Ref. jur. Max Pfeiffer, Berlin*

Zum Pflichtenprogramm und zur Bindungswirkung eines Spielsperrvertrags

Die Aufhebung einer auf Antrag des Spielers erteilten Spielsperre durch die Spielbank stellt eine Verletzung des Spielsperrvertrags dar, wenn nicht der Spielbank zuvor der hinreichend sichere Nachweis erbracht wird, dass der Schutz des Spielers vor sich selbst dem nicht mehr entgegensteht, mithin keine Spielsuchtgefährdung mehr vorliegt und der Spieler zu einem kontrollierten Spiel in der Lage ist. (Leitsatz des Gerichts) – Darstellung und Würdigung von BGH, Urt. v. 20.10.2011 – III ZR 251/10 = NJW 2012, 48.

I. Sachverhalt

Die Klägerin macht aus abgetretenem Recht Ansprüche auf Schadensersatz mit der Begründung geltend, die Beklagte habe ihren Ehemann (fortan Zedent) in der Zeit von Oktober 2006 bis März 2008 pflichtwidrig am Glücksspiel teilnehmen lassen.

* Der Autor war bis September 2010 Student der Rechtswissenschaft an der Universität Greifswald und ist gegenwärtig Rechtsreferendar beim Kammergericht in Berlin.

Der Zedent nahm von 1996 bis Anfang 2004 am Roulettespiel in der Spielbank der Beklagten teil. Mit Schreiben vom 03.02.2004 bat er die Beklagte, ihn mit sofortiger Wirkung deutschlandweit in Spielbanken zu sperren. Daraufhin verhängte die Beklagte gegen den Zedenten eine Spielsperre für sieben Jahre und teilte ihm dies mit Antwortschreiben vom gleichen Tag mit. Unter dem 28.09.2006 wandte sich der Zedent per E-Mail an die Beklagte und bat um Aufhebung der Sperre. Die Beklagte holte daraufhin eine Auskunft der *Creditreform* ein, wonach dieser Beanstandungen der Zahlungsweise des Zedenten nicht bekannt seien und deshalb die Geschäftsverbindung als zulässig angesehen werde, und hob anschließend die Sperre auf. Der Zedent nahm bis März 2008 wieder am Roulettespiel teil, wobei ihm nach der Behauptung der Klägerin durch Spielverluste und Finanzierungskosten ein Schaden in Höhe von 247.702,20 € entstanden sein soll.

II. Entscheidung des Gerichts

Der III. Zivilsenat des BGH hat einen Anspruch des Zedenten gegen die Beklagte auf Schadensersatz aus § 280 Abs. 1 BGB dem Grunde nach bejaht und das Verfahren wegen der weiteren noch notwendigen Feststellungen (Abtretung des Anspruchs, Höhe des Schadens) an das Berufungsgericht zurück verwiesen.

Dem liegt folgende Rechtsansicht zugrunde: Beantragt ein Spieler bei einer Spielbank eine Spielsperre und entspricht die Spielbank diesem Antrag und sperrt den Spieler, kommt zwischen der Spielbank und dem Spieler ein schuldrechtlicher Vertrag, ein sog. Spielsperrvertrag, zustande. Zweck des Vertrages ist der Schutz des Spielers vor sich selbst, vor seiner von ihm erkannten Spielsucht. Der Sperrvertrag verpflichtet die Spielbank, zukünftig das Zustandekommen von Spielverträgen mit dem gesperrten Spieler zu verhindern. Die Spielbank hat unter anderem die Sperre durch ausreichende Kontrollen durchzusetzen und sich vor Aufhebung der Sperre zu vergewissern, dass der Spieler nicht (mehr) spielsuchtgefährdet ist. Letzteres kann z. B. durch die Vorlage eines ärztlichen Attests erfolgen. Verletzt die Spielbank ihre Pflichten aus dem Sperrvertrag, hat sie dem Spieler den daraus entstehenden Schaden – also insbesondere etwaige Spielverluste – nach §§ 280 Abs. 1, 249 ff. BGB zu ersetzen.

III. Stellungnahme

Der BGH hat eine Verletzung der Pflicht der Spielbank, sich vor Aufhebung einer Spielsperre zu vergewissern, dass der Spieler nicht (mehr) spielsuchtgefährdet ist, angenommen. Insoweit hat er nachvollziehbar dargelegt, dass eine positive Auskunft der *Creditreform* keine Aussage über eine etwaige Spielsuchtgefährdung des Betroffenen enthält. Dennoch stößt das Urteil auf Bedenken: Zunächst hat der BGH die Frage des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs, also die Frage, ob der Schaden des Zedenten gerade auf der Pflichtverletzung der Spielbank beruht, nicht erörtert (1.); außerdem ist zu klären, ob nicht die einvernehmliche Aufhebung der Spielsperre die Spielbank auch von ihrer vertraglichen Pflicht zur vorherigen Überprüfung der Spielsuchtgefährdung des Spielers befreit hat (2.); schließlich erscheint selbst die Annahme eines Spielsperrvertrags problematisch (3.).

1. Pflichtwidrigkeitszusammenhang

Der Pflichtwidrigkeitszusammenhang betrifft die Zurechenbarkeit des Schadens zur Pflichtverletzung, genauer: die Verknüpfung („Kausalität") der Pflichtwidrigkeit des relevanten Schuldnerverhaltens mit dem Schaden.[1] Am Pflichtwidrigkeitszusammenhang fehlt es, wenn ein pflichtgemäßes Alternativverhalten ebenfalls zum Schadenseintritt geführt hätte, wenn also die Kausalität eines hypothetischen rechtmäßigen Verhaltens (hypothetische Kausalität) bejaht werden muss.[2] Dieses Zurechnungserfordernis übersieht das Gericht, wenn es ausführt: „Indem die Beklagte den Sperrvertrag aufgehoben hat, ohne sich zuvor davon überzeugt zu haben, dass der Schutz des Zedenten vor sich selbst einer solchen Aufhebung nicht mehr entgegenstand, hat sie gegen ihre Pflichten aus dem Sperrvertrag verstoßen. Sie hat den Zedenten im Wege des Schadensersatzes so zu stellen, wie er gestanden hätte, wenn der Sperrvertrag aufrechterhalten worden wäre und die Beklagte pflichtgemäß für die Einhaltung der Sperre Sorge getragen hätte."[3] Denn dass gerade die pflichtwidrige Aufhebung der Sperre ursächlich für die anschließend entstandenen Spielverluste des Zedenten war, ist bisher nicht festgestellt worden. Vielmehr hätte das (Berufungs-) Gericht prüfen müssen, ob der Zedent im Zeitpunkt der Aufhebung der Sperre aus ex-ante-Sicht noch spielsuchtgefährdet war. Wäre dies nicht der Fall gewesen, hätte der Zedent der Beklagten im Zeitpunkt des Antrags auf Aufhebung der Spielsperre also ein ärztliches Attest vorlegen können, welches eine Spielsuchtgefährdung verneint, hätte die Beklagte die Spielsperre aufheben dürfen und es wäre trotzdem zu den Spielverlusten des Zedenten gekommen. Der Pflichtwidrigkeitszusammenhang wäre in diesem Fall zu verneinen; ein ersatzfähiger Schaden läge nicht vor. Richtigerweise hätte es also heißen müssen: Sie hat den Zedenten im Wege des Schadensersatzes so zu stellen, wie er gestanden hätte, wenn sich die Beklagte pflichtgemäß verhalten hätte.

2. Befreiung von Vertragspflicht durch Vertragsaufhebung?

Der Aufhebung der Spielsperre lag im vorliegenden Fall der Antrag des Zedenten zugrunde, wieder zum Glücksspiel zugelassen zu werden. In diesem Antrag auf Aufhebung der Spielsperre ist zugleich auch ein Antrag auf Auf-

1 *Karl Larenz,* Lehrbuch des Schuldrechts: Allgemeiner Teil, 1987, S. 527 f.

2 *Larenz,* SchuldR AT (Fn. 1), S. 527 f.

3 BGH, NJW 2012, 48 (50), Rn. 14.

hebung des Spielsperrvertrags zu sehen, denn der Wille, „entsperrt" zu werden, kann sinnvollerweise nicht ohne den Willen erklärt werden, die Spielbank von ihrer Pflicht zu befreien, das Zustandekommen von Spielverträgen mit dem Spieler zu verhindern. Liegt also eine entsprechende Willenserklärung des gesperrten Spielers vor und hebt die Spielbank daraufhin die Sperre des Spielers auf, so kann diese Aufhebung der Sperre nur als Annahme des Antrags des Spielers auf Aufhebung des Spielsperrvertrags verstanden werden. Haben sich die Parteien aber über die Aufhebung des Spielsperrvertrags geeinigt, so kann aus diesem keine Pflicht mehr erwachsen, gegen die die Spielbank verstoßen könnte. Anders ausgedrückt: Selbst wenn der Spielsperrvertrag eine entsprechende Pflicht der Spielbank zur Überprüfung der Spielsuchtgefährdung des gesperrten Spielers vor Aufhebung der Sperre begründet hätte, so beruhte diese Pflicht auschließlich auf dem Willen der Parteien und konnte durch einen später geäußerten, entgegengesetzen Willen der Parteien wieder aufgehoben werden. Dabei spielt es auch keine Rolle, dass die Pflicht bis zur Aufhebung des Sperrvertrags bestand, sie quasi erst mit der „pflichtverletzenden" Aufhebung des Sperrvertrags erloschen ist. Denn mit dem unbedingten Antrag des Spielers auf Aufhebung der Spielsperre geht eine Befreiung der Spielbank von ihrer Prüfpflicht einher. Dies folgt aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit der Parteien, wonach eine vertraglich – also freiwillig – begründete Pflicht nicht dem Willen der Parteien entzogen werden und damit quasi zu einer gesetzlichen Pflicht mutieren kann. Dass die Prüfpflicht der Spielbank vor Aufhebung des Sperrvertrags zumindest dann leer läuft, wenn die Aufhebung der Sperre dem geäußerten Willen des gesperrten Spielers entspricht, ist notwendige und hinnehmbare Konsequenz der Vertragsfreiheit der Parteien und spricht nicht so sehr gegen den Wegfall der Prüfpflicht,[4] als vielmehr dagegen, dass eine solche Prüfpflicht vertraglich überhaupt begründet worden ist. Der Fall ist vergleichbar mit einem zwischen Vertragsparteien vereinbarten einfachen Formerfordernis. Ein solches Formerfordernis ist auch nicht in der Lage, die Unwirksamkeit einer die Form mißachtenden Einigung der Parteien herbeizuführen, weil in der formlosen Einigung auch die Aufhebung des Formerfordernisses zu sehen ist.[5]

Etwas anderes könnte nur dann gelten, wenn man die Wirksamkeit der späteren Willensäußerung in irgendeiner Weise einschränkte. Hat sich der gesperrte Spieler eventuell freiwillig zumindest teilweise seiner Verfügungsbefugnis über den Spielsperrvertrag und die daraus resultierenden Rechte und Pflichten beraubt, indem er die Vertragsaufhebungsfreiheit durch den Sperrvertrag wirksam beschränkt hat? Kann man überhaupt die Unwirksamkeit einer zukünftigen Willenserklärung vertraglich vereinbaren? Die Frage nach der freiwilligen Einschränkbarkeit der Verfügungsbefugnis ist bereits negativ beantwortet worden. Dem steht die Privatautonomie der Parteien entgegen. Eine Dominanz der früheren über die spätere Willenserklärung lässt sich nicht begründen. Vielmehr dominiert die spätere Willenserklärung über die frühere. Sie ist in der Lage, die Rechtsfolgen der früheren Erklärung aufzuheben und rückgängig zu machen, denn der aktuelle freie Wille einer Person ist in der Gegenwart mehr wert als der frühere.[6] Im Übrigen ergibt sich das auch mittelbar aus § 137 BGB: Kann ich meine Verfügungsbefugnis schon nicht Dritten gegenüber einschränken, so muss das erst Recht mir selbst gegenüber gelten. Eine Dominanz der früheren über die spätere Willenserklärung lässt sich im konkreten Fall auch nicht damit begründen, dass Spieler, die eine Eigensperre beantragen, häufig spielsüchtig oder zumindest spielsuchtgefährdet seien und diesen Antrag in einem „lichten Moment" der realistischen Selbsteinschätzung stellten, während ihre Willensfreiheit bei Abschluss von Spielverträgen durch die Spielsucht regelmäßig deutlich eingeschränkt sei[7]. Das Gesetz kennt nur wirksame und nicht wirksame Willenserklärungen, in Abhängigkeit von dem Grad der Willensfreiheit mehr oder weniger wirksame Willenserklärungen sind ihm fremd.

Ob die durch die Spielsucht begründete Einschränkung der Willensfreiheit in den Bereich der §§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 2 BGB reicht, ist fraglich. Voraussetzung wäre ein die freie Willensbildung ausschließender Zustand vorübergehender oder partieller Geschäftsunfähigkeit. Eine partielle Geschäftsunfähigkeit i. S. v. § 104 Nr. 2 BGB aufgrund pathologischer Spielsucht ist bisher aber nur ausnahmsweise angenommen worden[8] und auch eine nur vorübergehende Geschäftsunfähigkeit i. S. v. § 105 Abs. 2 BGB setzt einen Grad der Willensunfreiheit voraus, der wohl allenfalls in der konkreten Spielsituation am Spieltisch oder Automaten erreicht werden dürfte.[9] Schon naheliegender scheint da die Annahme der Sittenwidrigkeit – wenn nicht des Aufhebungsvertrags, so doch zumindest der sich daran anschließenden Spielverträge[10] –, wenn man eine erhebliche Willensschwäche des suchtgefährdeten Spielers i. S. v. § 138 Abs. 2 BGB annimmt und auch ein wirtschaftliches Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung – immerhin liegen die Gewinnmöglichkeiten des Spielers zu seinen Lasten immer unter 50 % – bejaht. Denn die potentielle Sucht des Spielers und die daraus resultierende Einschränkung seiner Willensfreiheit konnten der Spielbank auf Grund der Beantragung der Sperre durch den Spieler nicht verborgen bleiben; der subjektive Tatbestand des § 138 BGB wäre mithin erfüllt.

4 BGH, NJW 2012, 48 (49), Rn. 11.

5 *Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker,* Bürgerliches Gesetzbuch Allgemeiner Teil, 35. Aufl. 2011, Rn. 318.

6 Anders dazu *Florian Wagner-von Papp,* Die privatautonome Beschränkung der Privatautonomie, AcP 205 (2005), 342 ff.

7 So aber BGH, NJW 2012, 48, Rn. 8.

8 *Hans-Georg Knothe,* in: Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band §§ 90–124, 130–133, 2012, § 104 Rn. 14 m. w. N.

9 *Frank Peters,* Die Selbstsperre des Glückspielers, JR 2002, 177 (180).

10 *Peters* (Fn. 9), JR 2002, 177 (180).

3. Vorliegen eines Spielsperrvertrags fraglich

Die bisherige Diskussion hat aber noch nicht die eigentliche Ursache für die Unstimmigkeit der vom Gericht vertretenen Rechtsauffassung offengelegt: den Versuch des Gerichts, die Ansprüche zwischen den Parteien aus einem etwaigen vertraglichen Schuldverhältnis namens „Spielsperrvertrag“ herzuleiten. Die vertragliche Bindung wird damit begründet, dass die Spielbank das im Antrag des Spielers auf Sperre zum Ausdruck kommende Interesse des Spielers an einem verbindlichen Spielausschluss als berechtigt anerkennt und diesem Interesse entsprechen will.[11] Unberücksichtigt lässt das Gericht hingegen das Interesse der Spielbank, gerade nicht für etwaige Spielverluste der Spieler haften zu müssen. Dass die Spielbank dieses Interesse selbstlos aufgibt und den Willen erklärt, in Zukunft paternalistisch und unter der Androhung von Schadensersatz Vermögensinteressen des Spielers schützen zu wollen,[12] wenn sie einem Antrag auf Eigensperre stattgibt, kann dieser Stattgabe nicht entnommen werden. Zudem wäre ein solches vertragliches Schutzsystem auch völlig ungeeignet, den Spieler vor den Gefahren des Glücksspiels zu schützen. Zum einen könnte die Spielbank den Schutz des Spielers unterlaufen, indem sie dem Antrag auf Sperre nicht stattgibt und damit das Zustandekommen eines Sperrvertrags verhindert; zum anderen würde sie durch den Vertrag auch nur sich selbst binden können, eine Verpflichtung anderer Spielbanken wäre als Vertrag zulasten Dritter nicht zulässig. Will man den Schutz des suchtgefährdeten Spielers gewährleisten, so muss er sich zwingend aus dem Gesetz ergeben und darf nicht zur Disposition der Spielbank und des Spielsüchtigen stehen. Dafür gibt es – zumindest seit Inkrafttreten des Glücksspielstaatsvertrags[13] – auch genügend Anhaltspunkte. Nach dessen § 8 sind Spielbanken nämlich verpflichtet, ein übergreifendes Sperrsystem zu unterhalten und Spieler, die dies beantragen oder erkennbar spielsuchtgefährdet sind, zu sperren. Die insoweit häufig wortgleichen Ausführungsgesetze der Länder begründen also eindeutig drittschützende öffentlich-rechtliche Pflichten der Spielbanken. Verstoßen die Spielbanken schuldhaft gegen diese Pflichten, machen sie sich nach § 823 Abs. 2 BGB schadensersatzpflichtig. Zudem ist eine Anwendung des § 134 BGB auf trotzdem geschlossene Spielverträge zu diskutieren.[14]

11 BGH, NJW 2012, 48, Rn. 9.

12 BGH, NJW 2012, 48, Rn. 9.

13 Die Rechtslage in Baden-Württemberg vor Inkrafttreten des GlüStV kann und soll hier nicht erörtert werden. Es gab aber auch schon früher landesrechtliche Regelungen, die als Schutzgesetz i. S. v. § 823 Abs. 2 BGB in Frage gekommen wären. So sah z. B. die Hamburger Spielordnung ein Spielverbot für Personen vor, deren Einkommens- und Vermögensverhältnisse einer Beteiligung am Spiel nicht entsprechen (§ 4 Nr. 1 lit. b, zit. n. *Peters* (Fn. 9), JR 2002, 177 [179, dort Fn. 33]).

14 *Peters* (Fn. 9), JR 2002, 177, 179.