

April 2022

17. Jahrg.

71732

Seite 113-216

ZfWVG

Zeitschrift für Wett- und Glücksspielrecht
European Journal of Gambling Law

2

- Prof. Dr. Markus Ruttig*
113 **Der Spielerschutz muss gewährleistet sein!**
- Prof. Dr. Florian Becker, LL.M.*
114 **Wonach richten sich Erlaubtheit oder Unerlaubtheit von Glücksspiel i. S. v. § 4a Abs. 1 Nr. 1d GlüStV 2021?**
- Prof. Dr. Jan-Philipp Rock*
118 **Rückzahlungsansprüche bei unerlaubtem Online-Glücksspiel**
- Prof. Dr. Jens M. Schmittmann*
126 **Update: Besteuerung von Umsätzen und Gewinnen aus Glücks- und Geschicklichkeitsspielen 2021/2022**
- Dr. Hauke Gärtner*
136 **Das ungelöste Problem der Zweitlotterie-Regulierung**
- Joshua Blach und Dr. Sebastian Walisko, LL.M.*
145 **Mittelbare Werbung für unerlaubte Online-Glücksspiele (in Zeiten aufsichtsbehördlicher Duldungspraxis)**
- Dr. Nik Sarafi*
149 **Spielerklagen im Kontext der Schwarzarbeit-Rechtsprechung des BGH**
- Nadja Becker und Helmut Becker*
153 **Glücksspiel und Datenschutz – ein Beitrag zur praktischen Anwendung**
- Dietmar Jazbinsek*
160 **Sportwettenwerbung: Kanalisierungsversuche bei geöffneten Schleusen**
- 168 **Untersagung eines Spielhallenbetriebes wegen Unzuverlässigkeit nach steuerlichen Verfehlungen**
OVG des Saarlandes, Beschl. v. 14.10.2021 – 1 B 118/21
- 184 **Keine Klagebefugnis für Drittanfechtung einer Spielhallenerlaubnis wegen Unzuverlässigkeit durch Konkurrenten**
OVG Niedersachsen, Beschl. v. 15.12.2021 – 7 LA 119/21
- 185 **Rückgriff auf GewO und SpielV in Baden-Württemberg aufgrund dynamischer Verweisung im LGlüG BW weiterhin möglich**
VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 10.1.2022 – 6 S 3295/20
- 189 **Besteuerung von virtuellem Automatenspiel und Online-Poker nach dem RennLottG ist keine unionsrechtswidrige Beihilfe**
OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 25.1.2022 – OVG 6 S 41.21
- 198 **Unterschiedliche Behandlung virtueller und terrestrischer Automatenspiele bei der Umsatzsteuer voraussichtlich rechtswidrig**
FG Münster, Beschl. v. 27.12.2021 – 5 V 2705/21 U
- 202 **Kein Akteneinsichtsrecht eines Anwalts in Gerichtsakte betreffend ein Verfahren auf Rückgewähr von Spielverlusten aus Teilnahme an Online-Glücksspiel**
Bayerisches OBLG, Beschl. v. 6.12.2021 – 101 VA 106/21
- 208 **Spieler hat Anspruch auf Rückzahlung getätigter Spieleinsätze gegen Anbieter von Online-Glücksspielen**
LG Hamburg, Urt. v. 12.1.2022 – 319 O 85/21
- 211 *Anmerkung von István Cocron und Dr. Stefan Michaelsen*

Herausgeber

Prof. Dr. Johannes Dietlein

Prof. Dr. Jörg Ennuschat

Prof. Dr. Ulrich Haltern, LL.M.

Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M.

RA Prof. Dr. Markus Ruttig

Schriftleiter

RiVG Dr. Felix B. Hüsken

BGB ausgeschlossen ist. Denn im Gegensatz zu dem an einem erlaubten Spiel teilnehmenden Spieler geht der Gesetzgeber davon aus, dass der an einem unerlaubten Spiel teilnehmende Spieler besonders schutzbedürftig ist und das Angebot von Glücksspielen im Internet zu unterbinden ist.

§ 762 BGB greift im Übrigen nur, wenn ein wirksamer Vertrag vorliegt. Ist der Vertrag nichtig, bleibt es bei den allgemeinen Regeln (vgl. Janoschek in: BeckOK, BGB, 60. Edition, Stand: 1.11.2021, § 762, Rn. 18; LG Aachen in Anlage K 17).

3. Der Anspruch auf die geltend gemachten Zinsen folgt überwiegend aus §§ 280, 286, 288 Abs. 1 BGB. Durch das Schreiben der klägerischen Prozessbevollmächtigten (Anlage K 9) ist die Beklagte gemahnt und dadurch in Verzug gesetzt worden. Allerdings bezog sich das Mahnschreiben nur auf einen Betrag in Höhe von 61.360,45 €. Hinsichtlich des darüber hinausgehenden Betrags kann der Kläger hingegen Rechtshängigkeitszinsen gemäß § 291, 288 Abs. 1 BGB verlangen. Soweit das Schreiben auf den 14.4.2021 datiert, geht die Kammer von einem falschen Datum aus. Unwidersprochen hat der Kläger vorgetragen, es sei am 23.12.2020 verfasst worden, was im Hinblick auf die ge-

setzte Zahlungsfrist bis zum 6.1.2021 auch plausibel erscheint.

4. Die Kammer sieht keine Veranlassung, das hiesige Verfahren auszusetzen und gemäß Art. 267 AEUV dem EuGH vorzulegen. Art. 267 AEUV sieht für das hiesige Gericht keine Pflicht zur Vorlage vor. Vielmehr steht diese im Ermessen des hiesigen Gerichts. Dabei hat sich die Kammer im Rahmen des ihr soweit eingeräumten Ermessens bewusst gegen eine Vorlage entschieden. Dabei hat die prozessökonomische Erwägung den Ausschlag gegeben, dass die von ihr für streitentscheidend gehaltenen Fragen nicht die gleichen sein müssen, die die weiteren Instanzen für entscheidungserheblich ansehen werden. Im Übrigen hat auch der BGH keine Veranlassung zur Vorlage gesehen: Danach stellt sich keine entscheidungserhebliche Frage zur Auslegung des Unionsrechts, die nicht bereits durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs geklärt oder nicht zweifelsfrei zu beantworten ist (BGH, Beschluss vom 22.7.2021, Az.: I ZR 199/20, zitiert nach juris).

III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO.

IV. Die Entscheidung hinsichtlich der vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf § 709 Satz 1 und 2 ZPO.

[...]

Anmerkung

István Cocron, B.A., Berlin, und Dr. Stefan Michaelsen, München*

LG Hamburg bestätigt Rückforderungsansprüche bei Teilnahme an illegalen Online-Casino-Spielen: § 817 S. 2 BGB als streitentscheidende Norm

I. Einleitung

In ZfWG 2022, 108 f. wurde bereits ein aktuelles Berufungsurteil des LG Bonn¹ zugunsten eines beklagten Veranstalters besprochen und dabei auf zwei vergleichbare veröffentlichte Urteile verwiesen. Dem stehen neben dem hier besprochenen Hamburger Urteil neun weitere veröffentlichte Endurteile gegenüber, in denen Rückforderungsansprüche zugunsten von Online-Casino-Spielern bestätigt wurden.² Insgesamt gibt es derzeit im Fallkreis ‚Illegale Online Casinos‘ 60 Urteile zugunsten und 14 Urteile zulasten der jeweils auf Rückerstattung der Verluste klagenden Spieler.

In dem hier besprochenen Urteil des LG Hamburg endete der fast genau zweijährige Spielzeitraum des Klägers am 8.1.2020 und noch vor der von Seiten der Exekutive beschlossenen Duldung ab dem 15.10.2020.

Die Auszahlungsquote betrug in dem vom LG Hamburg entschiedenen Verfahren 51,8 Prozent. Die Malta Gaming Authority (MGA) hatte zuletzt am 28.5.2021 die „minimum return to player (RTP) percentage“ von 92 auf 85 Prozent abgesenkt, dieser Wert gilt aber nur im Durchschnitt. Trotzdem wäre es wohl statistisch zu erwarten gewesen, dass sich der Wert bei geringen Einsätzen und einer Summe von über 100.000 EUR über zwei Jahre dem Zielwert annähert.

* Anmerkung zu LG Hamburg, Urte. v. 12.1.2022 – 319 O 85/21, ZfWG 2022, 208. Auf Seite III erfahren Sie mehr über die Autoren.

1 LG Bonn, Urte. v. 30.11.2021 – 5 S 70/21, ZfWG 2022, 104, mit Anmerkung von *Liesching*.

2 In historischer Reihenfolge: LG Gießen, Urte. v. 25.2.2021 – 4 O 84/20, ZfWG 2021, 323; LG Paderborn, Urte. v. 8.7.2021 – 4 O 323/20, ZfWG 2021, 407; LG Aachen, Urte. v. 13.7.2021 – 8 O 582/20, ZfWG 2021, 413; LG Waldshut-Tiengen, Urte. v. 21.9.2021 – 2 O 296/20, BeckRS 2021, 26917; LG Paderborn, Urte. v. 24.9.2021 – 4 O 424/20, juris; LG Landshut, Urte. v. 8.10.2021 – 75 O 1849/20, juris (nur Sportwetten); LG Köln, Urte. v. 19.10.2021 – 16 O 614/20, juris; LG Aachen, Urte. v. 28.10.2021 – 12 O 510/20; ZfWG 2022, 101; LG Mönchengladbach, Urte. v. 3.12.2021 – 2 O 54/21, juris.

Das Landgericht hat wie alle Gerichte bisher seine internationale Zuständigkeit bejaht. Es erschien der Kammer wenig plausibel, dass die Beklagte ihr Angebot nur für die deutschsprachige Community aus Malta vorhält und nicht auch auf Deutschland ausrichtet.

Auch in allen anderen veröffentlichten Entscheidungen hat sich eine Rechtswahlklausel bisher nicht durchgesetzt und es kam somit deutsches Recht zur Anwendung.

II. Zuspreekende Gerichte prüfen nur den Anspruch des Spielers aus Bereicherungsrecht

In dem Hamburger Urteil wurde ein Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB bejaht.³

1. Nichtigkeit der Spielverträge

Die Nichtigkeit der Spielverträge nach § 138 BGB wurde bei allen klagestattgebenden Urteilen festgestellt, wobei die abweisenden Urteile diesen Prüfungspunkt mitunter offen lassen, weil sie die Verträglichkeit mit Unionsrecht nicht entscheiden wollen („wie dahinstehen kann“).

Das Landgericht Hamburg zweifelt nicht an der Vereinbarkeit des Internetverbots in § 4 Abs. 4 GlüStV 2012 mit der europäischen Dienstleistungsfreiheit in Art. 56 AEUV. Zitiert werden neben BVerwG- und EuGH-Urteilen zwei lauterkeitsrechtliche Zivilurteile. In dem Verfahren KG Berlin, Urt. v. 6.10.2020 – 5 U 72/19 erging am 22.7.2021 ein Nichtzulassungsbeschluss des BGH, in dem auch eine EuGH-Vorlage abgelehnt wird. Auf diesen Beschluss bezieht sich auch das Landgericht und sieht keine Veranlassung, das Verfahren auszusetzen und dieses gemäß Art. 267 AEUV dem EuGH vorzulegen.⁴

2. § 817 S. 2 BGB als Ausschlussgrund

Die Entscheidungen zulasten und zugunsten der Spieler unterscheiden sich im Wesentlichen nur in der Auslegung von § 817 S. 2 BGB und der Anwendung der Norm auf den Sachverhalt. § 817 S. 2 BGB statuiert einen Kondiktionsausschlussgrund des Leistenden für den Fall eines Gesetzesverstoßes (auch) des Leistenden. Die aus dem römischen Recht stammende Norm wurde in der Rechtswissenschaft immer kritisch gesehen.⁵ Wenn beide Parteien sittenwidrig handelten, blieb die Sache dort, wo sie war. Der Veranstalter wäre demnach der „glückliche Besitzer“ (beatus possidens) der einbezahlten Kundengelder. Ein Kondiktionsverbot würde aber wie in allen Fällen beiderseitiger Erfüllung die nichtigen Spielverträge perpetuieren, wodurch eine Aushöhlung des Verbotsgesetzes (§ 4 Abs. 4 GlüStV 2012) drohen würde und § 134 BGB leer liefe.⁶

Gleichzeitig war § 817 S. 2 BGB von den Fällen zu Bordellpacht und Wucherdarlehen am Reichsgericht über die Schwarzmarkt- und Devisengeschäfte der Nachkriegsjahre bis hin zu nach dem Schneeballsystem organisierten Schenkkreisen und Schwarzarbeit von Werkunternehmern immer gesellschaftlich von hoher Relevanz. Dies zeigt sich jetzt auch wieder in den Glücksspiel-Fällen.

a) Strafbarkeit der Spieler nach § 285 StGB

Wie auch Prof. Liesching feststellt, haben Millionen von Freizeitspielern in Deutschland seit Inkrafttreten des GlüStV 2008 durch die Teilnahme an Glücksspielen im In-

ternet den objektiven Tatbestand des § 285 StGB („Beteiligung am unerlaubten Glücksspiel“) verwirklicht. Dem steht aber bisher kein einziges rechtskräftiges veröffentlichtes strafrechtliches Urteil gegenüber.⁷ Wie die gemäß § 9 Abs. 8 GlüStV 2021 durch das Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt erstellte amtliche Liste zeigt, sind bis heute für virtuelle Automatenspiele und Poker noch keine Erlaubnisse oder Konzessionen nach dem GlüStV 2021 vergeben worden.

Es ist nach wie vor umstritten, ob auf die im Ausland sitzenden unerlaubten Anbieter deutsches Strafrecht anwendbar ist. Der BGH hat sich in diesem Punkt zu § 284 StGB noch nicht geäußert.⁸

b) Vorsatz oder Leichtfertigkeit: Was wusste der Spieler über § 285 StGB?

Die Rechtsprechung fordert für den Rückforderungsausschluss gem. § 817 S. 2 BGB über den Wortlaut hinaus Kenntnis des Gesetzesverstoßes bzw. der relevanten Umstände, wobei nach der Rechtsprechung die subjektiven Anforderungen bereits dann erfüllt sind, wenn sich der Leistende leichtfertig der Einsicht in den Gesetzesverstoß seines Tuns verschlossen hat.⁹

Das BGB kennt den Begriff „leichtfertig“ nicht. Er entspricht in Qualifikationstatbeständen im Strafrecht in etwa der groben Fahrlässigkeit des Zivilrechts, also im Sinne einer gesteigerten Form oder eines höheren Grades.¹⁰ Für den Kondiktionsausschluss gilt daher ein schärferer Maßstab als für die Strafbarkeit, denn § 285 StGB erfordert mindestens bedingten Vorsatz.¹¹

Der Spieler irrte über die Rechtslage, weil er davon ausging, seine Beteiligung an Glücksspielen im Internet sei für ihn selbst nicht strafbar. Die Frage eines leichtfertigen Rechtsumstandsirrtums spielte in dem Hamburger Fall keine Rolle, weil das Gericht die Beweislast für die Kenntnis richtigerweise bei der Beklagten sah und dem Kläger seinen Vortrag glaubte: „Der Kläger trägt nämlich vor, er habe nicht gewusst, dass das angebotene Online-Glücksspiel illegal gewesen sei.“ Anders das LG Bonn: „Die Kammer ist auch nicht gehindert, allein auf der Ebene der Darlegung die subjektiven Voraussetzungen des § 285 StGB als gegeben anzusehen, ohne den Kläger persönlich informatorisch zu seiner Kenntnis angehört zu haben. Welche Kenntnisse der Kläger konkret gehabt haben will, legt er nicht dar.“

Die beste Darstellung des Empfängerhorizonts eines typischen Spielers ist die Anmerkung von *Hambach* und *Berberich* zu einem Münchener Strafurteil.¹² Nach den Er-

3 Einen zusätzlichen deliktsrechtlichen Anspruch bejaht haben das LG Gießen und das LG Aachen in seinen beiden Urteilen.

4 BGH, Beschluss vom 22.7.2021 – I ZR 199/20, juris.

5 Dieckmann, AcP 221 (2021), 809, 809 f.

6 Honsell, in: Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, FS Seiler, 1999, 473, 474 f.; Klöhn, AcP 210 (2010), 804, 808; Armbrüster, in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2018, § 134 Rn. 132.

7 Zu AG München Urt. v. 26.9.2014 – 1115 Cs 254 Js 176411/13, ZfWG 2015, 147 liegt den Autoren ein Schreiben der Staatsanwaltschaft München I vom 1.12.2021 vor, in dem bestätigt wird, dass das Verfahren gerichtlich eingestellt wurde.

8 Gaede, Abstrakt-generelle Duldungen im europäisierten Glücksspielstrafrecht, 2021, S. 25 m. w. N.

9 U. a. BGH, NJW 2005, 1490, 1491.

10 Steinberg, ZStW 2019, 888, 888 f.

11 Fischer, StGB, 67. Aufl. 2020 § 285, Rn. 5.

12 *Hambach/Berberich*, ZfWG 2015, 150 ff.

kenntnissen der Autoren wurde in Presseartikeln und auch in „Funk und Fernsehen“ so gut wie nie die Strafbarkeit der Spieler angesprochen. Und nicht ein Verbot oder die Rechtswidrigkeit von Online-Glücksspielen ist für § 817 S. 2 BGB relevant, sondern nur § 285 StGB.

Die zweite Argumentationsschiene der Veranstalter sind deren AGB-Hinweise. In den insoweit typischen AGB der Beklagten des Hamburger Urteils heißt es: „Wir geben keinerlei Garantien oder Zusicherungen darüber, ob Ihr Zugriff und/oder Ihre Verwendung der Website die in der Rechtsordnung, in der Sie ansässig sind, geltendem Recht entsprechen [...]“. Der Kläger trug vor, die AGB nicht gelesen zu haben, was rechtssoziologisch sicher nicht ungewöhnlich ist. In den Entscheidungsgründen des Urteils werden die AGB nicht weiter erwähnt.

c) Folgenorientierung und Billigkeitsrechtsprechung

Der BGH hat die Ergebnisse von § 817 S. 2 BGB mit Ausnahme der jüngsten Schwarzarbeiter-Entscheidungen¹³ im Sinne einer Wertungsjurisprudenz korrigiert, sei es als teleologische Reduktion oder über die Generalklausel des § 242 BGB.

Bei einer folgenorientierten Betrachtung stehen sich spezial- und generalpräventive Wirkungen gegenüber, dies sieht auch Prof. *Liesching*. Wenn die Veranstalter schon in den Jahren vor 2021 vielen Spielern Verluste hätten erstatten müssen, hätten sie möglicherweise schon vor dem 15.10.2020 ihr Angebot angepasst. Im Vorfeld des GlStV 2021 sind unerlaubte Angebote teilweise eingestellt worden, so dass diese Reaktion wegen historischer Überholung nicht noch einmal erfolgen kann. Wenn ein Spieler sein Geld zurückerhält ist das zunächst kein Schaden für ihn. Er macht sich auch durch Weiterspielen nicht mehr strafbar, da in Kürze legale Angebote zur Verfügung stehen werden. So könnte noch *ex post* eine Kanalisierung durch Rückforderung erfolgen.

Sollte ein Kläger spielsüchtig sein, spielt § 817 S. 2 BGB keine Rolle, wenn man ihn aufgrund der Spielsucht als partiell geschäftsunfähig ansieht und § 827 analog anwendet.¹⁴ So auch das LG Mönchengladbach: „Im Übrigen wäre der Kläger strafrechtlich für seine Handlungen auch nicht verantwortlich, es fehlt bereits an der Zurechenbarkeit und der subjektiven Tatseite [...]. Denn der Kläger war im streitgegenständlichen Zeitraum ohne jeden Zweifel spielsüchtig.“¹⁵ Nach OLG Hamm sind bei Spielsucht die Spielverträge auch nach § 105 Abs. 2 BGB unwirksam, so dass es auf § 134 BGB und die Verträglichkeit des Internetverbots mit Art. 56 AEUV nicht ankommt.¹⁶

Das strukturelle Wissensgefälle zwischen Bereicherungsschuldner (Veranstalter) und leistendem Bereicherungsgläubiger ist zentral für die Entscheidung darüber, ob die vermögensmäßige Entscheidung des Spielers Bestand haben soll oder ein kondiktionsbegründender Irrtum über die Rechtslage vorliegt.¹⁷ Ein Glücksspielkonzern weiß in der Regel mehr über die deutsche Rechtslage als ein Spieler.¹⁸ Ein „bitte prüfen Sie die Legalität in ihrem Land selbst“ in den AGB ist bei niederschweligen Angeboten im einstelligen Euro-Bereich für Verbraucher nicht hilfreich. Anbieter illegaler Online-Casinos nahmen 2008 bis 2021 die Risiken einer „europäischen“ Lizenzstrategie kalkulierend in Kauf und richteten trotz des Internetverbots ihr Angebot auf Deutschland aus. Bei einer unklaren

Rechtslage ist § 817 S. 2 BGB im Übrigen auch nach der Rechtsprechung des BGH nicht ohne Weiteres anwendbar: „Dies kann darauf hindeuten, dass es sich in dem Zeitpunkt, als die Klägerin die streitgegenständlichen Leistungen erbrachte, um eine nicht einfach zu beantwortende Frage handelte.“¹⁹

3. Kein widersprüchlichen Verhaltens des Klägers im Sinne von § 242 BGB

Das Urteil des LG Hamburg erwähnt § 242 BGB im Gegensatz zum LG Bonn nicht. In der Rückforderung liegt – hier irrt das LG Bonn – kein widersprüchliches Verhalten des Spielers (*venire contra factum proprium*). § 242 BGB kann zugunsten des Bereicherungsschuldners (also des Veranstalters) keine Anwendung finden, da es bei ihm aufgrund der eigenen Sitten- oder Verbotswidrigkeit an einem Vertrauensstatbestand fehlt.²⁰

III. Ausblick

Das Urteil des LG Bonn ist rechtskräftig. Die Mehrheit der übrigen zwölf veröffentlichten Verfahren ist inzwischen bei den zuständigen Oberlandesgerichten anhängig. Erste OLG-Urteile werden noch in der ersten Jahreshälfte 2022 erwartet. Der BGH hat in zwei jüngeren Urteilen zu anderen Glücksspielrechtlichen Sachverhalten eine formale Sichtweise eingenommen.²¹ Dogmatisch sind die Verfahren als Gemengelage aus Europarecht, Verwaltungsrecht, Strafrecht und Privatrecht jedenfalls so spannend wie das ganze Rechtsgebiet, dem die ZfWG sich widmet.

Summary

Online gambling operators offering their services to German customers based on a licence from another EU Member State are currently experiencing civil claims brought by players reclaiming their losses. The offers are claimed to be infringing the Interstate Treaty's internet ban before July 2021. We discuss legal aspects of recent court rulings in these lawsuits.

¹³ BGH, NJW 2014, 1805 und BGH, NJW 2015, 2406.

¹⁴ Klöhn, AcP 210 (2010), 804, 811, Fn. 30; RGZ 105, 270, 272; *Sprau*, in: Grüneberg, 81. Auflage 2022, § 817 Rn. 17 (Deliktstfähigkeit erforderlich).

¹⁵ LG Mönchengladbach, Urt. v. 3.12.2021 – 2 O 54/21, juris, Rn. 70.

¹⁶ OLG Hamm, Urt. v. 7.10.2002 – 13 U 119/02 –, juris, Rn. 44.

¹⁷ *Dieckmann*, AcP 221 (2021), 809, 842.

¹⁸ Vgl. LG Mönchengladbach, Urt. v. 3.12.2021 – 2 O 54/21, juris, Rn. 64 f.

¹⁹ BGH, Urt. v. 26.10.2006 – IX ZR 225/04 –, juris, Rn. 31; *Sprau*, in: Grüneberg, 81. Auflage 2022, § 817 Rn. 17.

²⁰ *Dieckmann*, AcP 221 (2021), 809, 830; siehe auch *Puppe*, Kleine Schule des juristischen Denkens, 4. Auflage 2019, 110.

²¹ BGH, NJW 2020, 2282 und BGH, Urt. v. 22.7.2021 – I ZR 194/20, ZfWG 2021, 471.