

Fortuna frisst (nicht nur) ihre Kinder ...

STEFAN PERNER
MARTIN SPITZER

ÖJZ 2024/123

Der Ausgangspunkt ist bekannt: Glücksspiel ist anrühlich, außer der Staat betreibt es selbst und profitiert davon: „Das Recht zur Durchführung von Glücksspielen ist [...] dem Bund vorbehalten“ (Glücksspielmonopol, § 3 GSpG), der – auch für „elektronische Lotterien“ (§§ 12 a, 14 ff GSpG) – Konzessionen vergeben kann und hat (win2day).

Wird das identische Online-Glücksspiel von einem nicht konzessionierten Unternehmen angeboten – etwa aus Malta in der Hoffnung auf Dienstleistungsfreiheit –, ist es verboten. Das haben schon so viele Höchstgerichte abgesegnet, dass es müßig ist, das Monopol noch einmal zu hinterfragen.

Seit Jahren beschäftigen daraus resultierende Spielerklagen die Gerichte. Sie begründen die Rückforderung von Verlusten mit dem Argument, dass konzessionslos und daher verbotenes Glücksspiel ja wohl nach § 879 Abs 1 ABGB nichtig sei, und zwar auch dann, wenn sie nach der Rückforderung von Anbieter A bei B weiterspielen, bevor sie die Verluste von B zurückfordern und – das Glück ist ein Vogerl – zu C weiterziehen. Beschwerden von Spielern, die gewonnen haben, waren demgegenüber selten. Jetzt hat ein Anbieter den Spieß umgedreht und Gewinne zurückgefordert: Wenn schon nichtig, dann absolut, also in beide Richtungen, was auch der OGH so sieht (8 Ob 21/24g).

Die Entscheidung regt zu einem Blick auf die historisch-zivilrechtlichen Grundlagen des Glücksspiels an: Schon Zeiller sorgte sich um „tausend kurzsichtige, schwachsinnige, oder leidenschaftliche Bürger samt ihren Familien“, die vor der „in mannigfaltiger Rücksicht sehr verderblichen Spielsucht“ bewahrt werden müssten (Zeiller, Kommentar III 669). Bei „unerlaubtem Spiel“ war es mit dem Schutz des Spielers aber nicht so weit her, Zeiller vertrat dafür nämlich sogar einen Kondiktionsausschluss und verwies auf den strafweisen Verfall in § 1174 ABGB: Wer wissentlich an unerlaubtem Spiel teilnahm, sollte keinen Bereicherungsanspruch haben (s noch SZ 19/184). Der Verlierer habe „am wenigsten Grund dazu, den moralischen Standpunkt hervorzukehren [...] und daher gewiß keinen Anlaß, sich darüber zu beklagen, daß der Ausgang des Spieles für ihn ungünstig war“ (GIUNF 3694). Obwohl auch die Urfassung des ABGB eine § 879 entsprechende Bestimmung (§ 878 Satz 2) kannte, wurde „ein Rückforderungsanspruch [...] während der langen und wiederholten Beratungen von keinem Mitglied der Gesetzgebungskommission auch nur erwähnt“ (Swoboda in Klang III 448).

Nach § 879 Abs 1 ABGB sind heute nur Verträge unwirksam, die gegen ein Inhaltsverbot verstoßen. Verfügt der Veranstalter „nur“ über keine Konzession, ist aber weniger der Inhalt des Glücksspiels problematisch. Das Glücksspiel könnte ja mit dem gleichen Inhalt vom inländischen Konzessionär völlig legal angeboten werden. Das bloße Fehlen einer Konzession berührt nach ständiger Rechtsprechung aber nicht die Wirksamkeit eines Vertrags. Wer konzessionslos als Architekt, Wirtschaftstreuhänder oder Steuerberater auftritt, erwirbt einen klagbaren vertraglichen Anspruch. Warum ist das beim Glücksspiel anders?

Werden keine Maßnahmen zum Spielerschutz verletzt (etwa weil im kleinen Glücksspiel um große Summen gespielt werden kann), lässt sich die Nichtigkeit des Spielvertrags – trotz fehlender Konzession – nicht einfach mit dem Schutz des Spielers begründen. So sieht das jetzt auch der OGH, der den Normzweck des Glücksspielmonopols anders auflädt. Es geht beim Monopol nicht nur – womöglich nicht einmal primär – um Spielerschutz, der Gesetzgeber „will Glücksspiele außerhalb des Monopols generell verhindern“. Sobald die Rückforderung durch den Anbieter „unter den Spielern allgemein bekannt wird, wird damit dem unerwünschten Geschäftsmodell insgesamt die Grundlage entzogen“.

Kombiniert man diesen Ansatz mit der bisherigen Judikatur zu Spielerklagen, ist das Ergebnis aber vorgezeichnet: Nach § 2 Abs 4 GSpG sind konzessionslose Ausspielungen verwaltungsrechtlich verboten. Daher sei ein Glücksspielvertrag nichtig, mit dem „in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen“ wird. Und dann gilt: „Was auf der Grundlage eines solchen unerlaubten und damit unwirksamen Glücksvertrags gezahlt wurde, ist rückforderbar“ (6 Ob 124/16b; 7 Ob 225/16p).

Versteht man den Schutzzweck nicht rein individuell, ist die Rückforderung also keine Einbahnstraße, sodass auch der Anbieter eine Kondiktion auf den „Gewinn“ gegen den insofern doch glücklosen Spieler hat. Während bei Zeiller niemand kondizieren konnte, können es jetzt alle.

Faktisch kommt es dabei aber zu einer Schiefelage, wofür weder Zeiller noch der OGH etwas können: Der durch ein österreichisches Gericht zuerkannte Anspruch des Online-Casinos gegen den österreichischen Spieler wird in Österreich leicht durchsetzbar sein. Da Malta der EU angehört, verspricht die EuGVVO ähnliche Mühelosigkeit. Dennoch ist aus Malta nur wenig von Zahlungs- oder auch nur Vollstreckungsbereitschaft zu hören. Maltesischen Gerichten ist seit 2023 nach Art 56A Maltesischer Gaming Act nämlich die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Spielerurteile verboten: Nachdem Fortuna als Hauptspeise die Dienstleistungsfreiheit verspeist hat, gibt es die EuG(V)VO nun zum Dessert.