
Datum: 06.05.2024
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 19. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 19 U 82/23
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2024:0506.19U82.23.00

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 15.06.2023 verkündete Urteil der 30. Zivilkammer des Landgerichts Köln– Einzelrichter – zum Az. 30 O 280/22 wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Beklagte.

Dieses Urteil und das angefochtene Urteil sind vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des aus dem Urteil vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 29.959,78 € festgesetzt.

Gründe

I.

Wegen des erstinstanzlichen Sachvortrags, des Hergangs des erstinstanzlichen Verfahrens und wegen der erstinstanzlich gestellten Anträge wird auf den Tatbestand der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und die Beklagte zur Zahlung von 29.959,78 € nebst Rechtshängigkeitszinsen verurteilt.

1

2

3

4

5

Zur Begründung hat es ausgeführt, die internationale Zuständigkeit ergebe sich aus Art. 17 Abs. 1, 18 Abs. 1 EuGVVO. Der Kläger sei als Verbraucher anzusehen. Die Beklagte richte ihre Tätigkeit auch auf Deutschland aus, da ihre Angebote im Internet gerade auch in deutscher Sprache verfügbar seien, obwohl sie ihren Sitz in K. habe, wo Deutsch weder Amts- noch Umgangssprache sei. In der Sache bestehe ein Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. BGB. Deutsches Recht sei nach Art. 6 Abs. 1 lit. B Rom-I-VO anwendbar, da der Anspruch in einem Verbrauchervertrag wurzele, wobei der Kläger als Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland habe und die Beklagte als Unternehmerin ihre gewerbliche Tätigkeit auf Deutschland ausgerichtet habe. Dass der Kläger in der Zeit zwischen Oktober 2019 und Juli 2020 einen Verlustsaldo in der zuerkannten Höhe erlitten habe, sei ebenso unstreitig wie das Erlangen eines Vermögensvorteils in entsprechender Höhe auf Seiten der Beklagten. Es fehle an einem Rechtsgrund, da der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag über Online-Glücksspiele wegen Verstoßes gegen § 4 Abs. 4 GlüStV 2012 nach § 134 BGB nichtig sei. § 4 Abs. 4 GlüStV 2012 sei wirksam und mit Unionsrecht vereinbar gewesen. § 762 Abs. 1, S. 2 BGB stehe nicht entgegen, da dies die Wirksamkeit des Vertrages voraussetze, an der es fehle. Auch § 817 S. 2 BGB stehe nicht entgegen. Der Kläger habe bei seiner persönlichen Anhörung glaubhaft ausgeführt, dass ihm während des in Rede stehenden Zeitraums nie der Gedanke gekommen sei, das Glücksspielangebot der Beklagten könne illegal sein, zumal es auch im Fernsehen beworben worden sei. Ohnehin sei aber § 817 S. 2 BGB vorliegend nicht anwendbar, weil dies dem Schutzzweck der die Nichtigkeit des Vertrages begründenden Norm zuwiderliefe, zumal die Regelungen des GlüStV 2012 dazu bestimmt seien, Spielteilnehmer vor suchtfördernden, ruinösen oder betrügerischen Erscheinungsformen des Glücksspiels zu schützen. Auch § 814 BGB und § 242 BGB stünden der Rückforderung vorliegend nicht entgegen.

Hiergegen wendet sich die Beklagte mit ihrer Berufung.

6

Sie macht geltend, ihr Glücksspielangebot sei auch in dem in Rede stehenden Zeitraum vor Konzessionserteilung legal gewesen, da § 4 Abs. 4 GlüStV 2012 unionsrechtswidrig gewesen sei (S. 2-17, 23-45 der Berufungsbegründungsschrift, Bl. 115-129, 135-157 d. A.). Auch handle es sich bei § 4 Abs. 4 GlüStV nicht um ein Verbotsgesetz i. S. d. § 134 BGB (S. 45-52 der Berufungsbegründungsschrift, Bl. 157-164 d. A.). Auch hätten die Verwaltungsbehörden die Tätigkeit der Beklagten geduldet, was der Annahme von Nichtigkeit nach § 134 BGB entgegenstehe (S. 52 f. der Berufungsbegründungsschrift, Bl. 164 f. d. A.). Die Beklagte trägt vor, es stehe fest, dass der „glücksspielerfahrene Kläger“ von der möglichen Illegalität seines Handelns Kenntnis erlangt und treuwidrig weitergespielt habe (S. 18 der Berufungsbegründungsschrift, Bl. 130 d. A.). Zu § 817 S. 2 BGB trägt die Beklagte vor, aufgrund der medialen Berichterstattung habe dem Kläger bekannt sein müssen, dass Zweifel an der Legalität des von ihm genutzten Glücksspielangebotes bestanden (S. 53-56 der Berufungsbegründungsschrift, Bl. 165-168 d. A.). § 817 S. 2 BGB sei nicht teleologisch zu reduzieren (S. 57-62 der Berufungsbegründungsschrift, Bl. 169-174 d. A.). Ferner scheitere ein Anspruch an § 762 BGB (S. 62-64 der Berufungsbegründungsschrift, Bl. 174-176 d. A.).

7

Die Beklagte vertritt unter Verweis auf Beschränkungen des K. Rechts die Ansicht, es könne nur eine Bereicherung in Höhe von maximal 15 % der Einsätze angenommen werden, da Glücksspielbetreiber verpflichtet seien, die Einsätze auf Treuhandkonten zu verwahren und eine auf alle Spieler bezogene Mindestausschüttungsquote von 85 % zu beachten hätten (S. 64 f. der Berufungsbegründungsschrift, Bl. 176 f. d. A.). Auch erläutert die Beklagte ihren Rechtsstandpunkt, es könne kein Anspruch aus §§ 823 Abs. 2 i.V.m. §§ 4 Abs. 4 GlüStV bzw. § 284 StGB angenommen werden (S. 65-77 der Berufungsbegründungsschrift, Bl. 177-189 d. A.).

8

Schließlich erläutert die Beklagte ihre Ansicht, im Hinblick auf das Vorabentscheidungsverfahren des Europäischen Gerichtshofs Az. C-440/23 sei eine Aussetzung des Verfahrens veranlasst (S. 79-90 der Berufungsbegründungsschrift, Bl. 191-202 d. A.).	9
Die Beklagte beantragt,	10
das am 15.06.2023 verkündete Urteil des Landgerichts Köln Az.: 30 O 280/22 abzuändern und die Klage abzuweisen,	11
hilfsweise,	12
das Urteil aufzuheben und den Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht Köln zurückzuverweisen,	13
sowie,	14
den Rechtsstreit bis zur Erledigung des Vorabentscheidungsverfahrens des Europäischen Gerichtshofs Az. C-440/23 gemäß § 148 ZPO analog auszusetzen.	15
Der Kläger beantragt,	16
die Berufung zurückzuweisen.	17
Er verteidigt das angegriffene Urteil gegenüber den Angriffen der Berufung und wiederholt und vertieft hierzu seinen erstinstanzlichen Vortrag. Ferner wendet er sich gegen den Aussetzungsantrag der Beklagten.	18
II.	19
Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg.	20
1.	21
Die Klage ist zulässig, insbesondere ist die internationale Zuständigkeit gegeben. Diese folgt aus Art. 18 Abs. 1 EuGVVO, da es sich bei dem Kläger um einen Verbraucher im Sinne von Art. 17 Abs. 1 EuGVVO handelt. Als Verbraucher ist (in autonomer Auslegung) jede natürliche Person anzusehen, die Verträge zur Deckung ihres privaten Eigenbedarfs schließt, sofern diese nicht ihrer gegenwärtigen oder zukünftigen beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden können. Verbraucher ist daher auch die Person, die einen Vertrag über die Teilnahme an Online-Sportwetten, Online-Poker oder anderen Online-Glücksspielen mit dem Ziel abschließt, daraus erhebliche Gewinne zu erwirtschaften (Gottwald in: Münchener Kommentar zur ZPO, Band 3, 6. Auflage 2022, Art. 17 Brüssel Ia-VO, Rn. 2).	22
Auch richtet die Beklagte ihre Tätigkeit auf Deutschland aus. So sind ihre Glücksspielangebote gerade auch in deutscher Sprache verfügbar und hat die Beklagte ihr Angebot im hier in Rede stehenden Zeitraum unstreitig im deutschsprachigen Fernsehen beworben. Wird den Verbrauchern auf der Website die Verwendung einer anderen Sprache als derjenigen ermöglicht, die in dem Mitgliedstaat des Gewerbetreibenden üblicherweise verwendet wird, so kann dies einen Anhaltspunkt bilden, der die Annahme erlaubt, dass die Tätigkeit des Gewerbetreibenden auf andere Mitgliedstaaten ausgerichtet ist (EuGH, Urteil vom 07.12.2010 - C-585/08, C-144/09, juris Rn. 84). Vorliegend kommt durch das Angebot in	23

deutscher Sprache und die für den deutschen Sprachraum geschaltete Werbung die Absicht der Beklagten zum Ausdruck, um deutsche Kunden zu werben. Von der Regelung gemäß Art. 17, 18 EuGVVO erfasst sind auch Bereicherungsansprüche als Folge der Rückabwicklung des Vertrages (Gottwald, a.a.O., Rn. 5).

In der Rechtsfolge kann der Kläger als Verbraucher nach Art. 18 Abs. 1 EuGVVO den Gerichtsstand an seinem Wohnsitz wählen, der neben der internationalen zugleich auch die örtliche Zuständigkeit umfasst (vgl. Gottwald, a.a.O., Art. 18 Brüssel Ia-VO, Rn. 4). 24

2. 25

Die Klage ist in dem vom Landgericht ausgesprochenen Umfang auch begründet. 26

a) 27

Die Anwendung deutschen Rechts folgt aus Art. 6 Abs. 1 lit b) Rom-I-VO. Hiernach unterliegt ein Verbrauchervertrag dem Recht des Staates, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, sofern der Unternehmer seine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit auf diesen Staat ausrichtet und der Vertrag in den Bereich dieser Tätigkeit fällt. Diese Voraussetzungen sind vorliegend aufgrund der zur internationalen Zuständigkeit aufgezeigten Umstände erfüllt. 28

b) 29

Dem Kläger steht gegen die Beklagte aus § 812 Abs. 1, S. 1, 1. Alt. BGB ein Anspruch in der vom Landgericht zuerkannten Höhe zu. 30

aa) 31

Die Beklagte hat einen Vermögensvorteil durch Gutschrift der Spieleinsätze des Klägers auf ihren Konten erlangt. 32

Unter einer Leistung im Sinne des § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB ist die bewusste und zweckgerichtete Vermehrung fremden Vermögens zu verstehen, wobei für die Bestimmung der Personen des Leistenden und des Empfängers aus objektivierter Empfängersicht auf den Zweck abzustellen ist, den die Beteiligten im Zeitpunkt der Zuwendung nach ihrem zum Ausdruck gekommenen Willen mit der Zuwendung verfolgt haben – entscheidend ist, wie eine vernünftige Person in der Lage des Empfängers die Zuwendung nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte verstehen musste und durfte (BGH, Urteile vom 14.01.2016 – III ZR 107/15, juris, Rn. 34; vom 25.02.2016 – IX ZR 146/15, juris, Rn. 21; vom 31.01.2018 – VIII ZR 39/17, juris, Rn. 17). Diese Grundsätze sind auch für den Bereicherungsausgleich in Mehrpersonenverhältnissen anzuwenden (BGH, Urteil vom 14.01.2016 - III ZR 107/15, juris, Rn. 34; vom 31.01.2018 – VIII ZR 39/17, juris, Rn. 17). 33

Vorliegend musste die Beklagte die Zahlungen des Klägers als an sie gerichtete Zuwendungen verstehen, da der Kläger sie erbrachte, um damit eine notwendige Vorbedingung für die Teilnahme an Spielen aus dem auf der Website der Beklagten dargestellten Online-Glücksspielangebot zu erfüllen. 34

bb) 35

Die Annahme eines Vermögenszuflusses wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass die Beklagte die Gutschriften auf Treuhandkonten gebucht hat und auf diese Weise einer ihr 36

durch das K. Recht auferlegten Rechtspflicht genügt haben mag (S. 64 f. der Berufungsbegründungsschrift, Bl. 176 f. d. A.). Die treuhänderische Bindung und die Beschränkungen des K. Rechts ändern nichts daran, dass es sich um Buchungen auf Konten der Beklagten handelte, über die sie nach Entfallen der treuhänderischen Bindung würde frei verfügen können. Es wäre widersinnig, einen Rückforderungsanspruch aus § 812 BGB daran scheitern lassen zu wollen, dass das Gutschriftskonto einer treuhänderischen Bindung zugunsten des zurückfordernden Spielers unterlegen haben mag. Soweit die Gewinnauszahlungsansprüche hatten gesichert werden sollen, ist überdies davon auszugehen, dass diese mittlerweile abgewickelt sind; jedenfalls trägt auch die Beklagte nicht vor, dass noch offene Gewinnansprüche bestünden oder geltend gemacht würden.

cc) 37

Die zwischen dem Kläger und der Beklagten zustande gekommenen Verträge sind gemäß § 134 BGB nichtig, da sie gegen § 4 Abs. 1, Abs. 4 GlüStV 2012 verstießen. Diese unionsrechtskonformen Regelungen stellen ein gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB dar (BGH, Beschluss vom 22.03.2024 – I ZR 88/23, juris, Rn. 12, 19 ff.). 38

aaa) 39

Nach § 4 Abs. 4 GlüStV 2012 war das Veranstellen von Glücksspielen im Internet verboten. 40

Die Vorschrift des § 4 Abs. 4 GlüStV 2012 war im fraglichen Zeitraum wirksam und auch materiell mit dem Unionsrecht vereinbar, insbesondere stellte sie keine inkohärente Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs gemäß Art. 56 AEUV dar (vgl. hierzu ausführlich: BGH, Urteil vom 28.09.2011 - I ZR 92/09, juris, Rn. 33 ff. zur gleichlautenden Norm des § 4 Abs. 4 GlüStV 2008; BGH, Urteil vom 22.07.2021 - I ZR 194/20, juris, Rn. 45; BVerwG, Urteil vom 26.10.2017 - 8 C 18/16, juris, Rn. 38 ff.; OLG Frankfurt, Beschluss vom 08.04.2022 - 23 U 55/21, juris, Rn. 48; OLG Köln, Urteil vom 10.05.2019 - 6 U 196/18, juris, Rn. 70, 82; Senatsurteile vom 31.10.2022, 19 U 51/22, juris, Rn. 53 und vom 17.11.2023, 19 U 123/22, juris, Rn. 28; OLG Karlsruhe, Urteil vom 06.04.2023 - 14 U 256/21, juris, Rn. 60-71; OLG Dresden, Urteil vom 31.05.2023 - 13 U 1753/22, BeckRS 2023, 12231, Rn. 30ff.). 41

Dass der von § 4 Abs. 4 GlüStV 2012 bewirkte Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit des Art. 56 AEUV gerechtfertigt ist, wird nicht dadurch infrage gestellt, dass das Verbot im Glücksspielstaatsvertrag 2021 zu Gunsten eines Verbots mit Erlaubnisvorbehalt entfallen ist. Denn entgegen der Auffassung der Beklagten ergibt sich aus der Öffnung des Onlinemarkts für Glücksspiele mit dem Glücksspielstaatsvertrag 2021 nicht, dass sich die besondere Gefährlichkeit des Online-Glücksspiels nicht bewahrheitet hätte. Die Neuregelung stellt sich vielmehr als eine Reaktion auf die nach Inkrafttreten des GlüStV 2012 zu verzeichnende Entwicklung dar, dass das Verbot von Online-Glücksspielen den (insbesondere vom Ausland aus operierenden) Schwarzmarkt nicht eindämmen konnte, sondern dieser sogar angewachsen ist mit der Folge, dass die weiterhin geltenden Ziele des § 1 S. 1 GlüStV 2012 nicht effektiv verwirklicht werden konnten; darauf, dass das Internetverbot zur Erreichung dieser Ziele von vornherein ungeeignet war, kann hieraus nicht geschlossen werden (vgl. hierzu ausführlich OLG Brandenburg, Urteil vom 16.10.2023 - 2 U 36/22, juris, Rn. 45 ff.). 42

bbb) 43

Daneben liegen auch Verstöße gegen die Vorschrift des § 4 Abs. 1 GlüStV 2012 vor. 44

45

Nach § 4 Abs. 1 GlüStV 2012 durften öffentliche Glücksspiele nur mit Erlaubnis der zuständigen Behörde des jeweiligen Landes veranstaltet oder vermittelt werden und das Veranstalten und das Vermitteln ohne diese Erlaubnis (unerlaubtes Glücksspiel) war verboten.

Mangels Erlaubnis war das Angebot des Online-Glücksspiels formell rechtswidrig. 46

Unstreitig verfügte die Beklagte nicht über eine Erlaubnis der für den Wohnsitz des Klägers in Nordrhein-Westfalen zuständigen nationalen Behörde und ermöglichte es dem in Köln/Nordrhein-Westfalen wohnhaften Kläger dennoch, im mit der Klage geltend gemachten Umfang an von der Beklagten veranstalteten Internet-Glücksspielen teilzunehmen. 47

ccc) 48

Es kann auch nicht von einem Erlaubnisäquivalent etwa in Form einer aktiven Duldung ausgegangen werden. Dass dahingehende Äußerungen oder sonstiges Verhalten der zuständigen Behörde gegenüber der Beklagten im hier maßgeblichen Zeitraum erfolgten, trägt die Beklagte selbst nicht vor. 49

Eine aktive Duldung ergibt sich insbesondere nicht aus dem Umlaufbeschluss der Cheffinnen und Chefs der Staats- und Senatskanzleien der Länder vom 08.09.2020. Hierin heißt es zwar, dass der Vollzug gegen unerlaubte Glücksspielangebote auf diejenigen Anbieter konzentriert werde, bei denen abzusehen sei, dass sie sich der voraussichtlichen zukünftigen Regulierung entziehen wollen (S. 4 des Umlaufbeschlusses). Eine Erklärung, dass die unerlaubten Internet-Glücksspielangebote der weiteren Anbieter akzeptiert würden, ist hiermit aber ersichtlich nicht verbunden (siehe zur fehlenden Legalisierungswirkung des Umlaufbeschlusses auch: BGH, Urteil vom 22.07.2021 - I ZR 194/20, juris, Rn. 52 ff.; Beschluss vom 22.03.2024 – I ZR 88/23, juris, Rn. 25). Entsprechendes gilt für die gemeinsamen Leitlinien der obersten Glücksspielaufsichtsbehörden der Länder vom 30.09.2020 darüber, in welchen Fällen die Vollzugsbehörden gegen unerlaubte Glücksspielangebote einschreiten sollen und in welchen nicht. Diese das Eingriffsermessen der Vollzugsbehörden steuernde Vorgehensweise diene ausschließlich einer einheitlichen kapazitätswahrenden Vorgehensweise der Exekutive im Vorgriff auf eine erwartete Neuregulierung (vgl. OVG NRW, Urteil vom 10.03.2021 - 4 A 3178/19, juris, Rn. 63). 50

Überdies würde das Nichtigkeitsverdikt durch eine etwaige passive oder aktive Duldung des Internet-Glücksspielangebots der Beklagten durch die für eine etwaige Ahndung zuständigen Behörden ohnehin nicht in Frage gestellt. Denn die Frage des durch zivilrechtliche Anspruchsgrundlagen gewährten Schutzes privater (natürlicher oder juristischer) Personen einerseits und die Frage der verwaltungsbehördlichen Durchsetzung öffentlich-rechtlicher Verhaltenspflichten andererseits sind grundsätzlich unabhängig voneinander zu beantworten. Der Bestand und die Durchsetzbarkeit eines zivilrechtlichen Anspruchs (hier aus § 812 Abs. 1 BGB) hängt nicht davon ab, ob mit einer Durchsetzung öffentlich-rechtlicher Verhaltenspflichten seitens der zuständigen Behörden zu rechnen ist, weshalb eine Berufung darauf, die zuständige Verwaltungsbehörde sei gegen einen Gesetzesverstoß nicht vorgegangen, zivilrechtlich nicht verhängt und insbesondere der Anwendung von § 134 BGB nicht entgegensteht (vgl. BGH, Urteil vom 22.07.2021 - I ZR 194/20, juris, Rn. 53; KG, Urteil vom 06.10.2020 - 5 U 72/19, juris, Rn. 53; OLG Frankfurt, Beschluss vom 08.04.2022 - 23 U 55/21, juris, Rn. 49; OLG Dresden, Urteil vom 27.10.2022 - 10 U 736/22, juris, Rn. 48 ff.). 51

ddd) 52

53

Die in K. erteilte Lizenz machte eine von der zuständigen nationalen Behörde erteilte Lizenz nicht entbehrlich. Eine Pflicht zur Anerkennung der K. Lizenz bestand nicht (vgl. EuGH, Urteil vom 08.09.2010 - C-316/07, juris, Rn. 112).

eee)

54

Der Nichtigkeit gemäß § 134 BGB steht auch nicht entgegen, dass sich die Verbotsnorm des § 4 GlüStV 2012 nur an die Beklagte, nicht jedoch an den Kläger richtet. Betrifft das gesetzliche Verbot nur einen Vertragspartner, so hat dies zwar 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. BGH, Urteile vom 22.05.1978 - III ZR 153/76, juris, Rn. 17 und vom 12.05.2011 - III ZR 107/10, juris, Rn. 12 m.w.N.). Sinn und Zweck der Verbote des GlüStV 2012 war insbesondere auch die Verhinderung der Entstehung von Spielsucht sowie der Jugend- und Spielerschutz (vgl. BGH, Beschluss vom 22.03.2024 – I ZR 88/23, juris, Rn. 28-31; OLG Karlsruhe, Urteil vom 06.04.2023 - 14 U 256/21, juris, Rn. 59). Diesen Zielen liefe es zuwider, geschlossene Verträge über Online-Glücksspiele trotz des Verbots als wirksam anzusehen (BGH, a.a.O.; vgl. auch Vossler in: BeckOGK, BGB, Stand: 01.03.2024, § 134 BGB, Rn. 221 m.w.N.).

55

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 13.09.2022 (XI ZR 515/21, juris). Hiernach ist aufgrund des Zusammenhangs mit der Norm des § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 GlüStV 2012 der gesetzgeberische Wille anzunehmen, dass durch § 4 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 GlüStV 2012 nicht in das zivilrechtliche Schuldverhältnis zwischen Zahlungsdienstleister und Zahlungsdienstnutzer eingegriffen werden sollte (BGH, a.a.O., Rn. 16). Diese Überlegung ist indes auf die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Verbot, unerlaubtes Glücksspiel zu betreiben, nicht zu übertragen (BGH, Beschluss vom 22.03.2024 – I ZR 88/23, juris, Rn. 39). Die Interessen des einzelnen Spielers mögen es nicht rechtfertigen, ihn durch die Nichtigkeit der von ihm bewirkten Zahlungsautorisierung vor den wirtschaftlichen Folgen des Glücksspiels zu schützen, während sie gleichwohl eine Nichtigkeit des über das verbotene Glücksspiel selbst geschlossenen Vertrags erfordern können; den Gesetzesmaterialien lässt sich nämlich entnehmen, dass hinsichtlich der Zahlungsdienstleister nur eine subsidiäre Inanspruchnahme nach § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 GlüStV 2012 ermöglicht werden sollte (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 21.03.2023 - 21 U 116/21, juris, Rn. 29). Sieht man § 4 Abs. 1 S. 2 GlüStV 2012 und § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 GlüStV 2012 im Zusammenhang, ergibt sich, dass § 4 Abs. 1 S. 2 GlüStV 2012 lediglich die gesetzliche Grundlage dafür schafft, dass die Glücksspielaufsicht die Mitwirkung gemäß § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 GlüStV 2012 untersagt und so das Verbot aus § 4 Abs. 1 S. 2 GlüStV 2012 konkretisiert; Zweck dieser Verknüpfung ist es ersichtlich, auf diesem mittelbaren Weg die Glücksspielveranstalter zu treffen, die ihren Sitz regelmäßig im Ausland haben und deshalb für deutsche Verwaltungsbehörden nicht erreichbar sind (vgl. OLG Köln, Urteil vom 23.06.2022 - 18 U 8/21, juris, Rn. 54). Entsprechend konnte dem gesetzlichen Verbot durch verwaltungs- und/oder strafrechtliche Maßnahmen gerade kein hinreichender Nachdruck verliehen werden, so dass es unabdingbar ist, im Falle unerlaubten Glücksspiels eine zivilrechtliche Nichtigkeit nach § 134 BGB anzunehmen (vgl. BGH, Beschluss vom 22.03.2024 – I ZR 88/23, juris, Rn. 30; OLG Karlsruhe, Urteil vom 06.04.2023 - 14 U 256/21, juris, Rn. 87).

56

dd)

57

58

Die Rückforderung ist vorliegend nicht gemäß § 762 Abs. 1 S. 2 BGB ausgeschlossen, da die Regelung nur dann anzuwenden ist, wenn der Spiel- oder Wettvertrag wirksam ist (vgl. Haertlein in: BeckOGK, BGB, Stand: 01.01.2024, § 762 BGB Rn. 116). Verstößt der Spiel- oder Wettvertrag dagegen – wie vorliegend – gegen ein gesetzliches Verbot, ist der Rückforderungsausschluss nach § 762 Abs. 1 S. 2 BGB nicht anwendbar (vgl. BGH, Urteil vom 12.07.1962 - VII ZR 28/61, juris, Rn. 15; Laukemann in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK, BGB, 10. Aufl., Stand: 14.07.2023, § 762 BGB, Rn. 42).

ee) 59

Der Rückforderung steht auch nicht die Vorschrift des § 817 S. 2 BGB entgegen. Der Ausschluss der Rückforderung nach dieser Vorschrift greift nur ein, wenn der Leistende vorsätzlich verbots- oder sittenwidrig gehandelt oder sich der Einsicht in das Verbots- oder Sittenwidrige seines Handelns leichtfertig verschlossen hat (vgl. BGH, Urteile vom 26.01.2006 - IX ZR 225/04, juris, Rn. 28; vom 14.12.2016 - IV ZR 7/15, juris, Rn. 43 und vom 01.10.2020 - IX ZR 247/19, juris, Rn. 33). 60

Diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht erfüllt. 61

Wendet der Bereicherungsschuldner ein, dass dem Leistenden ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten zur Last fällt, so trägt er hierfür die Darlegungs- und Beweislast, da es sich bei § 817 S. 2 BGB um eine rechtshindernde Einwendung handelt (vgl. Schwab in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Auflage 2024, § 817 BGB, Rn. 91). Ihrer Darlegungs- und Beweislast im Hinblick auf einen Gesetzesverstoß des Klägers ist die Beklagte indes nicht nachgekommen. Insbesondere kann von einem Verstoß des Klägers gegen § 285 StGB nicht ausgegangen werden. Dieser erforderte zumindest bedingten Vorsatz. Einen solchen hat die Beklagte indes nicht hinreichend dargetan. 62

Vielmehr ist auf Grundlage der Tatsachenfeststellung des Landgerichts, gegenüber deren Vollständigkeit und Richtigkeit keine Zweifel bestehen (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO) davon auszugehen, dass der Kläger erst nach Tätigung der streitgegenständlichen Spieleinsätze von der Möglichkeit der Rechtswidrigkeit des von der Beklagten auf ihrer Website dargebotenen Glücksspielangebotes Kenntnis genommen hat. Insbesondere bestehen keine Bedenken dagegen, dass das Landgericht seine Überzeugung auf die Bekundungen des als Partei informatorisch angehörten Klägers gestützt hat (st. Rspr., vgl. nur BGH, Beschluss vom 27.09.2017, XII ZR 48/17, juris, Rn. 12 m.w.N.). 63

Es kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass der Kläger sich der Erkenntnis der Unerlaubtheit des Glücksspielangebots der Beklagten leichtfertig verschlossen hätte. Insbesondere kann der Inhalt von § 4 GlüStV 2012, zumal bei einem juristischen Laien, nicht ohne weiteres als bekannt vorausgesetzt werden. 64

Eine allgemeine Bekanntheit lässt sich auch nicht aus Beiträgen in der Presseberichterstattung ableiten. Diese haben auch bei Zugrundelegung des Beklagtenvorbringens jedenfalls kein solches Ausmaß erreicht, dass eine allgemeine Kenntnis bei Spielern mit durchschnittlichem Medienkonsum nach der Lebenserfahrung zu erwarten wäre. 65

ff) 66

67

Jedenfalls aber wäre – wollte man Vorsatz oder ein leichtfertiges Sich-Verschließen auf Seiten des Klägers annehmen – eine teleologische Reduktion von § 817 S. 2 BGB vorzunehmen. Unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck des in Rede stehenden Verbotsgesetzes kann eine einschränkende Auslegung der Vorschrift geboten sein (vgl. BGH, Urteile vom 31.05.1990 - VII ZR 336/89, juris, Rn. 14 f. und vom 10.11.2005 - III ZR 72/05, juris, Rn. 11 ff.), da der Schutzzweck der jeweiligen nichtigkeitsbegründenden Norm innerhalb der Leistungskondition nicht dadurch konterkariert werden darf, dass der durch sie zu verhindernde sittenwidrige Zustand über § 817 S. 2 BGB perpetuiert wird, wodurch überdies womöglich weiterem sitten- oder verbotswidrigen Handeln Vorschub geleistet würde (vgl. BGH, Urteile vom 13.03.2008 - III ZR 282/07, juris, Rn. 10 und vom 18.12.2008 - III ZR 132/08, juris, Rn. 14). Die Regelungen des GlüStV 2012 sind – wie ausgeführt – u. a. dazu bestimmt, dem Schutz der Spielteilnehmer vor suchtfördernden, ruinösen und/oder betrügerischen Erscheinungsformen des Glücksspiels zu schützen. Auch die konkret einschlägigen Verbotsnormen gemäß § 4 Abs. 1 und § 4 Abs. 4 GlüStV 2012 verfolgen jedenfalls unter anderem den Zweck des Spielerschutzes. Diese Intention der Verbotsgesetze würde jedoch unterlaufen, wenn die Spieleinsätze konditionsfest wären, also dem Anbieter des verbotenen Glücksspiels dauerhaft verblieben (so auch Senatsurteile vom 31.10.2022 - 19 U 51/22, juris, Rn. 67; vom 17.11.2023 - 19 U 123/22, juris, Rn. 43; OLG Dresden, Urteile vom 27.10.2022 - 10 U 736/22, juris, Rn. 56 ff. und vom 31.05.2023 - 13 U 1753/22, BeckRS 2023, 12231, Rn. 51; OLG München, Beschluss vom 20.09.2022 - 18 U 538/22, juris, Rn. 24).

gg) 68

Da eine positive Kenntnis des Klägers vom Nichtbestehen seiner Leistungspflicht - wie ausgeführt - nicht angenommen werden kann, steht der Rückforderung auch nicht § 814 BGB entgegen. 69

hh) 70

Der Rückzahlungsanspruch ist vorliegend auch nicht wegen Rechtsmissbräuchlichkeit gemäß § 242 BGB ausgeschlossen. 71

Ein Vertrauenstatbestand zugunsten der Beklagten kann schon aufgrund ihres eigenen gesetzeswidrigen Handelns nicht angenommen werden. Vor diesem Hintergrund erscheinen ihre Interessen auch nicht als vorrangig schutzwürdig im Sinne von § 242 BGB. Hinzukommt, dass die Beklagte es unterließ, einen ihr ohne weiteres möglichen Hinweis dahin zu erteilen, dass ihr Online-Glücksspielangebot in Nordrhein-Westfalen wegen Fehlens einer Lizenz unzulässig war oder sein könnte. Dass das Behalten von Geldern, die die Beklagte durch die rechtswidrige Veranstaltung von Online-Glücksspielen eingenommen hat, besonders schutzwürdig wäre, ist nicht ersichtlich. Im Ergebnis ist die Zurückforderung der Spieleinsätze nicht treuwidrig (so auch: Senatsurteile vom 31.10.2022 - 19 U 51/22, juris, Rn. 72; vom 17.11.2023 - 19 U 123/22, juris, Rn. 45; OLG Braunschweig, Beschluss vom 03.12.2021 - 8 W 20/21, BeckRS 2021, 55956, Rn. 17; OLG Hamm Beschluss vom 12.11.2021 - 12 W 13/21, BeckRS 2021, 37639, Rn. 23; OLG Karlsruhe, Urteil vom 06.04.2023 - 14 U 256/21, juris, Rn. 107 ff.; OLG Dresden, Urteil vom 31.05.2023 - 13 U 1753/22, BeckRS 2023, 12231, Rn. 52). 72

ii) 73

Der Anspruch gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB ist auf Rückzahlung der Einzahlungen abzüglich der Auszahlungen gerichtet. Ein weitergehender Abzug ist nicht vorzunehmen. 74

Ein Abzug im Hinblick auf eine Gegenleistung kommt insbesondere nicht nach den Grundsätzen der Saldotheorie über § 818 Abs. 2 BGB in Betracht. Für jede Partei ist danach zunächst der Saldo zu ermitteln, der durch Verrechnung aller mit dem Vertrag verbundenen Vorteile und Nachteile gewonnen wird, wobei zu den Nachteilen insbesondere auch die hingegebene Gegenleistung gehört; nur gegen diejenige Partei, auf deren Seite ein positiver Saldo verbleibt, besteht in Höhe des Saldos ein Bereicherungsanspruch (vgl. Wendehorst in: BeckOK-BGB, 69. Edition, Stand: 01.02.2024, § 818 BGB, Rn. 104). Hierfür reicht der Verweis auf ein Genussmoment auf Seiten des Klägers als Bereicherungsgläubigerin indes nicht aus. Auch hat es nach der Wertung des § 818 Abs. 3 BGB dabei zu verbleiben, dass ein Wertersatz nur insoweit geschuldet ist, als ein zugeflossener Vorteil in irgendeiner Form noch im Vermögen des Klägers vorhanden ist, was bei Zufluss von flüchtigen Genussmomenten nur bejaht werden kann, wenn anderweitige Aufwendungen erspart wurden, es sich also nicht – wie vorliegend – um Luxusaufwendungen handelte (vgl. BGH, Urteil vom 04.02.2016 - IX ZR 77/15, juris, Rn. 41).	75
c)	76
Der Zinsanspruch beruht als Anspruch auf Rechtshängigkeitszinsen auf den §§ 291, 288 Abs. 1 BGB.	77
III.	78
Das von der Beklagten angeführte Vorlageverfahren bei dem Europäischen Gerichtshof (C-440/23) gibt keinen Anlass, das Verfahren nach § 148 ZPO (analog) auszusetzen (ebenso: OLG Koblenz, Beschluss vom 30.1.2024, 1 U 1049/23; OLG Nürnberg, Beschluss vom 7.2.2024, 6 U 1264/23; OLG München, Beschluss vom 6.3.2024, 37 U 2242/23 (jeweils unveröffentlicht)).	79
Denn die angebrachten Vorlagefragen zur deutschen Glücksspielregulierung werfen keine entscheidungserheblichen Fragen zur Auslegung des Unionsrechts auf, die nicht bereits durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs geklärt oder nicht zweifelsfrei zu beantworten wären, da der Europäische Gerichtshof bereits mehrfach entschieden hat, dass die unionsrechtliche Kohärenzprüfung beschränkender Maßnahmen im Glücksspielsektor im Einzelfall Sache der nationalen Gerichte ist und der Europäische Gerichtshof die für diese Prüfung maßgeblichen Grundsätze des Unionsrechts bereits geklärt hat (vgl. BGH, Beschluss vom 22.07.2021 - I ZR 199/20, juris, unter Bezugnahme auf EuGH, Urteile vom 15.09.2011 - C-347/09, juris und vom 08.09.2010 - C-46/08, juris).	80
Dass der Bundesgerichtshof u. a. in dem Verfahren I ZR 53/23 das Revisionsverfahren mit Beschluss vom 10.01.2024 in entsprechender Anwendung des § 148 Abs. 1 ZPO bis zu einer Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union in dem anhängigen Verfahren C-440/23 ausgesetzt hat (vgl. Anlage BK 9 zum Beklagtenschriftsatz vom 11.03.2024, Bl. 388 f. d. A.), steht dem nicht entgegen, zumal der Beschluss keine Begründung enthält und die Aussetzung möglicherweise mit der Vorlagepflicht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV zusammenhängt, die den Senat nicht trifft. Im Übrigen besteht der Rückzahlungsanspruch des Klägers unabhängig von der Anwendung des § 4 Abs. 4 GlüStV 2012, da die Spielverträge auch gegen die Vorschrift des § 4 Abs. 1 GlüStV 2012 verstoßen. Auf die Norm des § 4 Abs. 1 GlüStV bezieht sich das vorgenannte Verfahren bei dem Gerichtshof der Europäischen Union indes nicht. Zwar wird die Norm in Vorlagefrage 2 erwähnt. Gefragt wird in Vorlagefrage 2 aber nach der Zulässigkeit eines generellen Verbotes von Online-Casino-Glücksspiel, welches in § 4 Abs. 4 GlüStV geregelt ist, wogegen § 4 Abs. 1 GlüStV einen Erlaubnisvorbehalt regelt, der in der Vorlagefrage 2 nicht erwähnt wird.	81

Im Übrigen macht der Senat von dem ihm nach § 148 Abs. 1 ZPO eingeräumten Ermessen Gebrauch, das Verfahren nicht auszusetzen. Bei der Ermessensausübung sind die Erfolgsaussichten des anderen Verfahrens und die mit der Aussetzung eintretende Verfahrensverzögerung gegeneinander abzuwägen (vgl. Wendtland in: BeckOK, ZPO, 52. Edition, Stand: 01.03.2024, § 148 Rn. 13 m.w.N.). Nach den vorstehenden Ausführungen erscheint dem Senat ein Ausgang des Vorabentscheidungsverfahrens im Sinne der Rechtsauffassung der Beklagten nicht in einem Maße als wahrscheinlich, welches es rechtfertigen könnte, dem Interesse des Klägers an der Vermeidung einer Verfahrensverzögerung einen geringeren Stellenwert beizumessen. 82

IV. 83

Die Zulassung der Revision beruht auf § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 ZPO. Da der Bundesgerichtshof mit Beschluss vom 07.12.2023 (I ZR 53/23, vgl. Anlage BK 7 zum Beklagtenschriftsatz vom 19.01.2024, Bl. 364 f. d. A.) in einem gleichgelagerten Verfahren die Revision zugelassen hat, erscheint eine Entscheidung des Revisionsgerichts als zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich. 84

V. 85

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 91, 97 ZPO, die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit auf den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO und die Festsetzung des Streitwertes auf den §§ 47, 48 GKG, 3 ZPO. 86