

Fundstelle

openJur 2022, 11717

Rkr: AmtlSlg:

Tenor

- ¹ Es wird darauf hingewiesen, dass der Senat beabsichtigt, die Berufung der Beklagten gegen das Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Gießen vom 25.02.2021 durch Beschluss gemäß § 522 Abs.2 ZPO zurückzuweisen.
- ² Es besteht für die Beklagte Gelegenheit zur Stellungnahme binnen drei Wochen.

Gründe

- ³ I.
- ⁴ Der Kläger begehrt von der Beklagten, einer Gesellschaft maltesischen Rechts mit Sitz in Malta, die die Internetseite (...).com betreibt und keine Konzession für die Veranstaltung von Online-Glücksspiel im Land Hessen besitzt, die Rückerstattung verlorener Glücksspieleinsätze. Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes im Übrigen wird auf den Tatbestand des landgerichtlichen Urteils Bezug genommen (§ 540 Abs.1 Nr.1 ZPO).
- ⁵ Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt, an den Kläger 11.758,50 € nebst Zinsen zu zahlen. Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, die Klage sei zulässig, insbesondere sei das LG Gießen international zuständig gemäß Art.18 Abs.1 VO (EU) 1215/2012 (Brüssel Ia-VO/EuGVVO), da der Kläger Verbraucher sei. Es sei auch deutsches materielles Zivilrecht anzuwenden, zumal eine wirksame Rechtswahl im Sinne des Art.6 Abs.2 Rom-I-Verordnung nicht ersichtlich bzw. in der Form allgemeiner Geschäftsbedingungen ohne Hinweis auf weiterhin anwendbare zwingende Vorschriften des deutschen Rechts unbeachtlich sei.
- ⁶ Der Zahlungsanspruch ergebe sich aus §812 Abs.1 S.1, 1.Alt. BGB sowie aus §823 Abs.2 BGB i.V.m. § 4 Abs.4 GlüStV.
- ⁷ Die Spieleinsätze des Klägers seien ohne rechtlichen Grund getätigt worden, nachdem der zugrundeliegende Vertrag über die Teilnahme an dem von der Beklagten betriebenen Online-Glücksspiel gemäß § 134 BGB i.V.m. § 4 Abs.4 GlüStV nichtig sei. Das Verbot des Veranstaltens und Vermittelns öffentlicher Glücksspiele im Internet gemäß § 4 Abs.4 GlüStV sei in der hier maßgeblichen Zeit geltendes und von der Kammer auch unter dem Gesichtspunkt des Anwendungsvorranges des Europarechts anzuwendendes Recht gewesen, zumal das Internetverbot keinen unzulässigen Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit darstelle. Das Landgericht folge der Rechtsprechung des OLG Köln (Urt.v. 10.05.2019 - 6 U 196/18 -), wonach § 4 Abs.4 GlüStV im Einklang mit dem Unionsrecht stehe. Auf eine angebliche Duldung des Angebots der Beklagten durch das Hessische Innenministerium komme es nicht an.
- ⁸ Die Beklagte habe gegen die Verbotsnorm verstoßen, indem sie ihr Onlineangebot auch Spielteilnehmern aus Hessen und mithin auch dem Kläger zugänglich gemacht habe.
- ⁹ Die Rückforderung sei auch nicht gemäß §817 S.2, 2.Hs. BGB ausgeschlossen. Selbst wenn dem Kläger auch ein Gesetzesverstoß anzulasten sei, müsse die Anwendung der Konditionssperre jedoch teleologisch eingeschränkt werden. Denn diese wäre zumindest in den Fällen nicht mit dem Zweck des Bereicherungsrechts vereinbar, in denen die Rechtswidrigkeit des Geschäfts auf Vorschriften beruhe, die gerade den leistenden Teil schützen sollten, wie dies hier der Fall sei.
- ¹⁰ Gegen dieses Urteil wendet sich die Beklagte mit ihrer Berufung, die auch weiterhin die vollständige Klageabweisung begehrt.

- ¹¹ Zur Begründung der Berufung wird ausgeführt, zu Unrecht sei das Landgericht schon von der Anwendbarkeit deutschen Rechts ausgegangen. Den auf der Webseite der Beklagten über einen Link abrufbaren AGB habe der Kläger im Zuge seiner Registrierung vor Spielteilnahme ausdrücklich zugestimmt; dort sei in Ziff.2.16 jedoch die Anwendbarkeit maltesischen Rechts explizit vorgesehen gewesen. Eine wirksame Rechtswahl nach Art.3 Abs.1 ROM I VO könne auch in Form von AGB erfolgen; nach maltesischem Recht als Vertragsstatut sei die Klausel aber als solche wirksam und sei auch wirksam in den Vertrag einbezogen worden. Auch nach EU-Recht reiche es für eine wirksame Einbeziehung von AGB aus, wenn der Verwender der Bedingungen - wie hier die Beklagte - sicherstelle, dass sein Kunde die AGB zur Kenntnis nehmen könne, indem er an einer nicht übersehbaren Stelle auf die Möglichkeit der Kenntnisnahme hingewiesen und sodann aufgefordert werde, einen "Button" zu drücken und auf diesem Weg seine Zustimmung zu erteilen. Das vom Landgericht für die gegenteilige Ansicht zitierte Urteil des BGH vom 19.07.2012 - I ZR 40/11 - betreffe eine Sonderkonstellation des deutschen Apothekenrechts und sei nicht einschlägig. Letztlich folge die Anwendbarkeit maltesischen Rechts auch aufgrund von Art.4 Abs.2 Rom I-VO, wonach auf den Sitz der Beklagten als der Vertragspartei abzustellen sei, die die für den Vertrag charakteristische Leistung - hier: die Nichtgeldleistung - zu erbringen habe.
- ¹² Im Übrigen habe das Landgericht zu Unrecht angenommen, dass die Beklagte mit ihrem Angebot gegen öffentlich-rechtliche Anforderungen des Glückspielstaatsvertrags verstoßen habe, was zur Nichtigkeit der Spielverträge gemäß § 134 BGB führe.
- ¹³ Tatsächlich sei von einer aktiven Duldung des Glücksspielangebots der Beklagten durch die zuständigen deutschen Behörden auszugehen, was die Rechtswidrigkeit ausschließe. Zum einen habe eine Anpassung des Angebots www.(...).com für deutsche Spieler zum 15.10.2020 an Vorgaben der Bundesländer auf Grundlage des sog. Übergangsregimes in der Übergangszeit bis mindestens zum Inkrafttreten des Staatsvertrags zur Neuregulierung des Glücksspielwesens in Deutschland am 01.07.2021, der eine bundesweite Liberalisierung des Glücksspielwesens bei verstärkter aufsichtsrechtlicher Kontrolle vorsehe, stattgefunden; im Zuge dessen sei das Angebot www.(...).com für Spieler, die über eine deutsche IP-Adresse mit dem Internet verbunden seien, seit dem 15.10.2020 nicht mehr erreichbar. Mit der Anpassung gemäß den Vorgaben verbunden sei die rückwirkende Duldung des bisherigen Angebots von Online-Glücksspielen für Anbieter. Indem die Beklagte das Angebot von Online-Casinospielen vorerst eingestellt habe, die - wie das Live-Roulette - künftig der Regulierung nach § 22c GlüStV 2021 unterfielen, seien die Sachverhalte vor dem 15.10.2020 exekutiv als erlaubt fingiert und würden von der Aufsicht nicht mehr aufgegriffen. Die aktive Duldung sei vorliegend auch zivilrechtlich zu beachten. Die Kontrolle der Rechtmäßigkeit von Verwaltungshandeln obliege nicht den Zivilgerichten.
- ¹⁴ Zum anderen ergebe sich die Duldung aus Erklärungen des Hessischen Ministeriums des Innern und für Sport, die im ersten Sportwettenkonzessionsverfahren 2012 der A Ltd., einem Schwesterunternehmen der Beklagten, abgegeben worden seien. In einem dort verwendeten Formblatt sei die Verpflichtung vorgesehen gewesen, dafür Sorge zu tragen, dass ab dem Zeitpunkt der Konzessionserteilung diejenigen ".com"-Internetseiten, über die in Deutschland nicht erlaubtes Glücksspiel angeboten werde, nicht mehr erreichbar sein würden. Daraus folge im Umkehrschluss, dass bis zu einer Konzessionserteilung die Abrufbarkeit von entsprechenden Angeboten der Beklagten und mit ihr verbundenen Unternehmen aus Deutschland durch die zuständige Behörde geduldet worden sei. Hintergrund sei neben der unionsrechtlichen Rechtslage das Bestreben gewesen, die Kunden seriöser und regulierungswilliger Anbieter wie der Beklagten in den regulierten Markt zu überführen. Zu einer Konzessionserteilung sei es im hier fraglichen Zeitraum aufgrund eines verwaltungsgerichtlichen Rechtsbehelfs eines dritten Unternehmens noch nicht gekommen, so dass die Duldung noch fortgewirkt habe und im Anwendungsbereich der aktiven Duldung ein Verstoß gegen ein Schutzgesetz im Sinne des § 134 BGB ausscheide.

- ¹⁵ Jedenfalls seien § 4 Abs.1 S.2 GlüStV und § 4 Abs.4 und 5 GlüStV europarechtswidrig, weil sie gegen die Dienstleistungsfreiheit nach Art.56 AEUV verstießen, was ohne weiteres zu der Unanwendbarkeit der Normen des GlüStV führe. Die vom Landgericht letztlich herangezogene verwaltungsrechtliche Rechtsprechung berücksichtige aktuelle Entwicklungen und wissenschaftliche Evaluationserkenntnisse nicht und sei angesichts der Öffnung des Online-Glücksspielmarkts durch den GlüStV 2021 und der für die Abschaffung des "Internetverbots" angeführten wissenschaftlichen Hintergründe ohne jegliche rechtliche Grundlage. Insbesondere habe der Gesetzgeber erkannt, dass die Ziele des GlüStV, insbesondere dasjenige der Schwarzmarktbekämpfung, mit dem bisherigen "Internetverbot" nicht gut genug erreicht würden, und führe deswegen mit dem GlüStV 2021 die neuen Erlaubnismöglichkeiten ein. Die zugrundeliegenden Erkenntnisse hätten bei den Ländern schon seit mindestens 2015 bestanden. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH dürfe aber die Dienstleistungsfreiheit nach Art.56 AEUV nur unter strengen Voraussetzungen eingeschränkt werden, insbesondere müsse ein zwingender Grund des Allgemeininteresses auf Grundlage von relevanten wissenschaftlichen Untersuchungen und konkreten Beweisen festzustellen sein. Dies bedeute, dass glücksspielrechtliche Regelungen, die die Grundfreiheiten beschränkten, nicht nur im Moment ihres Erlasses, sondern fortlaufend überprüft werden müssten. Sofern es um ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt im Glücksspielrecht gehe, verlange der EuGH, dass ein funktionierendes Erlaubnisverfahren eingerichtet sei. Diesen Vorgaben des EuGH werde das "Internetverbot" des § 4 Abs.4 und Abs.5 GlüStV nicht gerecht. Denn es stehe spätestens aufgrund der Evaluierung des GlüStV im Jahr 2017 inzwischen fest, dass das "Internetverbot" nicht geeignet sei, den Spielerschutz zu gewährleisten, weil sich ein Schwarzmarkt gebildet habe, auf dem die mit dem Glücksspiel verbundenen Gefahren für Spieler höher als im erlaubten Markt seien.
- ¹⁶ Es liege auch kein Verstoß gegen § 284 Abs.1 StGB durch die Beklagte vor, weil die Beklagte unstreitig im fraglichen Zeitraum über eine gültige EU-Lizenz verfügt habe und die o.g. Duldung den objektiven wie den subjektiven Tatbestand ausschließe. Abgesehen davon gelte das deutsche Strafrecht nicht für Online-Casinospiele, die von in anderen Mitgliedstaaten ansässigen und dort auch zugelassenen Anbietern veranstaltet würden. Wenn die Online-Casinoveranstaltung - wie vorliegend - von einem ausländischen Server aus angeboten werde, fehle es in Bezug auf die Beklagte an einem inländischen Handlungsort, was für § 284 StGB als abstraktes Gefährdungsdelikt maßgeblich sei.
- ¹⁷ Jedenfalls aber greife die Konditionssperre des §817 S.2, Hs.1 BGB, die schon nicht von subjektiven Voraussetzungen abhängig zu machen sei. Jedenfalls ausreichend sei aber, dass sich der Kläger der Einsicht in den objektiven Gesetzesverstoß leichtfertig verschlossen habe, nachdem er in den AGB der Beklagten explizit darauf hingewiesen worden sei, dass es in seiner alleinigen Verantwortung liege, vor seiner Teilnahme zu prüfen, wie sich die Rechtslage im Land seines Wohnsitzes gestalte. Der Kläger habe die Kenntnisnahme und Akzeptanz dieser Bestimmungen vor Spielteilnahme durch Setzen eines Häkchens explizit bestätigt. Der Kläger habe drei verschiedene Accounts bei der Beklagten-Gruppe besessen - neben demjenigen bei (...).com, Benutzername: B, auch noch bei (c).com und (d).com; er habe jeweils wiederholt die AGB der jeweiligen Betreiberin der jeweiligen Plattform mit entsprechenden Regelungen bestätigt. Er könne demgemäß nicht bloß einfach bestreiten, dass er den AGB im Zuge der Registrierung zugestimmt habe.
- ¹⁸ Ohnehin sei von bedingtem Vorsatz des Klägers auszugehen, da es sich bei ihm gemessen an der Anzahl seiner Spielteilnahmen um einen professionellen Spieler handle und er eine Recherche im Internet zur Rechtslage in Hessen bewusst unterlassen habe. Der Kläger betreibe aktuell - wie die Beklagte nunmehr erfahren habe - ein weiteres Klageverfahren gegen die Schwestergesellschaft der Beklagten vor dem Landgericht Gießen wegen seiner Spiele auf (c).com in den Jahren 2012 bis 2018.

- ¹⁹ Objektiv hätte der Kläger dagegen - seine Argumentation im Übrigen als wahr unterstellt - durch die Teilnahme am Glücksspiel den Straftatbestand des § 285 StGB erfüllt. Die vom Landgericht angenommene teleologische Reduktion der Norm komme nicht in Betracht, da die von der Beklagten angebotenen Glücksspiele nicht mit sittenwidrigen Schnellballsystemen gleichgesetzt werden könnten, weil jeder teilnehmende Spieler dieselbe zufallsbasierte Gewinnchance besitze. Auch sei eine generalpräventive Funktion der Kondition auf dem staatlich regulierten Glücksspielmarkt nicht gegeben. Es sei nicht Sache der Gerichte, in die regulatorischen Aufgaben der zuständigen Behörden einzugreifen, zumal die zuständigen Landesgesetzgeber mittlerweile beschlossen hätten, die gesetzlichen Regelungen zu Online-Glücksspielen wie dem vorliegenden anzupassen; ab Juli 2021 seien Spiele wie das Live-Roulette grundsätzlich nach Maßgabe des jeweiligen Bundeslands erlaubnisfähig (vgl. § 22c GlüStV 2021), so dass für eine generalpräventive Nichtanwendung des § 817 S.2, Hs.1 BGB kein Raum mehr sei. Letztlich würde die Nichtanwendung der Konditionssperre in Fällen wie dem vorliegenden dazu führen, dass die Spieler ohne jegliches Risiko weiterhin am Glücksspiel teilnehmen könnten, wodurch ein Anreiz für die erneute Teilnahme am Glücksspiel geradezu geschaffen werde. Dies gelte gerade, wenn man den (bestrittenen) Vortrag des Klägers, wonach er spielsüchtig sei, als richtig unterstelle. Da der Kläger sich selbst gemäß § 285 StGB strafbar gemacht hätte, sei der Kläger nicht schutzwürdig. Das Landgericht habe dabei auch verkannt, dass nach dem Rechtsgedanken des § 762 Abs.1 S.2 BGB verlorene Spieleinsätze grundsätzlich nicht zurückgefordert werden könnten.
- ²⁰ Wie bereits in der Klageerwiderung vorgetragen und unter Beweis gestellt, sei die Beklagte jedenfalls gemäß § 818 Abs.3 BGB entreichert, nachdem rund 97,49% der bei dem "Live-Roulette" seitens der Spieler getätigten Einsätze wieder an die Spieler ausbezahlt würden und die Beklagte mit den verbleibenden rund 2,5% der Einsätze Kosten decken und Steuern abführen müsse. Die Beklagte sei auch gutgläubig und unverklagt i.S.v. § 818 Abs.3 BGB, zumal sie die Rechtslage seit Jahren durch deutsche Anwälte und Professoren prüfen lasse und die Europäische Kommission seit Jahren kommuniziert habe, dass sie das deutsche Internetverbot für unionsrechtswidrig gehalten habe. Die Beklagte hätte den anderen Spielern deren Gewinne auch dann ausgeschüttet, wenn sie die Spieleinsätze des Klägers nicht erlangt hätte.
- ²¹ Ansprüche aus Deliktsrecht bestünden nicht, zumal § 4 Abs.4 GlüStV und/oder § 284 StGB jedenfalls nicht als Schutzgesetz i.S.v. § 823 Abs.2 BGB zu qualifizieren seien. Es fehle auch an einem Verschulden der Beklagten, nachdem diese den Kläger in ihren AGB explizit darauf hingewiesen habe, dass es in seiner alleinigen Verantwortung liege, vor seiner Teilnahme zu prüfen, wie sich die Rechtslage im Land seines Wohnsitzes gestalte. Dagegen seien die Dienstleistungen der Beklagten der Natur des Internets entsprechend grundsätzlich weltweit abrufbar; es sei der Beklagten nicht zuzumuten, jede einzelne Zahlung und Spielteilnahme von ordnungsgemäß registrierten Spielern aus der ganzen Welt auf mögliche Übereinstimmung mit nationalen oder sogar regionalen Besonderheiten der Glücksspielregulierung zu prüfen, solange sie im Einklang mit der ihr erteilten europäischen Lizenz handele. Vor diesem Hintergrund liege jedenfalls ein ganz überwiegendes Mitverschulden des Klägers vor. Es sei dem Kläger auch kein Schaden entstanden, da er für die Erbringung seiner Einsätze die Möglichkeit zur Spielteilnahme und die damit verbundenen Gewinnchancen erhalten habe, die sich zum Teil ja auch realisiert hätten.
- ²² Schließlich sei jedenfalls ein venire contra factum proprium nach § 242 BGB festzustellen, wenn der Kläger sich heute auf die Ungültigkeit der Spielverträge berufe, nachdem er zuvor bei der Beklagten über Monate hinweg Vertrauen in den Bestand und die ordnungsgemäße Abwicklung der Vertragsbeziehung hervorgerufen habe. Sähe man dies anders, würde es dem Kläger ermöglicht, risikolos am Glücksspiel teilzunehmen, obwohl das Wesen eines Glücksspiels gerade auf einem vom Spielenden nicht steuerbaren Vorgang und damit letztlich auf Zufall beruhe. Dass ein solches Rückforderungsrecht nicht dem Willen des Gesetzgebers entspreche, zeige auch die Norm des § 312g Abs.2 Nr.12 BGB, wonach das Widerrufsrecht von Verbraucherverträgen zur Erbringung von Wett- und Lotteriedienstleistungen ausgeschlossen sei.
- ²³ Demgemäß kämen auch Ansprüche des Klägers aus § 355 Abs.3 S.1 BGB nicht in Betracht. Ungeachtet dessen wäre ein Widerrufsrecht durch Ablauf der Widerrufsfrist gemäß § 356 Abs. 3 S. 2 BOB spätestens zwölf Monate und 14 Tage nach dem Vertragsschluss bereits erloschen gewesen. Eine Finanzdienstleistung i.S.v. § 356 Abs.3 S.3 BGB liege dagegen nicht vor.
- ²⁴ Wegen der Einzelheiten wird auf die Berufungsbegründung (Bl.277ff.d.A.) sowie den Schriftsatz vom 12.10.2021 (Bl.366ff.d.A.) Bezug genommen.
- ²⁵ Die Beklagte beantragt,
- ²⁶ das am 25. Februar 2021 verkündete Urteil des Landgerichts Gießen, Az.4 O 84/20, abzuändern und die Klage abzuweisen.

- ²⁷ Der Kläger beantragt,
- ²⁸ die Berufung zurückzuweisen.
- ²⁹ Der Kläger verteidigt das angefochtene Urteil.
- ³⁰ Neuer Vortrag der Beklagten zu einer etwaigen verwaltungsrechtlichen Duldung ihres Online-Glücksspiel-Angebots "Live-Roulette", zu etwaigen subjektiven Voraussetzungen im Rahmen des § 817 S.2 BGB oder zu einem etwaigen Mitverschulden gemäß § 254 BGB sei in zweiter Instanz nicht mehr zuzulassen.
- ³¹ Es entspreche der aktuell herrschenden Meinung in der Rechtsprechung, dass dem Kläger gegen die Beklagte ein Anspruch auf Rückzahlung beim illegalen Online-Glücksspiel verspielter Geldbeträge gemäß § 812 Abs.1 S.1 1.Var. BGB sowie gemäß
- ³² § 823 Abs.2 BGB i.V.m. § 4 Abs.4 GlüStV zustehe. Danach sei die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte gegeben; außerdem seien § 4 Abs.1, 4 GlüStV sowohl verfassungsgemäß als auch mit Unionsrecht vereinbar und das Internetverbot verhältnismäßig und kohärent. Laut dem KG Berlin (Urt. v. 06.10.2020 - 5 U 72/19) stehe dem auch weder der Evaluationsbericht des Glücksspielstaatsvertrages des Landes Hessen aus 2017 entgegen, noch ergebe sich Abweichendes aus dem Entwurf des Glücksspielstaatsvertrages 2021.
- ³³ Die internationale Zuständigkeit des LG Gießen folge hier aus Art.18, 17 Abs.1 Lit.c) EuGVVO, da der Kläger als Verbraucher gehandelt habe.
- ³⁴ Eine wirksame Einigung über die Anwendung maltesischen Rechts im Wege einer Rechtswahlklausel sei nicht erfolgt. Zudem dürfe die generelle Möglichkeit einer Rechtswahl gemäß Art.6 Abs.2 S.2 Rom I-VO nicht dazu führen, dass dem Verbraucher der Schutz entzogen werde, der ihm durch diejenigen Bestimmungen gewährt werde, welche ohne Rechtswahl anzuwenden wären. Das wäre aber hier der Fall, da das Recht von Malta kein Internetverbot entsprechend § 4 Abs.4 GlüStV kenne. Letztlich sei die Rechtswahlklausel in den AGB an dem Transparenzgebot des § 307 BGB zu messen. Der Verwender der Rechtswahlklausel müsse den Verbraucher darauf hinweisen, dass über Art.6 Abs.2 Rom I-VO der Verbraucher nicht den Schutz der zwingenden Vorschriften seines Heimatstaates verlieren könne (EuGH, Urt. v. 28.07.2016 - C-191/15 -, NJW 2016, 272). Präkludiert sei die neue bestrittene Behauptung, dass der Kläger die AGB über einen Link im Zuge der Registrierung vor Spielteilnahme hätte abrufen können. Jedenfalls ergebe sich die Anwendung deutschen Deliktsrechts aus Art.4 Abs.1 Rom II-VO.
- ³⁵ Dass § 4 Abs.4 GlüStV unionsrechtskonform sei, hätten sowohl das Bundesverfassungsgericht (Urt. v. 30.09.2013 1 BvR 3196/11 -) als auch das Bundesverwaltungsgericht (Urt. v. 26.10.2017 -8 C 14/16 -) in ständiger Rechtsprechung ausgesprochen; dem folge auch die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung in jüngerer Zeit. Maßgeblich sei auch, dass nach der Rechtsprechung des EuGH nationale Glücksspiellizenzen keine grenzüberschreitende Wirkung entfalteteten und den Mitgliedstaaten bezüglich der Gefahren des Online-Glücksspiels weitreichende autonome Gestaltungsspielräume eingeräumt seien, was auch die Berechtigung einschließe, das Anbieten von Glücksspielen im Internet in Gänze zu verbieten.
- ³⁶ Die verwaltungsrechtliche Duldung durch das Unterlassen strafrechtlicher Sanktionen führe nicht dazu, dass die geduldeten Glücksspiel-Angebote dadurch legalisiert worden wären. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (Beschl. v. 07.11.2018 - 8 B 29.18 -) habe die Verletzung des Unionsrechts infolge der Nichterfüllung von Verwaltungsformalitäten nicht gleichzeitig die Legalisierung von Onlinesportwetten zur Folge. Der dadurch verursachte Verzicht auf Sanktionierung habe keine Genehmigung oder Pflicht zur Genehmigung zur Folge.
- ³⁷ Da sich an der gerichtlichen bzw. gesetzgeberischen Einschätzung erhöhter Gefährlichkeit der Online-Glücksspiele gegenüber terrestrischen Angeboten nichts geändert habe, ergebe sich daraus auch keine Inkohärenz zwischen der Regulierung des terrestrischen und des Online-Marktes. Der Gesetzgeber reguliere durch das Totalverbot für den Vertriebsweg Internet zunächst einmal einheitlich für alle Glücksspielarten und damit gesamtkohärent. Das angestrebte Schutzniveau in Deutschland sei im europäischen Vergleich als hoch einzustufen; die Ziele seien § 1 GlüStV zu entnehmen. Der dabei angewendete Ermessensspielraum basiere auf einer ausreichenden Tatsachengrundlage, da sich wissenschaftlich belegen lasse, dass das Online-Glücksspiel gefährlicher sei als das terrestrische Glücksspiel. Dementsprechend halte die deutsche Rechtsprechung die Norm des § 4 Abs.4 GlüStV geschlossen für verfassungs- und unionsrechtmäßig. Dem stünden auch nicht etwaige "aktuelle Entwicklungen" entgegen wie die Reform des Glücksspielstaatsvertrages 2021 ("GlüStV 2021") mit einem Erlaubnisverfahren für u.a. Online-Casino-Spiele. Das wesentliche Argument der Bundesländer für die Liberalisierung des Glücksspielstaatsvertrages im Hinblick auf Online-Glücksspiel sei lediglich, dass man mit dem bisherigen Verbot von Online-Glücksspielen den Schwarzmarkt nicht habe eindämmen können. Aus diesem Grund solle mit dem GlüStV 2021 nur ein Mehr an besser kontrollierbarem Glücksspiel-Markt im Internet geboten werden, was aber der Durchsetzung des Verbots nicht entgegenstehe.

³⁸ Das Bestehen einer verwaltungsrechtlichen Duldung des vom Kläger genutzten Angebots "Live-Roulette" werde bestritten. Nach der Gesetzeslage hätte die Beklagte so lange von ihrem ohne Erlaubnis illegalen Angebot absehen müssen, wie sie keine wirksame Erlaubnis innegehabt habe. In dem von der Beklagten selbst als Anlage B19 vorgelegten Formblatt, das das Hessische Ministerium des Innern und für Sport im Rahmen des Konzessionsverfahrens zur Erlangung einer Sportwettenlizenz an das Schwesterunternehmen der Beklagten erteilt habe, habe die Muttergesellschaft der Beklagten im November 2012 die Verpflichtungserklärung abgegeben, ab dem Zeitpunkt der Konzessionserteilung weder selbst noch durch verbundene Unternehmen unerlaubtes Glücksspiel in Deutschland zu veranstalten oder zu vermitteln und mit allen Mitteln nach dem aktuellen Stand der Technik dafür Sorge zu tragen, dass in Deutschland nicht erlaubtes Glücksspiel ab dem Zeitpunkt der Konzessionserteilung nicht mehr erreichbar sein werde. Aus der - bestrittenen - Tatsache, dass es letztlich durch einen von der Beklagten nicht zu vertretenden Umstand nicht zur Konzessionserteilung an die Schwestergesellschaft gekommen sei, könne nicht auf eine Duldung geschlossen werden. Auf eine etwaige - zu bestreitende - Duldung des Angebots der Beklagten ab dem 15.10.2020 könne es dagegen von vornherein nicht ankommen. Der neue Tatsachenvortrag der Beklagten zu einer rückwirkenden Duldung im Jahre 2020 sei zudem bereits präkludiert. Jedenfalls könne eine verwaltungsrechtliche Duldung die zivilrechtliche Nichtigkeitsfolge eines Verstoßes nicht berühren; dasselbe gelte für den Umlaufbeschluss der Chefinnen und Chefs der Staats- und Senatskanzleien der Länder vom 08.09.2020 sowie die darauf beruhenden Leitlinien. Bestritten sei zudem, dass die Beklagte die Voraussetzungen des GlüStV 2021 einhalte.

³⁹ Die Beklagte habe mit ihrem Angebot ungeachtet einer möglichen materiell-rechtlichen Genehmigungsfähigkeit darüber hinaus auch gegen § 284 StGB verstoßen

⁴⁰ Dem Bereicherungsanspruch stehe § 817 S.2 BGB nicht entgegen; denn das Leisten der Einsätze, die nun zurückgefordert würden, sei als solches noch kein ggf. zu missbilligendes Betreiben an unerlaubtem Online-Glücksspiel. Jedenfalls aber fehle es an den erforderlichen subjektiven Voraussetzungen auf Seiten des Klägers, nämlich der positiven Kenntnis von den die Gesetz- oder Sittenwidrigkeit begründenden Umständen; zumindest aber müsste sich der Kläger der Einsicht in das Verbotswidrige seines Handelns leichtfertig verschlossen haben. Hierzu habe die darlegungs- und beweisbelastete Beklagte erstinstanzlich bereits nichts Substantiiertes vorgetragen, zumal das gesamte Agieren der Beklagten mit der deutschen Webseite und dem deutschen Kundenservice offensiv gerade darauf ausgerichtet sei, dass das Online-Glücksspiel nichts Verwerfliches sei. Der neue Tatsachenvortrag der Beklagten hierzu in der Berufungsbegründung sei präkludiert, zumal der Kläger die Kenntnis, Verwendung und Einbeziehung der von der Beklagten genannten AGB in die jeweiligen Spielverträge erstinstanzlich ausdrücklich bestritten habe. Aus den AGB ergebe sich gerade nicht, dass das Nutzen eines Online-Casinos vom Wohnort des Klägers aus illegal gewesen sei. Widersprüchlich sei auch, dass die Beklagte annehme, dass der Kläger "hätte wissen können, dass eine Teilnahme am Glücksspiel in Deutschland verboten sein kann", während sie selbst das Internetverbot des § 4 Abs.4 GlüStV für europarechtswidrig halte und behaupte, die Rechtslage umfassend geprüft zu haben. Die Behauptung, dass der Kläger ein professioneller Spieler sei, sei falsch und nicht mehr zuzulassen, ebenso die Behauptungen, dass er drei Accounts bei der Gruppe der Beklagten gehabt und dort überall die AGB der jeweiligen Betreiberin der jeweiligen Plattform bestätigt habe und dass er andernfalls nicht zum Spiel zugelassen worden wäre.

⁴¹ Jedenfalls sei § 817 S.2 BGB der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs folgend teleologisch zu reduzieren, die bei einem gesetzlichen Verbot aus dem GlüStV, das darauf abziele, die Sucht der Verbraucher zu bekämpfen, anzuwenden sei. Andernfalls würden die Glücksspielanbieter dazu ermutigt, rechtswidrig weiterzumachen. Umgekehrt sei es gerade nicht so, dass der Spieler im Falle der Nichtanwendung der Konditionssperre "ohne jegliches Risiko" am Glücksspiel teilnehmen könne, da die Rechtsfolge der Nichtigkeit der Spielverträge beide Vertragsparteien gleichermaßen treffe. Demgemäß habe sich der Kläger etwaige Gewinne auch angerechnet. Zu beachten sei, dass nach der Reform des GlüStV lediglich bestimmte Online-Glücksspiele erlaubnisfähig geworden seien; allerdings seien auch ein halbes Jahr nach Einführung des GlüStV 2021 immer noch keine nationalen Lizenzen vergeben worden, so dass die betreffenden Glücksspiele weiterhin illegal angeboten würden.

⁴² Es liege auch keine Entreicherung gemäß § 818 Abs.3 BGB vor. Den Vortrag der Beklagten habe der Kläger bestritten. Die Beklagte sei auch nicht etwa redlich und gutgläubig. Letztlich könne sich ein Schuldner nicht auf § 818 Abs.3 BGB berufen, soweit er für das Erlangte einen Veräußerungserlös oder eine andere Gegenleistung erzielt habe. Selbst wenn die Beklagte die vom Kläger geleisteten Zahlungen tatsächlich an Dritte ausgeschüttet hätte, hätte sie dadurch Aufwendungen aus ihrem übrigen Vermögen erspart und eigene Verbindlichkeiten getilgt.

⁴³ Der Rückforderung der Einsätze könne auch nicht §242 BGB entgegengehalten werden, zumal dies die Rechtsprechung des BGH zu § 817 S.2 BGB konterkarieren würde. Der Kläger habe mehrfach dargelegt und unter Beweis gestellt, dass er - anders als die Beklagte - von der Illegalität der Online-Glücksspiel-Angebote der Beklagten zum Zeitpunkt der jeweiligen Spieleinsätze keine Kenntnis gehabt habe. Die Ausführungen zu § 312g Abs.2 Nr.12 BGB seien unerheblich, da danach kein Widerrufsrecht bei Verträgen zur Erbringung von Wett- und Lotteriedienstleistungen bestehe, die - anders als hier - staatlich genehmigt und gemäß § 763 BGB rechtsverbindlich seien.

⁴⁴ § 4 Abs.1 und 4 GlüStV sei auch ein Schutzgesetz i.S.d. §823 Abs.2 BGB, das die Beklagte schuldhaft verletzt habe, wodurch dem Kläger ein kausaler Schaden entstanden sei. Der Kläger habe auch keine Gewinnchancen oder Spielmöglichkeiten erlangt, da er aufgrund der Nichtigkeit des Vertrages keine einklagbaren Gewinne habe erzielen können. Falsch und im Übrigen präkludiert sei der neue Tatsachenvortrag der Beklagten, wonach der Kläger bei Abschluss der Geschäfte und Erbringung seiner Einsätze nicht von der Wirksamkeit der Geschäfte ausgegangen sei. Demgemäß treffe den Kläger auch kein Mitverschulden, da er - wie erstinstanzlich vorgetragen und unter Beweis gestellt - zum Zeitpunkt der jeweiligen Spieleinsätze keine Kenntnis von der Illegalität der Spielteilnahme gehabt habe.

⁴⁵ Der Anspruch des Klägers folge schließlich auch aus §§ 826, 31 BGB. Denn die Beklagte habe auf der Grundlage einer für ihr Unternehmen/ihren Konzern getroffenen grundlegenden strategischen Entscheidung im eigenen Kosten- und Gewinninteresse in Deutschland illegale Online-Glücksspiele angeboten und den aus Deutschland herausspielenden bzw. die Online-Glücksspiel-Angebote der Beklagten nutzenden Verbraucher über die Illegalität ihrer eigenen Online-Glücksspiele in Deutschland bewusst und gewollt getäuscht. Damit habe sie auf Kosten gutgläubiger Verbraucher hohe Geldbeträge eingenommen, bewusst geltendes Recht missachtet und Verbraucher zumindest mittelbar der Gefahr ausgesetzt, sich womöglich selbst strafbar machen zu können. Ein solches Verhalten sei im Verhältnis zu einer Person, die die Online-Glücksspiele der Beklagten in Deutschland gutgläubig nutze, besonders verwerflich und mit den grundlegenden Wertungen der Rechts- und Sittenordnung nicht zu vereinbaren.

⁴⁶ Wegen der Einzelheiten wird auf die Schriftsätze vom 23.07.2021 und vom 02.02.2022 (Bl.333ff., 425ff.d.A.) Bezug genommen.

⁴⁷ II.

⁴⁸ Der Senat hält die Berufung nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand für zulässig, aber unbegründet. Denn die Entscheidung des Landgerichts beruht nicht auf einer Rechtsverletzung im Sinne des § 546 ZPO; außerdem rechtfertigen die nach § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen keine andere Entscheidung (§513 ZPO).

⁴⁹ Die Berufung ist unbegründet, weil die Klage zulässig und begründet ist, so dass das Landgericht ihr zu Recht entsprochen hat.

⁵⁰ § 513 Abs.2 ZPO bezieht sich ungeachtet seines weitgefassten Wortlauts nicht auf die internationale Zuständigkeit (BGH, Urt. v. 16.12.2003 - XI ZR 474/02 -, NJW 2004, 1456; BGH, Urt. v. 28.11.2002 - III ZR 102/02 -, NJW 2003, 426; Zöller-Heßler, ZPO, 34.Aufl., § 513 Rn.8). Vielmehr ist die internationale Zuständigkeit der angerufenen Gerichte in jeder Lage von Amts wegen zu prüfen (vgl. etwa BGH, Versäumnisurt. v. 20.12.2011 - VI ZR 14/11 -, WM 2012, 852); vorliegend ist sie begründet. Sie bestimmt sich hier allein nach der seit dem 10.01.2015 in Kraft befindlichen Verordnung (EU) Nr.1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVVO) und folgt aus Art.18 Abs.1, 17 Abs.1 lit.c EuGVVO. Danach kann der Verbraucher an seinem Wohnsitz einen Vertragspartner wegen Streitigkeiten aus dem Vertrag verklagen, wenn der Vertragspartner in dem Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet der Verbraucher seinen Wohnsitz hat, eine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit ausübt oder eine solche auf irgendeinem Wege auf diesen Mitgliedstaat ausrichtet und der Vertrag in den Bereich dieser Tätigkeit fällt. Dies ist hier der Fall; insbesondere übt die Beklagte ihre gewerbliche Tätigkeit in Deutschland aus, indem sie ihr gewerbliches Angebot der Veranstaltung von Glücksspielen u.a. auf Deutschland ausrichtet. Es bestehen auch keine durchgreifenden Zweifel an der Verbrauchereigenschaft des Klägers. Soweit die Beklagte den Kläger wiederholt als "professionellen Spieler" bezeichnet hat, ist schon nicht ersichtlich, ob die Beklagte damit die Verbrauchereigenschaft des Klägers im Rechtssinne in Abrede stellen will. Der Umstand, dass der Kläger die Online-Glücksspiele in größerem Umfang betrieben haben und zumindest vorübergehend auch Gewinne erzielt haben mag, führt jedenfalls für sich genommen nicht dazu, dass der Kläger seine Eigenschaft als "Verbraucher" im Sinne Art.17 EuGVVO verliert (vgl. EuGH, Urt. v. 10.12.2020 - C-774/19, WRP 2021, 458). Die verfolgten bereicherungsrechtlichen und deliktischen Ansprüche unterfallen auch dem o.g. Verbrauchergerichtsstand, da dieser auch nichtvertragliche Anspruchsgrundlagen erfasst, soweit sich die Klage allgemein auf einen Vertrag bezieht und eine so enge Verbindung zu diesem Vertrag aufweist, dass sie von ihm nicht getrennt werden kann (vgl. BGH, Urt. v. 05.10.2010 - VI ZR 159/09 -, NJW 2011, 532; Versäumnisurt. v. 20.12.2011 - VI ZR 14/11 -, WM 2012, 852; jeweils zu auf §§823 Abs.2 BGB, 32 KWG gestützten Klagen; wie hier: OLG Hamm, Beschl. v. 12.11.2021 - 12 W 13/21 -, ZfWG 2022, 91; vgl. auch OLG Koblenz, Urt. v. 08.10.2020 - 6 U 1582/19 -, IHR 2021, 76; Zöller-Geimer, ZPO, 34.Aufl., Art.17 EuGVVO Rn.17).

⁵¹ Die Anwendbarkeit deutschen Rechts ergibt sich aus Art.6 Abs.1 der Verordnung (EG) Nr.593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.06.2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I-VO). Danach ist bei Verträgen mit Verbrauchern - wie hier - das Recht des Staates anzuwenden ist, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Dies betrifft auch die Beurteilung der Wirksamkeit des Vertrages sowie etwaige Folgen der Nichtigkeit des Vertrags, vgl. Art.12 Abs.1 Lit. a, e Rom I-VO, einschließlich der bereicherungsrechtlichen Folgen, vgl. Art.10 Abs.1 der Verordnung (EG) Nr.864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.07.2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II-VO). Eine in den AGB der Beklagten enthaltene abweichende Rechtswahl ist dagegen nicht wirksam. Denn nach Art. 6 Abs.2 S.2 Rom I-VO darf eine solche Rechtswahl dem Verbraucher nicht den Schutz der Bestimmungen entziehen, von denen nach dem ohne die Rechtswahl anzuwendenden Recht nicht durch Vereinbarung abgewichen werden darf. Dementsprechend sind die §§ 305ff. BGB auf Verbraucherverträge, die Verbraucher mit gewöhnlichem Aufenthalt in Deutschland geschlossen haben, anwendbar (BGH, Urt. v. 19.07.2012 - I ZR 40/11 -, WRP 2013, 479). Die Rechtswahlklausel in den AGB der Beklagten benachteiligt den Kläger als Verbraucher aber unangemessen, weil sie intransparent ist, nachdem aus ihr gerade nicht klar und verständlich hervorgeht, welche Rechtsvorschriften tatsächlich Anwendung finden, und sie den Eindruck vermittelt, es sei lediglich maltesisches Recht anzuwenden; insbesondere fehlt ein deutlicher Hinweis darauf, dass der Kläger als Verbraucher nach Art. 6 Abs.2 S.2 Rom I-VO durch die Rechtswahl nicht den Schutz der zwingenden Vorschriften des deutschen Rechts verlieren kann (vgl. EuGH, Urt. v. 28.07.2016 - C-191/15 -, NJW 2016, 2727; BGH, Urt. v. 19.07.2012 - I ZR 40/11 -, WRP 2013, 479).

⁵² Zu Recht hat das Landgericht einen Anspruch des Klägers auf Rückzahlung der geleisteten Einsätze gemäß §812 Abs.1 S.1 1.Var. BGB bejaht, da die Einsätze ohne Rechtsgrund geleistet wurden. 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 Veranstalten öffentlicher Glücksspiele im Internet verboten ist, verstoßen hat und daher gemäß § 134 BGB nichtig ist. Der Verstoß folgt aus dem Umstand, dass die Beklagte ihr Angebot auch Spielern in Hessen zugänglich gemacht hat. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Frage des Gesetzesverstoßes ist derjenige der Vornahme des Rechtsgeschäfts (BGH, Urt. v. 23.02.2012 - I ZR 231/10 -, WRP 2012, 1226 m.w.N.; Grüneberg-Ellenberger, BGB, 81.Aufl., § 134 Rn.12a m.w.N.), hier also der Zeitraum Februar bis Mai 2017, so dass es auf eine etwaige spätere Legalisierung des Angebots der Beklagten von vornherein nicht ankommen kann, weil damit keine rückwirkende Heilung des einzelnen, in der Vergangenheit abgeschlossenen Vertrags mit einem Spieler verbunden ist.

- ⁵³ Selbst wenn man unterstellt, dass das Internetverbot des § 4 Abs.4 GlüStV 2012 im Falle eines Verstoßes gegen Art.56 AEUV gemäß dem Grundsatz des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts als entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts ohne Weiteres und auch im Gerichtsverfahren zwischen Privatpersonen unanwendbar wäre (vgl. i.E. EuGH, Urt. v. 07.08.2018 - C-122/17 -, DAR 2018, 554; Urt. v. 19.04.2016 -C-441/14 -, ZIP 2016, 1085; Urt. v. 04.02.2016 - C-336/14 -, NVwZ 2016, 369; Urt. v. 08.09.2010 -C-409/06 -, NVwZ 2010, 1419; Urt. v. 19.01.2010 -C-555/07 -, NJW 2010, 427; vgl. jüngst auch BGH, EuGH-Vorlage vom 14.05.2020 -VII ZR 174/19 -, NJW 2020, 2328; offenlassen insoweit: EuGH, Urt.v.18.01.2022 - C-261/20 -, NJW 2022, 927), dringt die Beklagte nicht durch. Denn
- ⁵⁴ § 4 Abs.4 GlüStV 2012 ist nicht seinerseits unionsrechtswidrig gewesen; insbesondere ist die damit verbundene Einschränkung der durch Art.56 AEUV gewährleisteten Dienstleistungsfreiheit von Glücksspielanbietern gerechtfertigt, weil sie auch im unionsrechtlichen Sinne verhältnismäßig und insbesondere geeignet gewesen ist, zur Erreichung der mit ihr verfolgten Gemeinwohlzwecke in systematischer und kohärenter Weise beizutragen. Dies hat das BVerwG in zeitlichem Zusammenhang mit dem vorliegenden Vertragsschluss entschieden und dabei durchaus berücksichtigt, dass es insoweit auch auf die nach ihrem Erlass zu bewertenden Auswirkungen der restriktiven nationalen Regelung ankommt (BVerwG, Urt. v. 26.07.2017 - 8 C 18/16 -, NVwZ 2018, 895: Das Verbot, Poker- und Casinospiele im Internet zu veranstalten und zu vermitteln, ist mit Unions- und Verfassungsrecht weiterhin vereinbar [Leitsatz 1.]). Auch der BGH geht in einer aktuellen Entscheidung unter Bezugnahme auf die genannte Entscheidung des BVerwG von der fortbestehenden Unionsrechtskonformität der Regelungen in § 4 Abs.1 und 4 GlüStV 2012 aus (vgl. etwa BGH, Urt. v. 22.07.2021 - I ZR 194/20 -, Rn.45, GRUR 2021, 1534), ebenso - soweit ersichtlich - einhellig die jüngere obergerichtliche Rechtsprechung (eingehend KG Berlin, Urt. v. 06.10.2020 - 5 U 72/19 -, Anlage K6, Bl.147ff.d.A.; auch OLG München, Beschl. v. 22.11.2021 - 5 U 5491/21 -, Anlage BE19, Anlagenband II; OLG Hamm, Beschl. v. 12.11.2021 - 12 W 13/21 -, ZfWG 2022, 91); dieser Rechtsprechung schließt sich der Senat an. Auch eine Vorlage an den EuGH nach Art.267 Abs.3 AEUV ist nicht veranlasst (vgl. BGH, Beschl. v. 22.07.2021 - I ZR 199/20 -).
- ⁵⁵ Es besteht - und bestand bei Vertragsschluss in 2017 - keine für das vorliegende Verfahren irgendwie relevante "Duldung" des Glücksspielangebots der Beklagten durch Verwaltungshandeln. Abgesehen davon, dass etwa durch die Absprache der Chefinnen und Chefs der Staats- und Senatskanzleien der Länder mit Umlaufbeschluss vom 08.09.2020 die unerlaubten Online-Angebote von Casino- und Automatenspielen schon nicht im Wege eines Verwaltungsakts legalisiert worden sind und - ganz generell - die Verfolgung zivilrechtlicher Ansprüche unabhängig von der verwaltungsbehördlichen Durchsetzung öffentlich-rechtlicher Verhaltenspflichten stattfindet (BGH, Urt.v. 22.07.2021 - I ZR 194/20 -, GRUR 2021, 1534), wäre eine innere Rechtfertigung für ein rückwirkendes Erlöschen einzelner, (hier bereits jahrelang) bestehender zivilrechtlicher Ansprüche infolge von Verwaltungshandeln nicht erkennbar. Auch wenn es nach dem soeben Gesagten ohnehin nicht durchgreifend sein kann, liegt auch keine irgendwie maßgebliche Duldung des von der Beklagten im Internet angebotenen "Live-Roulette" durch die Formulierung eines von der Aufsichtsbehörde in einem früheren Konzessionsverfahren einer anderen Anbieterin verwendeten Formblatts vor.
- ⁵⁷ Dem Bereicherungsanspruch steht auch § 817 S.2 BGB jedenfalls vorliegend nicht entgegen, der die Rückforderung einer Leistung nicht nur in den Fällen des § 817 S.1 BGB, sondern in allen Fällen einer Leistungskondition ausschließt; die Bestimmung verkörpert den Grundsatz, dass bei der Rückabwicklung Rechtsschutz nicht in Anspruch nehmen kann, wer sich selbst durch gesetz- oder sittenwidriges Handeln außerhalb der Rechtsordnung stellt (BGH, Urt. v. 02.12.2021 - IX ZR 111/20 -, ZInsO 2022, 309 m.w.N.).
- ⁵⁸ Zwar dürfte bereits die Einzahlung eines Guthabens auf ein wie auch immer geartetes Spielerkonto sowie - korrespondierend - die Empfangnahme des Geldbetrags dort und nicht etwa erst die nachfolgende Durchführung des Glücksspiels unter Verwendung eines Guthabens gegen § 4 Abs.1 S.2, Abs.4 GlüStV 2012 verstoßen haben, so dass eine Konstellation vorliegt, bei der die Anwendung der Konditionssperre des § 817 S.2 BGB wegen eines beiderseitigen Verstoßes grundsätzlich in Betracht kommt. Auch hat der Kläger durch die Einzahlung seiner mit der Klage wieder herausverlangten Einsätze und durch die Teilnahme an dem Online-Glücksspiel selbst objektiv gegen diese Normen sowie § 285 StGB verstoßen. Allerdings fehlt es an den subjektiven Voraussetzungen des § 817 S.2 BGB. Ob die Konditionssperre in Fällen wie dem vorliegenden bereits nach dem Schutzzweck der verletzten Normen nicht zur Anwendung kommen kann, was in der vorliegenden instanzgerichtlichen Rechtsprechung für die Fälle unerlaubten Online-Glücksspiels nicht ganz einheitlich betrachtet wird, kann demgemäß vorliegend dahinstehen.

- ⁵⁹ § 817 S.2 BGB setzt voraus, dass der Leistende vorsätzlich, also bewusst verbotswidrig oder sittenwidrig gehandelt hat; dem steht es gleich, wenn er sich der Einsicht in das Verbotswidrige oder Sittenwidrige seines Handelns leichtfertig verschlossen hat (BGH, Urt. v. 02.12.2021 - IX ZR 111/20 -, ZInsO 2022, 309; Urt. v. 10.10.2012 - 2 StR 591/11 -, NJW 2013, 401; Urt. v. 23.02.2005 - VIII ZR 129/04 -, NJW 2005, 1490). Denn wer von den Folgen seines Tuns oder vor dessen Bewertung geradezu die Augen verschließt, muss es sich gefallen lassen, wie ein bewusst Handelnder behandelt zu werden (BGH, Urt. v. 02.12.1982 - III ZR 90/81 -, NJW 1983, 1420). Soweit es um die Erkenntnis der Sittenwidrigkeit geht, reicht es in der Regel aus, dass der Leistende alle Tatsachen kennt, die die Sittenwidrigkeit seines Handelns ausmachen; soweit dagegen - wie hier - ein Gesetzesverstoß des Leistenden in Rede steht, kann die Existenz der verschiedenartigsten Verbotsgesetze nicht ohne weiteres und generell als bekannt vorausgesetzt werden. Vielmehr ist die Kenntnis gerade des Verbotsgesetzes festzustellen, soweit dieses nicht als allgemein bekannt angesehen werden darf (Münchener Kommentar [Schwab], BGB, 8.Aufl., § 817 Rn.87 m.w.N.; ähnlich: OLG München, Beschl. v. 22.11.2021 - 5 U 5491/21, Anlage BE19, Anlagenband II). Es war Sache der als Bereicherungsschuldnerin in Anspruch genommenen Beklagten, die Voraussetzungen der rechtshindernden Einwendung darzulegen und ggf. zu beweisen, mithin auch, dass dem Kläger ein im o.g. Sinne bewusster Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot im Sinne von § 817 S.2 BGB zur Last fällt (vgl. OLG Braunschweig, Beschl. v. 03.12.2021 - 8 W 20/21 -, Anlage BE21, Anlagenband II; OLG Hamm, Beschl. v. 12.11.2021 - 12 W 13/21, ZfWG 2022, 91; Münchener Kommentar [Schwab], BGB, 8.Aufl., § 817 Rn.89 m.w.N.).
- ⁶⁰ Die Beklagte hat in erster Instanz trotz des mehrfachen Hinweises des Klägers auf ihre Darlegungs- und Beweislast zu den subjektiven Voraussetzungen eines Gesetzesverstoßes des Klägers im Sinne von § 817 S.2 BGB nichts Durchgreifendes vorgetragen, sondern nur bestritten, dass der Kläger "subjektiv gutgläubig" gewesen sei, und gerügt, dass der Kläger ein Bemühen um eine Information über die Rechtslage gar nicht behauptet habe. Ergänzend hat die Beklagten dargelegt, dass die Frage der Legalität des Online-Glücksspiels breit diskutiert worden sei, und die Ansicht vertreten, dass der Kläger sich mindestens über die Rechtmäßigkeit von Online-Casinos habe informieren müssen und dass ihm eine Internetrecherche hierzu abzuverlangen gewesen sei, etwa über die Suchmaschine "Google". Weiter hat die Beklagte darauf hingewiesen, dass in Ziff.2.8 ihrer AGB ein Hinweis auf die alleinige Verantwortung des Spielers für die Rechtmäßigkeit seines Tuns enthalten sei, und behauptet, der Kläger habe den AGB im Zuge seiner Registrierung ausdrücklich zugestimmt (vgl. Klageerwiderung, S.3f; Bl.58f.d.A.). Dieses Vorbringen vertiefend hat die Beklagte an anderer Stelle (Klageerwiderung, S.41; Bl.96 d.A.) vorgetragen, der Kläger habe sich "offenbar nicht um die Klärung der Rechtslage gekümmert", so dass dahinstehen könne, "wovon der Kläger tatsächlich ausgegangen" sei. Damit hat die Beklagte aber ihrer Darlegungslast insoweit nicht genügt, als damit allenfalls ein fahrlässiger Verstoß behauptet worden ist.
- ⁶¹ Richtig ist zwar, dass der Kläger sich in einem Strafprozess nicht auf die Unkenntnis des §285 StGB berufen könnte. § 285 StGB setzte aber unter Verweis auf §284 StGB die Beteiligung an einem derart unerlaubten Glücksspiel voraus. Ob das Glücksspiel vorliegend "unerlaubt" war, folgte aber aus § 4 Abs.1, 4 GlüStV 2012, dessen Inhalt nicht ohne weiteres und generell als bekannt vorausgesetzt kann. Auch wenn die Werbung für Online-Glücksspiele einen textlich dargestellten und/oder schnell gesprochenen Hinweis darauf zu enthalten pflegt, dass sich das Angebot nur an Spieler in Schleswig-Holstein richte, lässt sich daraus keine allgemeine Bekanntheit des generellen Verbots von Online-Glücksspielen außerhalb dieses Bundeslandes in Deutschland herleiten. Hinzu kommt, dass die in einem zur EU zählenden Staat ansässige Beklagte über eine örtliche Lizenz verfügte und sich mit ihrem deutschsprachigen Angebot an die potentiellen Kunden wandte, so dass sich auch deswegen das Fehlen einer notwendigen Lizenz in Deutschland nicht per se aufdrängen musste.
- ⁶² Eine "Leichtfertigkeit" in dem o.g. Sinne ergibt sich auch nicht daraus, dass der Kläger die Kenntnisnahme der AGB der Beklagten im Zuge der Registrierung - wie als wahr unterstellt werden kann - durch Betätigen eines "Clicks" bzw. Setzen eines "Häkchens" bestätigt haben mag. Denn zum einen ist schon nicht behauptet, dass der Kläger die AGB, hier Ziff.2.8, tatsächlich zur Kenntnis genommen hätte. Dagegen ist das "Wegklicken" umfangreicher Klauselwerke in Online-Registrierungsmasken ohne vorherige Kenntnisnahme der zur Verfügung gestellten Rechtstexte gerichtsbekannt derart weit verbreitet, dass es nicht als leichtfertig angesehen werden kann, zumal ein durchschnittlicher Verbraucher in Deutschland sehr wohl weiß, dass das Gesetz ihn ohnehin vor benachteiligenden AGB in sehr weitgehendem Umfang schützt. Zum anderen ist in Ziff.2.8 der AGB der Beklagten ein inhaltlicher Hinweis auf die Rechtswidrigkeit von Online-Glücksspielen gerade nicht enthalten, sondern lediglich auf die Eigenverantwortung des Spielers insoweit. Hinzu kommt, dass der Umstand, dass die Beklagte dem Kläger in der Folge nach ordnungsgemäßer Registrierung offenbar tatsächlich den begehrten Zugang zu dem Online-Spiel gewährte, geeignet war, etwaige Bedenken des Klägers gegen die Rechtmäßigkeit seines Spiels zu zerstreuen.

⁶³ Letztlich kann auch die Art und Weise des hiesigen Prozessvortrags der Beklagten gemäß §286 ZPO gewürdigt werden. So hat sich die Beklagte zunächst trotz der Hinweise auf ihre Darlegungs- und Beweislast sehr weitgehend nur auf Bestreiten gestützt und nicht einmal von dem sehr naheliegenden Beweisangebot der Parteivernehmung des Klägers zu einer eventuellen Kenntnis oder leichtfertigen Unkenntnis der Rechtslage Gebrauch gemacht, sondern der Parteivernehmung als dem für sie unmittelbarsten Beweismittel für die vorgetragene innere Tatsache sogar ausdrücklich widersprochen. Außerdem hat die Beklagte selbst über viele Druckseiten zur Rechtswidrigkeit des generellen Verbots von Online-Glücksspielen bzw. zu deren Legalität vorgetragen und die besondere Schwierigkeit der Rechtslage betont, gleichzeitig aber dem Kläger vorgeworfen, eine klare und einfach zu recherchierende Rechtslage leichtfertig nicht zur Kenntnis genommen zu haben. Dies mag zwar im Zuge einer Hilfsargumentation vorgetragen worden sein, wie die Beklagte meint. Solches Hilfsvorbringen ist jedoch in Bezug auf die vorgetragenen Tatsachen hier nicht beachtlich. Hinsichtlich des tatsächlichen Vortrags ist es das Prozessziel der Partei, dass ihr Hauptvorbringen berücksichtigt und der rechtlichen Würdigung zu Grunde gelegt wird. Entgegenstehendes Hilfsvorbringen darf in den Prozess in der Regel - soweit dies nicht wider besseres Wissen erfolgt - für den Fall eingeführt werden, dass die Partei mit ihrem Hauptvorbringen in tatsächlicher Hinsicht nicht durchdringt, das Gericht das Hauptvorbringen seiner rechtlichen Würdigung also nicht zu Grunde legt; dagegen kann mit dem Hauptvorbringen in tatsächlicher Hinsicht unvereinbares Hilfsvorbringen nicht für den Fall geltend gemacht werden, dass das Hauptvorbringen nur rechtlich nicht zum Erfolg führt. Der Partei steht es nicht frei, dem Gericht mehrere miteinander unvereinbare Sachverhalte zu unterbreiten mit dem Ziel, mit einem davon auch rechtlich durchzudringen. Sie unterliegt vielmehr der Wahrheitspflicht nach § 138 Abs.1 ZPO und hat den aus ihrer Sicht der Wahrheit entsprechenden Sachverhalt vorzutragen (BGH, Urt. v. 04.07.2019 - III ZR 202/18 -, WM 2019, 1441). Soweit die Beklagte zur Rechtslage im Zeitpunkt der Durchführung der Glücksspiele durch den Kläger in erster Instanz ausgeführt hat, das Internetverbot sei nicht mehr haltbar gewesen, erschließt sich in rein tatsächlicher Hinsicht nicht, wie zugleich eine Google-Recherche zu dem schnellen und für den Kläger zuverlässigen Ergebnis einer Rechtswidrigkeit seines Tuns hätte führen können. Die von dem Beklagtenvertreter gegen die fortbestehende Rechtmäßigkeit des Internetverbots des § 4 Abs.4 GlüStV 2012 ins Feld geführten Erkenntnisse hätten doch auch bei einer eingehenden Recherche des Klägers erkannt werden können. Alles andere würde zu dem widersinnigen Ergebnis führen, dass der mit besonderen Rechtskenntnissen versehene und der im Ergebnis unzutreffenden (s.o.) Rechtsansicht der Beklagten folgende Spieler gutgläubig und bei der Rückforderung seiner Einsätze daher bessergestellt wäre als der Spieler, der sich auf eine einfache Kenntnisnahme des § 4 Abs.4 GlüStV 2012 beschränkt hätte. Die Klägerin hat weiter vorgetragen, sie habe zur Klärung der Rechtslage in Deutschland gewissenhaft Rechtsrat von Rechtsanwälten und Rechtsprofessoren eingeholt, die bestätigt hätten, dass das deutsche Internetverbot wegen Verstoßes gegen die Dienstleistungsfreiheit unanwendbar sei (vgl. Klageerwidderung, S.43; Bl.98f.d.A.). Dieses Hauptvorbringen der Beklagten, das das Landgericht in tatsächlicher Hinsicht seiner Entscheidung zugrunde gelegt, jedenfalls aber nicht als nicht erwiesen behandelt hat, steht in Widerspruch zu dem hilfsweisen Tatsachenvortrag der Beklagten, der Kläger hätte durch eine einfache Internetrecherche seinerzeit leicht die Anwendbarkeit des Internetverbots feststellen können. Es ist auch in der rechtlichen Konsequenz des widersprüchlichen Tatsachenvortrags bemerkenswert, dass die Beklagte, die hochrangige Rechtsexperten mit der Klärung der Rechtslage beschäftigt hat, für sich als geschäftliche Anbieterin einer Leistung einen vermeidbaren Verbotsirrtum reklamieren will (a.a.O.) und es sogar als unzumutbar begreift, jede Spielteilnahme von registrierten Spielern weltweit auf eine Übereinstimmung mit den nationalen Besonderheiten der Glücksspielregulierung zu überprüfen (Berufungsbegründung S.48, Bl.324 d.A.), gleichzeitig bei dem nicht rechtlich beratenen privaten Kunden die Kenntnis der Rechtslage voraussetzt bzw. deren Nichtkenntnis für leichtfertig erachtet.

- ⁶⁴ Der Entreichungseinwand nach § 818 Abs.3 BGB scheidet hier schon an der bestehenden Kenntnis der Beklagten vom Fehlen des Rechtsgrundes, §§ 819 Abs.1, 818 Abs.4 BGB (vgl. Grüneberg-Sprau, BGB, 81.Aufl., § 819 Rn.8), da der Beklagten spätestens aufgrund der von ihr dargestellten Rechtberatung die Existenz des § 4 Abs.4 GlüStV ungeachtet ihrer abweichenden Rechtsansicht zur Unionsrechtswidrigkeit der Norm jedenfalls ebenso bekannt war wie der Umstand, dass der vorliegende Vertrag der Parteien von dem Verbot erfasst war. Ob daneben auch § 819 Abs.2 BGB, der auf eine Haftung nach § 817 S.1 BGB zugeschnitten wäre, anwendbar ist, kann dahinstehen. Selbst wenn man aber die Voraussetzungen des § 819 Abs.1 BGB vorliegend nicht für erfüllt hielte, wäre die Entreichung von der insoweit darlegungs- und beweisbelasteten Beklagten nicht konkret dargetan; deren Darlegungslast umfasst auch den Vortrag, dass trotz des Wegfalls des ursprünglich Erlangten keine anderweitige Bereicherung in ihrem Vermögen verblieben ist (vgl. etwa BGH, Urt. v. 02.06.2015 - XI ZR 327/14 -, NJW 2015, 2725; Urt. v. 10.02.1999 - VIII ZR 314/97 -, NJW 1999, 1181). Entreichung liegt nur vor, wenn der erlangte Vorteil nicht mehr im Vermögen des Empfängers enthalten ist und auch sonst kein auf die Zuwendung zurückzuführender Vermögensvorteil mehr vorhanden ist, wie z.B. bei Bildung von Ersparnissen, durch Anschaffungen oder durch Tilgung von Schulden. Dagegen ist der Empfänger regelmäßig noch bereichert, soweit er durch die Weggabe des Empfangenen notwendige Ausgaben aus eigenem Vermögen erspart oder eigene Schulden getilgt hat und soweit die rechtsgrundlos erhaltene Leistung für die Bezahlung von Verbindlichkeiten ursächlich war (BGH, Urt. v. 27.10.2016 - IX ZR 160/14 -, NJW-RR 2017, 111). Die Partei, die sich auf Entreichung beruft, muss dabei die konkreten Ausgaben, die ohne die empfangene Leistung unterblieben wären, im Einzelnen darlegen (BGH, Urt. v. 27.10.2016 - IX ZR 160/14 -, NJW-RR 2017, 111). Vorliegend hat die Beklagte nach eigenen Angaben Gewinne ausgekehrt, was sie auch ohne die erlangten Einsätze des Klägers getan hätte. Damit ist aber in keiner Weise substantiiert dargelegt, dass ihr hierdurch kein bleibender Vorteil entstanden ist. Denn es kann selbst bei unterstellter vollumfänglicher Verwendung der erlangten Einsätze des Klägers zur Ausschüttung von anderweitigen Gewinnen - dann davon ausgegangen werden, dass die sonst dafür vorgesehenen Mittel noch in ihrem Vermögen vorhanden sind, nachdem die Beklagte selbst ausgeführt hat, dass sie die Gewinne auch ohne die Einsätze des Klägers aus anderen Mitteln ausgezahlt hätte.
- ⁶⁵ Der Rückforderungsanspruch des Klägers wegen der Nichtigkeit der dem Glücksspiel zugrundeliegenden Vereinbarung scheidet auch nicht an § 762 Abs.1 S.2 BGB (vgl. BGH, Urt. v. 22.04.1997 - XI ZR 191/96 -). Ist nämlich der Spiel- oder Wettvertrag - wie hier - nach §§ 134, 138 BGB oder aus einem anderen Grund unwirksam, beurteilt sich die Rückforderung rechtsgrundlos erbrachter Leistungen nach §§ 812, 814, 817 BGB (Münchener Kommentar [Habersack], BGB, 8.Aufl., § 762 Rn.13, 24 m.w.N.).
- ⁶⁶ Der Rückzahlungsanspruch ist vorliegend auch nicht wegen Rechtsmissbräuchlichkeit gemäß §242 BGB infolge eines Verstoßes gegen das Verbot des venire contra factum proprium ausgeschlossen. Angesichts des eigenen gesetzwidrigen Handelns ist die Beklagte schon nicht - jedenfalls nicht im Verhältnis zu ihrem Kunden - vorrangig schutzwürdig (vgl. OLG Hamm, Beschl. v. 12.11.2021 - 12 W 13/21, ZfWG 2022, 91), zumal sie selbst den Weg zur Teilnahme an dem Online-Glücksspiel eröffnet hat, der Kläger sich den Zugang nicht etwa erschlichen hat und im Übrigen auch bereit ist, sich die Gewinne anrechnen zu lassen (vgl. OLG Braunschweig, Beschl. v. 03.12.2021 - 8 W 20/21 -, Anlage BE21, Anlagenband II). Abgesehen davon schafft § 817 S.2 BGB in Fällen wie dem vorliegenden bei beiderseitigem Gesetzesverstoß bereits einen angemessenen Ausgleich im Sinne des Bereicherungsschuldners, so dass das Ergebnis der Anwendung des § 817 S.2 BGB in der Regel - so auch hier - nicht über §242 BGB in sein Gegenteil verkehrt werden darf.
- ⁶⁷ Nach alledem kann offenbleiben, ob die Forderung auch deliktsrechtlich begründet wäre, insbesondere, ob § 4 Abs.1 S.2, Abs.4 GlüStV und §§ 284f. StGB Schutzgesetze im Sinne von §823 Abs.2 BGB darstellen (für den Fall der Inanspruchnahme der eigenen Bank des Spielers/Zahlers verneinend: Senat, Beschl. v. 26.04.2021 - 23 U 94/20).
- ⁶⁸ Die Voraussetzungen für ein Vorgehen nach § 522 Abs.2 S.1 ZPO i.d.F. des Gesetzes vom 21.10.2011 (BGBl. I S.2082) liegen vor.
- ⁶⁹ Schließlich regt der Senat an, eine Rücknahme der Berufung zu prüfen. Etwaiger neuer Vortrag ist nach der ZPO nur in sehr engen Grenzen zulässig. Die Rücknahme hätte die Halbierung der Gerichtskosten zweiter Instanz zur Folge, § 3 Abs.2 GKG i.V.m. KV-Nr.1222.