerklagen ein Aufschiebung des Verjährungsbeginns in Betracht kommt.

1. Ausgangspunkt: Verjährungsaufschiebung als Ausnahmefall

Im Ausgangspunkt geht der BGH davon aus, dass wegen des formalen Charakters der Verjährungsvorschriften „an die Rechtfertigung einer über den Wortlaut der Normen hinausgehenden Anwendung besonders strenge Anforderungen zu stellen“ sind²³⁷. Deshalb kann das „Hinausschieben des Beginns der regelmäßigen Verjährungsfrist wegen unsicherer und zweifelhafter Rechtslage [...] nur in eng begrenzten, besonders begründeten Ausnahmefällen angenommen werden“²³⁸.

2. Maßstab: Fehlende Überschaubarkeit für rechtskundigen Dritten

Der Maßstab für einen Verjährungsaufschiebung wegen „unsichere[r] und zweifelhafte[r] Rechtslage“, „die selbst ein rechtskundiger Dritter nicht zuverlässig einzuschätzen vermag“²³⁹, ist nicht die fehlende Überschaubarkeit der Rechtslage für den Gläubiger, sondern für einen rechtskundigen Dritten.

3. Kriterien für den Verjährungsaufschiebung

a) Ungeklärte Rechtslage führt nicht zum Verjährungsaufschiebung

Eine verjährungsaufschiebende Unzumutbarkeit kann nicht bereits dann angenommen werden, wenn zu einer Frage keine höchstrichterliche Rechtsprechung existiert²⁴⁰. Ebenso wenig genügt es, wenn ein noch nicht geklärt Meinungsstreit zu einer Rechtsfrage existiert²⁴¹, überhaupt noch kein Meinungsstreit besteht²⁴² oder wenn Instanzgerichte die maßgebliche Rechtsfrage nicht einhellig beantworten²⁴³. Vielmehr ist in solchen Fällen die Klageerhebung zumutbar, weil der Rechtsweg ge-

²³⁷ BGH 17.12.2020 – VI ZR 739/20, NJW 2021, 918, Rn. 10; BGH 16.12.2015 – XII ZB 516/14, NJW 2016, 629, Rn. 38.

²³⁸ BGH 17.12.2020 – VI ZR 739/20, NJW 2021, 918, Rn. 10; BGH 16.12.2015 – XII ZB 516/14, NJW 2016, 629, Rn. 38.

²³⁹ BGH 17.11.2021 – IV ZR 113/20, NJW 2022, 389, Rn. 43.

²⁴⁰ BGH 17.12.2020 – VI ZR 739/20, NJW 2021, 918, Rn. 13; BGH 21.2.2018 – IV ZR 385/16, NJW 2018, 1469, Rn. 17.

²⁴¹ BGH 21.2.2018 – IV ZR 385/16, NJW 2018, 1469, Rn. 17; ebenso BGH 17.11.2021 – IV ZR 113/20, NJW 2022, 389, Rn. 45.

²⁴² BGH 17.11.2021 – IV ZR 113/20, NJW 2022, 389, Rn. 45: „Für eine Unzumutbarkeit der Klageerhebung genügte es nicht, dass es zu den Anforderungen an die nach § 203 V VVG mitzuteilenden Gründe einer Prämienanpassung einen Meinungsstreit gab, der – soweit er in den Jahren 2008–2014 überhaupt schon bestand – jedenfalls zu diesem Zeitpunkt noch nicht geklärt war“.

²⁴³ BGH 17.12.2020 – VI ZR 739/20, NJW 2021, 918, Rn. 14. Siehe auch BGH 7.11.2014 – V ZR 309/12, NJW 2015, 1007, Rn. 15: Ebenfalls nicht als ausreichend für die verjährungsaufschiebende Unzumutbarkeit der Klageerhebung ist es, dass ein noch nicht abgeschlossener Rechtsstreit zwi-

rade dazu dient, offene Rechtsfragen zu klären²⁴⁴. Für die Zumutbarkeit der Rechtsverfolgung genügt es mithin, „dass sie hinreichende Aussicht auf Erfolg hat“; nicht erforderlich ist, „dass die Rechtsverfolgung risikolos möglich ist“²⁴⁵. Auch die Verbesserung der Erfolgsaussichten der Rechtsverfolgung durch eine Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung rechtfertigt nicht die Annahme einer Unzumutbarkeit der Rechtsdurchsetzung vor dieser Änderung²⁴⁶.

b) Unzumutbarkeit durch entgegenstehende BGH-Rechtsprechung

Demgegenüber hat der BGH eine für den Verjährungsaufschub erforderliche Unzumutbarkeit angenommen, wenn nicht bloß Unsicherheit besteht, „sondern der Durchsetzung des Anspruchs eine gegenteilige höchstrichterliche Rechtsprechung entgegensteht, allerdings nur solange, bis sich – etwa in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte – eine gefestigte Gegenmeinung herausgebildet hat“²⁴⁷. Zuweilen wird dieser Fall wegen der gerade nicht unklaren, sondern höchstrichterlich geklärten Rechtslage als eigene Fallgruppe der „Unzumutbarkeit der Rechtsverfolgung bei anspruchsförderlicher Rechtsprechung“ bezeichnet²⁴⁸. Sie setzt indes eine anspruchsförderliche höchstrichterliche Rechtsprechung voraus; eine – auch nahezu einhellig – anspruchsförderliche Judikatur der Obergerichte genügt nicht²⁴⁹.

c) Unzumutbarkeit abgesehen von entgegenstehender BGH-Judikatur

Abgesehen von der Fallgruppe der entgegenstehenden höchstrichterlichen Rechtsprechung hat der BGH nur selten einen Aufschub der Verjährung angenommen. In der weit überwiegenden Zahl der Fälle, insbesondere auch solchen, die bereicherungsrechtliche Ansprüche zum Gegenstand hatten²⁵⁰, hat der BGH einen Verjährungsaufschub verneint²⁵¹.

schen Gläubiger und Schuldner anhängig ist, dessen Ausgang Rückschlüsse auf das Bestehen oder Nichtbestehen eines (noch nicht rechtshängigen) Anspruchs gegen den Schuldner erlaubt.

²⁴⁴ BeckOGK/Piekenbrock, § 199 Rn. 138 (Stand 1.8.2022) mit Verweis auf BAG 13.3.2013 – 5 AZR 424/12, NZA 2013, 785, Rn. 27: „Ein gesetzlich vorgesehenes Verfahren zur Klärung einer entscheidungserheblichen Rechtsfrage ist stets zumutbar“.

²⁴⁵ BGH 4.7.2017 – XI ZR 562/15, NJW 2017, 2986, Rn. 100 m. w. N.; ebenso BGH 19.3.2019 – XI ZR 95/17, NJW 2019, 2162, Rn. 35.

²⁴⁶ BGH 16.12.2015 – XII ZB 516/14, NJW 2016, 629, Rn. 38.

²⁴⁷ BGH 17.12.2020 – VI ZR 739/20, NJW 2021, 918, Rn. 12 m. w. N.

²⁴⁸ BeckOGK/Piekenbrock, § 199 Rn. 137, 161 ff. (Stand 1.8.2022).

²⁴⁹ BGH 21.2.2018 – IV ZR 385/16, NJW 2018, 1469, Rn. 18: „Zwar kann eine entgegenstehende Rechtsprechung ausnahmsweise den kenntnisabhängigen Beginn der Verjährungsfrist hinausschieben. Dies setzt aber eine gegenteilige höchstrichterliche Rechtsprechung voraus“.

²⁵⁰ Rückforderung in Schenkkreisen, Ersetzung intransparenter Klauseln in Lebensversicherungen, Preisanpassungsklauseln in Energieverträgen, Verjährung selbstschuldnerischer Bürgschaften, Schadensersatz bei Rückvergütungen von Banken, Rückforderung überhöhter Netznutzungsentgelte, Rücktritt bzw. Widerruf von Lebensversicherungen, Schadensersatz in Dieselfällen, Zuwendungen von Schwiegereltern, Nachweise in folgender Fn.

²⁵¹ Siehe die Einzelfälle bei BeckOGK/Piekenbrock, § 199 Rn. 142 ff. (Stand 1.8.2022).

Selbst wenn man außerhalb der Fallgruppe der entgegenstehenden höchstrichterlichen Rechtsprechung ein Hinausschieben des Verjährungsbeginns für möglich hält²⁵², setzt dies voraus, dass im maßgeblichen Zeitpunkt der Anspruchsentstehung überhaupt eine „unsichere und zweifelhafte, von divergierenden Meinungen und Entscheidungen geprägte Rechtslage“ bestand²⁵³. Bestand zu diesem Zeitpunkt „schon kein für die Annahme einer unsicheren und zweifelhaften Rechtslage erforderlicher ernsthafter Meinungsstreit in Literatur und Rechtsprechung“, so kommt ein Verjährungsaufschub nicht in Betracht²⁵⁴. So vermag es die Verjährungsfrist nicht zu verlängern, wenn „die Rechtslage erst unsicher wird, nachdem die Verjährung zu laufen begonnen hat“²⁵⁵.

Ferner hat der BGH im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung der Klageerhebung berücksichtigt, ob der Gläubiger „bereits vor einer höchstrichterlichen Entscheidung seinen Anspruch gegenüber dem Schuldner [auch außergerichtlich²⁵⁶] geltend macht und dadurch selbst zu erkennen gibt, vom Bestehen des Anspruchs auszugehen“²⁵⁷. Für eine Unzumutbarkeit der Klageerhebung kann es auf der anderen Seite sprechen, dass sich der Gläubiger „mit der Klage zu seinem Vorbringen in einem noch nicht abgeschlossenen Vorprozess in Widerspruch setzen müsste“²⁵⁸ oder wenn die Existenz der Klageforderung vom Ausgang eines Vorprozesses gegen einen Dritten abhängt, also ein Fall eines alternativen Rechtsverhältnisses²⁵⁹ entweder gegen den Beklagten oder gegen einen Dritten gegeben ist, so dass sich die Klägerin mit zentralen Tatsachenbehauptungen im Vorprozess in Widerspruch setzen müsste²⁶⁰.

4. Anwendung auf Spielerklagen

Überträgt man diese Grundsätze auf den in Rede stehenden Fall der Spielerklagen, so lässt sich zunächst festhalten, dass die Annahme eines Verjährungsaufschubs die begründungsbedürftige Ausnahme ist (oben → S. 71), wobei es für die Feststellung einer unsicheren und unüberschaubaren Rechtslage nicht auf die Überschaubarkeit für

²⁵² Ablehnend etwa Staudinger/Peters/Jacoby, 2019, § 199 BGB Rn. 84b.

²⁵³ BGH 28.10.2014 – XI ZR 348/13, NJW 2014, 3713, Rn. 45.

²⁵⁴ BGH 28.10.2014 – XI ZR 348/13, NJW 2014, 3713, Rn. 45.

²⁵⁵ BGH 28.10.2014 – XI ZR 348/13, NJW 2014, 3713, Rn. 45 mit dem Hinweis, „verfehlt daher im Ansatz“ sei eine abweichende Instanzrechtsprechung.

²⁵⁶ Zur Einbeziehung auch der außergerichtlichen Geltendmachung BGH 21.2.2018 – IV ZR 304/16, BeckRS 2018, 2354, Rn. 17: „VN war die Klageerhebung trotz des zur Zeit des Rücktritts noch bestehenden Meinungsstreits nicht unzumutbar, nachdem er durch die Erklärung des Rücktritts und die Geltendmachung von Rückgewähransprüchen zu erkennen gegeben hatte, dass er von einem fortbestehenden Lösungsrecht und einem Rückerstattungsanspruch ausging“.

²⁵⁷ BGH 17.11.2021 – IV ZR 113/20, NJW 2022, 389, Rn. 45; BGH 21.2.2018 – IV ZR 385/16, NJW 2018, 1469, Rn. 17.

²⁵⁸ BGH 18.5.2021 – II ZR 41/20, NZG 2021, 1118, Rn. 11.

²⁵⁹ Ablehnend zu dieser Fallgruppe Staudinger/Peters/Jacoby, 2019, § 199 Rn. 84b mit dem Hinweis auf die Möglichkeit von Nebenintervention und Streithilfe.

²⁶⁰ BGH 13.1.2015 – XI ZR 303/12, NJW 2015, 1948, Rn. 40 ff.

die Spieler, sondern für einen objektiven und rechtskundigen Dritten ankommt (oben → S. 71).

Zur verjährungsaufschiebenden Unzumutbarkeit der Klageerhebung lässt sich weiter festhalten, dass die Fallgruppe „Entgegenstehende höchstrichterliche Rechtsprechung“ (oben → S. 72) vorliegend nicht einschlägig ist, weil gerade keine höchstrichterliche Judikatur existiert. Selbst eine gefestigte anspruchsfreundliche Judikatur der Obergerichte bestand nicht und würde auch nicht genügen, um eine verjährungsaufschiebende Unzumutbarkeit zu begründen (oben → S. 72). Vielmehr dürfte es jedenfalls für alle bis zu Beginn des Jahres 2021²⁶¹ entstandenen Ansprüche überhaupt an einer Diskussion und damit auch einem ernsthaften Meinungsstreit über die Berechtigung von Rückforderungsklagen gegen den Glücksspielanbieter in Rechtsprechung und Literatur gefehlt haben, so dass bereits keine Unsicherheit und damit keine Unzumutbarkeit der Klageerhebung gegeben war (oben → S. 73). Selbst wenn man einen ernsthaften Meinungsstreit (bereits vor 2021) bejahen wollte, so genügen Divergenzen zwischen den Instanzgerichten nicht, um einen Verjährungsaufschub zu begründen (oben → S. 73).

Schließlich spricht gegen einen Verjährungsaufschub, dass hier keine der Sonderkonstellationen gegeben ist, die eine Unzumutbarkeit der Klageerhebung begründen kann, etwa der Sonderfall einer alternativen Anspruchsberechtigung (oben → S. 73). Vielmehr streitet für eine Zumutbarkeit der Klageerhebung und damit gegen einen Verjährungsaufschub, dass die Spieler regelmäßig bereits vor einer höchstrichterlichen Entscheidung ihre Ansprüche (auch außergerichtlich) geltend gemacht und dadurch selbst zu erkennen gegeben haben, vom Bestehen des Anspruchs auszugehen (oben → S. 73).

5. Ergebnis

Die besseren Gründe sprechen dafür, dass ein Aufschub des Verjährungsbeginns wegen unsicherer Rechtslage bei Spielerklagen nicht in Betracht kommt.

V. Herausgabeanspruch nach Bereicherungsgrundsätzen (§ 852 BGB)

1. Voraussetzungen und Rechtsfolgen des § 852 BGB

Schließlich ist eine verjährungsrechtliche Besonderheit des Deliktsrechts zu berücksichtigen: § 852 Satz 1 BGB ordnet an, dass der nach Deliktsrecht Ersatzpflichtige auch nach Eintritt der Verjährung bis zur zeitlichen Grenze des § 852 Satz 2 BGB

²⁶¹ Gehäuft finden sich Entscheidungen zur Rückforderung von Spieleinsätzen nicht vom Zahlungsdienstleister, sondern unmittelbar vom EU-ausländischen Glücksspielanbieter erst seit Anfang 2021, insbesondere mit der Entscheidung des LG Gießen 25.2.2021 – 4 O 84/20, ZfWG 2021, 323.

nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen das herausgegeben hat, was er „auf Kosten des Verletzten“ erlangt hat. Die Verweisung des § 852 Satz 1 BGB auf das Bereicherungsrecht bezieht sich lediglich auf die Rechtsfolgen: Der verjährte Deliktsanspruch bleibt bestehen und „wird nur in seinem durchsetzbaren Umfang auf das durch die unerlaubte Handlung auf Kosten des Geschädigten Erlangte beschränkt, soweit es nach Maßgabe der bereicherungsrechtlichen Vorschriften zu einer Vermögenmehrung des Ersatzpflichtigen geführt hat“²⁶². Dabei setzt die Haftung nach § 852 Satz 1 BGB nach jüngster BGH-Rechtsprechung nicht voraus, dass der Verletzte von der Geltendmachung seines deliktischen Schadensersatzanspruchs innerhalb der Regelverjährungsfrist wegen eines besonderen Prozesskostenrisikos, aufgrund unklarer Sach- oder Rechtslage oder wegen Ungewissheit über die Solvenz des Ersatzpflichtigen abgesehen hat²⁶³. Weil § 852 Satz 1 BGB an den verjährten Deliktsanspruch anknüpft, kommt eine Haftung nach dieser Norm nur in Betracht, wenn auch eine Ersatzpflicht nach Deliktsrecht besteht, nicht wenn lediglich bereicherungsrechtliche Ansprüche gegeben sind²⁶⁴.

2. Anwendung auf Spielerklagen

Übertragen auf die Spielerklagen kommt eine Haftung gemäß § 852 Satz 1 BGB also nur in Betracht, wenn man auch eine Schutzgesetzhaftung nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 4 Abs. 4 GlüStV 2012 bejahen wollte (dazu oben → S. 43). Abgesehen von dieser grundsätzlichen Frage wirft § 852 Satz 1 BGB für die Spielerklagen ferner die Frage auf, was der Glücksspielanbieter auf Kosten des Spielers erlangt hat und wie insofern die Rechtsfolgenverweisung auf die bereicherungsrechtlichen Vorschriften der §§ 818 ff. BGB zu handhaben ist. Das Merkmal „auf Kosten [...] erlangt“ „setzt voraus, dass die unerlaubte Handlung auf Seiten des Verletzten zu einem Vermögensnachteil und auf Seiten des Ersatzpflichtigen zu einem Vermögensvorteil geführt hat“, wobei eine wirtschaftliche Betrachtung maßgebend ist²⁶⁵. Infolge der wirtschaftlichen Betrachtung „muss der Verletzer nicht mehr für einen Schaden eintreten, dem kein eigener wirtschaftlicher Vorteil entspricht“²⁶⁶. Außerdem „kann als Restschadensersatz nach § 852 Satz 1 BGB nicht mehr zugesprochen werden“ als vor der Verjährung des Schadensersatzanspruchs hätte verlangt werden können, d. h. die herauszugebende Bereicherung wird „durch den Schaden des Verletzten begrenzt“²⁶⁷. Schließlich findet auch im Rahmen des § 852 Satz 1 BGB die Vorschrift des § 818

²⁶² BGH 21.2.2022 – VIa ZR 8/21, NJW-RR 2022, 740, Rn. 53.

²⁶³ BGH 21.2.2022 – VIa ZR 8/21, NJW-RR 2022, 740, Rn. 56 ff.

²⁶⁴ BeckOGK/Eichelberger, § 852 Rn. 12 (Stand 1.9.2022).

²⁶⁵ BGH 21.2.2022 – VIa ZR 8/21, NJW-RR 2022, 740, Rn. 77.

²⁶⁶ BGH 21.2.2022 – VIa ZR 8/21, NJW-RR 2022, 740, Rn. 77.

²⁶⁷ BGH 21.2.2022 – VIa ZR 8/21, NJW-RR 2022, 740, Rn. 83.

Abs. 3 BGB Anwendung, d. h. die Verpflichtung zur Herausgabe oder zum Ersatz des Wertes ist ausgeschlossen, soweit der Empfänger nicht mehr bereichert ist²⁶⁸.

Übertragen auf die Spielerklagen liegt das erlangte „etwas“ in der Zahlung des jeweiligen Spieleinsatzes. Die Herausgabe des Spieleinsatzes wird allerdings durch den nach allgemeinen Grundsätzen festzustellenden Schaden des Spielers begrenzt. Dabei schließt die schadensrechtliche Differenzbetrachtung von Spieleinsätzen einerseits und Spielmöglichkeiten mit Gewinnchancen andererseits das Vorliegen eines Schadens grundsätzlich oder zumindest weit überwiegend aus (dazu oben → S. 58). Selbst wenn man dies anders sehen sollte, so wurde der Verlust des Spieleinsatzes unmittelbar durch eine freiwillige Handlung des Spielers verursacht (dazu → S. 59). Deshalb muss der Geschädigte darlegen und beweisen, dass er zu dieser Handlung durch die Schutzgesetzverletzung, also die hier zu unterstellende Illegalität des Online-Glücksspiels herausgefordert oder wesentlich mitbestimmt worden ist und er nicht an dem Glücksspiel unabhängig von dessen Illegalität teilgenommen hat, wenn man einen solchen Nachweis nach der jüngsten Rechtsprechung überhaupt noch als möglich ansieht (dazu → S. 59 f.).

3. Ergebnis

Wenn man das Bestehen eines deliktsrechtlichen Anspruchs aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 4 Abs. 4 GlüStV unterstellt, so eröffnet § 852 Satz 1 BGB einen – in den zeitlichen Grenzen des § 852 Satz 2 BGB durchsetzbaren – Herausgabeanspruch nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen. Allerdings ist dieser Anspruch im Umfang auf den Schaden des Spielers beschränkt, der infolge der Werthaltigkeit der erlangten Gewinnchancen und die freiwillige Beteiligung am Glücksspiel in der Regel nicht bestehen wird.

VI. Ergebnisse

Bei bereicherungsrechtlichen Rückforderungsansprüchen gestützt auf § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB i. V. m. § 134 BGB, § 4 Abs. 4 GlüStV 2012 sind die Voraussetzungen des Verjährungsbeginns nach § 199 Abs. 1 BGB bereits mit der Leistung des Spieleinsatzes und der Teilnahme am Online-Glücksspiel gegeben, so dass unmittelbar mit dem Tag der Teilnahme an dem Spiel (bzw. mit dem letzten Tag des Jahres, in dem die Spielteilnahme stattfand) die dreijährige Verjährungsfrist des § 195 BGB zu laufen beginnt.

Bei deliktsrechtlichen Rückforderungsansprüchen gestützt auf § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 4 Abs. 4 GlüStV 2012 sind die Voraussetzungen des Verjährungsbeginns nach § 199 Abs. 1 BGB ebenfalls bereits mit der Leistung des Spieleinsatzes und der

²⁶⁸ BGH 21.2.2022 – VIa ZR 8/21, NJW-RR 2022, 740, Rn. 93.

Teilnahme am Online-Glücksspiel gegeben, so dass die Verjährung zum gleichen Zeitpunkt wie bei den bereicherungsrechtlichen Ansprüchen zu laufen beginnt.

Die besseren Gründe sprechen dafür, dass ein Aufschub des Verjährungsbeginns wegen unsicherer Rechtslage bei Spielerklagen nicht in Betracht kommt.

Wenn man das Bestehen eines deliktsrechtlichen Anspruchs aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 4 Abs. 4 GlüStV unterstellt, so eröffnet § 852 Satz 1 BGB einen – in den zeitlichen Grenzen des § 852 Satz 2 BGB durchsetzbaren – Herausgabeanspruch nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen. Allerdings ist dieser Anspruch im Umfang auf den Schaden des Spielers beschränkt, der infolge der Werthaltigkeit der erlangten Gewinnchancen und die freiwillige Beteiligung am Glücksspiel in der Regel nicht bestehen wird.

Literaturverzeichnis

- Axel Beater*, Der Gesetzesbegriff von § 134 BGB, Archiv für die civilistische Praxis (AcP) 197 (1997) 505
- Florian Becker, Juliane Hilf, Norbert Nolte und Dirk Uwer*, Glücksspielregulierung: Glücksspielstaatsvertrag und Nebengesetze, 2017
- beck-online.Grosskommentar Zivilrecht, hrsg. von Beate Gsell, Wolfgang Krüger, Stephan Lorenz und Christoph Reymann
- Claus-Wilhelm Canaris*, Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft, 1983
- Claus-Wilhelm Canaris*, Gesamtunwirksamkeit und Teilgültigkeit rechtsgeschäftlicher Regelungen, in: Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990, hrsg. von Jürgen F. Baur, Klaus J. Hopt und K. Peter Mailänder (1990) S. 519
- István Cocron*, Anmerkung zu LG München I 13.4.2021 – 8 O 16058/20, Zeitschrift für Wett- und Glücksspielrecht (ZfWG) 2021, 327
- Barbara Dauner*, Der Kondiktionsausschluß gemäß § 817 Satz 2 BGB, Juristenzeitung (JZ) 1980, 495
- Johannes Dietlein, Manfred Hecker und Markus Ruttig*, Glücksspielrecht – Glücksspielstaatsvertrag, §§ 33c ff. GewO, SpielV, RennwLottG, 2. Auflage 2013
- Thomas Dünchheim*, Glücksspielrecht – Glücksspielstaatsvertrag, 2022
- Erman, BGB – Handkommentar mit AGG, EGBGB, ErbbauRG, LPartG, ProdhaftG, VBVG, VersAusglG, WEG und ausgewählten Rechtsquellen des IPR, hrsg. von Harm Peter Westermann, Barbara Grunewald und Georg Maier-Reimer, 16. Auflage 2020
- Karsten Gaede*, Abstrakt-generelle Duldungen im europäisierten Glücksspielstrafrecht, 2021
- Christian Grüneberg*, Bürgerliches Gesetzbuch – mit Nebengesetzen, 81. Auflage 2022
- Veris-Pascal Heintz und Pascal Scholer*, Rückforderung von Zahlungen im Zusammenhang mit Online-Glücksspiel – Spielen ohne Risiko?, Verbraucher und Recht (VuR) 2020, 323
- Alexander Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016
- Jan David Hendricks und Tobias Lüder*, Die bereicherungsrechtliche Rückforderung von Verlusten beim illegalen Online-Glücksspiel im Kontext des § 817 Satz 2 BGB, Verbraucher und Recht (VuR) 2021, 333
- Heinrich Honsell*, Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte, 1974
- jurisPraxiskommentar, Band 1 – Allgemeiner Teil, hrsg. von Maximilian Herberger, Michael Martinek, Helmut Rüßmann, Stephan Weth und Markus Würdinger, Bandherausgeber: Klaus Vieweg, 9. Auflage 2020
- Patrick Kemper*, Verbotenes Online-Glücksspiel und verbotene Zahlungen, 2022
- Lars Klöhn*, Die Kondiktionsperre gem. § 817 S. 2 BGB beim beidseitigen Gesetzes- und Sittenverstoß – Ein Beitrag zur Steuerungsfunktion des Privatrechts, Archiv für die civilistische Praxis (AcP) 210 (2010) 804
- Helmut Köhler*, Wettbewerbsverstoß und Vertragsnichtigkeit, Juristenzeitung (JZ) 2010, 767

- Hein Kötz*, Die Ungültigkeit von Verträgen wegen Gesetz- und Sittenwidrigkeit – Eine rechtsvergleichende Skizze, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)* 58 (1994) 209
- Michael Kubiciel*, Das Verbot von Online-Casinospielen aus verfassungs- und unionsrechtlicher Sicht, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)* 2018, 841
- Heiko Lesch*, Zur straf- und ordnungswidrigkeitenrechtlichen Relevanz einer behördlichen Duldung im Bereich des Glücksspiels, *Zeitschrift für Wett- und Glücksspielrecht (ZfWG)* 2021, 236
- Stephan Lorenz*, „Brauchen Sie eine Rechnung?“. Ein Irrweg und sein gutes Ende, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2013, 3132
- Martin Maties*, Lootboxen aus zivilrechtlicher Sicht, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2020, 3685
- Lutz Michalski*, Die analoge Anwendbarkeit des § 817 Satz 2 außerhalb des § 817 Satz 1 BGB (I), *Jura* 1994, 113
- Benno Mugdan*, Die gesamten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band I, 1899
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1: Allgemeiner Teil: §§ 1–240, hrsg. von Franz-Jürgen Sacker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker und Bettina Limperg, Redakteur: Claudia Schubert, 9. Auflage 2021
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 7: Schuldrecht – Besonderer Teil IV: §§ 705–853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz, hrsg. von Franz-Jürgen Sacker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker und Bettina Limperg, Redakteur: Mathias Habersack, 8. Auflage 2020
- Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 5: §§ 263–358 StGB, hrsg. von Volker Erb und Jürgen Schäfer, 4. Auflage 2022
- NomosKommentar Strafgesetzbuch, Band 3: Besonderer Teil, §§ 232–358, hrsg. von Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann und Hans-Ullrich Paeffgen, 5. Auflage 2017
- Alexander Scheuch*, Rechtsirrtum und Rechtsungewissheit bei Anspruchsverfolgung und Anspruchsverteidigung, 2021
- Karsten Schmidt*, Vertragsnichtigkeit nach § 134 BGB durch nicht-regelnde Behördenmitteilung – Der BGH auf dem Wege zu einer „acte-clair“-Theorie im deutschen Wirtschaftsverwaltungsrecht?, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 1995, 2255
- Adolf Schönke und Horst Schröder*, Strafgesetzbuch, Gesamtedition: *Albin Eser*, 30. Auflage 2019
- Hans Hermann Seiler*, Über verbotswidrige Rechtsgeschäfte (§ 134 BGB) – Eine Bestandsaufnahme, in: *Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens*, hrsg. von Peter Selmer und Ingo von Münch, 1987, S. 719
- Jürgen Stamm*, Kehrtwende des BGH bei der Bekämpfung der Schwarzarbeit, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2014, 2145
- Julius von Staudinger*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1: Allgemeiner Teil, §§ 134–138, ProstG, Neubearbeitung 2021, Redaktor: Volker Rieble
- Julius von Staudinger*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1: Allgemeiner Teil, §§ 164–240, Neubearbeitung 2019, Redaktor: Sebastian Herrler
- Julius von Staudinger*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 741–764, Neubearbeitung 2021, Redaktor: Sebastian Herrler

- Gerhard Wagner*, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?, *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)* 206 (2006) 352
- Matthias Weller*, Perspektiven des Europäischen Kollisionsrechts: Private Enforcement durch Internationales Privatrecht? Wirkungen von Korruption auf internationale Verträge, *Gewerbearchiv (GewArch)* 2014, 130

Sachregister

- Algorithmus 1
Anwendbarkeit
– des deutschen Rechts 5, 7, 33
– des GlüStV 2012 2 ff.
– des § 284 StGB 10, 55 f.
Aufrechnung 32, 35
Aufschub der Verjährung → Verjährung,
Aufschub
Ausbildungsplatzkauf 31
- Behörden → Glückspielbehörden
Bereicherungsrecht 7 ff.
Betriebsratsbegünstigung 31
Beweislast → Darlegungslast
- Canaris, Claus-Wilhelm 29, 31
- Darlegungslast 22, 23, 26, 54, 59, 60, 61, 76
Deliktsrecht 33 ff., 43 ff.
Deliktsfähigkeit 26
Duldung 3 f., 11, 15 ff., 31, 34, 40, 51, 52, 57
Durchsetzung, öffentliche → Glückspiel-
behörden
Durchsetzung, private → private enforce-
ment
- Ermessen 3, 18, 20, 31, 34
Ermessensfehler → Ermessen
Einheit der Rechtsordnung 17
- Gegenleistung der Unternehmen 32 f., 34 f.,
59 f.
Generalprävention 28, 29 f., 31, 32
Glückspielbehörden 3 f., 5, 8, 11, 15, 16 f.,
18 ff., 23, 31, 34, 39, 41, 52, 57
Glückspielstaatsvertrag 1 ff., 10, 12, 43,
47 f., 49, 50, 54
Glückspielstrafrecht 2, 10 f., 11 f., 12 f., 15,
16 f., 24, 25, 28, 29, 34, 40, 44, 55 f., 60, 61
- Gewaltenteilung 20 f.
Gewinnchancen 57 f.
Genehmigung 21 f.
- Herausforderungsfälle 36, 59 f., 61
- Jugendschutz 3, 5, 14, 30, 50, 52 f.
- Kasinosoftware 1
Kanalisation 47 f., 51
Kausalität 59 ff.
Kollisionsrecht 5, 7, 33
Kondiktion → Leistungskondiktion
Kondiktionssperre 23 ff.
Konzession 3 ff., 8, 21 f., 41, 52
Konzessionsverfahren 4 f., 21 f.
- Lauterkeitsrecht 19, 41
Leistungskondiktion 7 f., 14, 22 f., 23, 26,
28, 40
Leistungszwecke 8, 23, 29
- Malta (Glücksspielregulierung, Spieler-
schutz) 51, 53, 58
Mitverschulden 36, 59
- Normzweckvorbehalt 13 ff., 18
- Private enforcement 19, 31, 41
Privatrecht, internationales → Kollisions-
recht und Zuständigkeit, internationale
Pseudozahlenzufallsgenerator 1
- Rechtsmissbrauch 36 f.
Rechtsgrund zum Behaltendürfen 8, 14, 23
Rechtsschutzverweigerung 28, 29
Return to Player 58, 61
- Saldotheorie 32

- Schenkkreise 27, 31, 38, 39
 Schaden 34 f., 57 f.
 Schwarzarbeit 27, 28
 Schwarzmarkt 19, 31, 47 f., 51 f.
 Schutzgesetz 33 ff., 44 ff.
 – Kriterien 45
 – § 4 Abs. 4 GlüStV 2012 als Schutzgesetz 46 ff.
 – § 284 StGB als Schutzgesetz 55 f.
 Schutz des Spielers → Spielerschutz
 Schutzzweck
 – des § 4 Abs. 4 GlüStV 46 ff.
 – des GlüStV 2012 49 ff.
 – des § 284 StGB 55 f.
 Schutzzweckzusammenhang 59 ff.
 Schwarzmarkt 47, 52
 Seiler, Hans Hermann 20
 Spielerklagen, Rechtsprechung zu 1, 9, 12, 13, 16, 24, 25, 27, 28, 33, 34 f., 37, 41, 60, 66 f., 73 ff., 75
 Spielerschutz 3, 5, 14, 30, 48, 50, 51
 Spielsucht 3, 26, 30, 48, 53, 54, 60, 61
 Sportwetten 2, 3 f., 5, 9, 10, 13, 21, 23, 26, 33, 37, 50, 52, 56, 69
 Sprau, Hartwig 55
 Strafrecht → Glückspielstrafrecht
 Strafrecht, internationales 10, 55 f.
 Umlaufbeschluss der Chefinnen und Chefs der Staats- und Senatskanzleien der Länder 4, 16, 52
 Unionsrecht 2 f., 9, 10, 66
 Unzumutbarkeit der Anspruchsgeltendmachung 71 ff.
 Verbotsgesetz 8 ff.
 Verbraucherschutz 7 f., 49
 Verjährung 37 ff., 63 ff.
 – von deliktsrechtlichen Ansprüchen 68 ff.
 – von bereicherungsrechtlichen Ansprüchen 63 ff.
 – Aufschub der V. 70 ff.
 Vermögensschutz 51
 Verschulden 34, 57
 Vollzug(sdefizit) 47, 52
 Vorsatz 12, 13, 25, 28, 40
 Wagner, Gerhard 41
 Wettbewerbsrechts → Lauterkeitsrecht
 Widerruf 7 f.
 Zahlungsdienste 11, 15, 24, 36, 43, 44, 48, 49, 50, 53, 57, 59, 74
 Ziele des GlüStV 2012 5, 49 ff.
 Zurechnungszusammenhang 59 ff.
 Zuständigkeit, internationale 5, 7, 33