



IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Pimmer als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Schramm, Dr. Gitschthaler, Univ.-Prof. Dr. Kodek und Dr. Nowotny als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei H***** S*****, vertreten durch Dr. Simone Metz, Rechtsanwältin in Wien, gegen die beklagte Partei Ö***** GmbH, *****, vertreten durch Dr. Barbara Hoffmann-Schöll, Rechtsanwältin in Wien, wegen 164.108 EUR sA, über die Rekurse beider Parteien gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 5. Dezember 2011, GZ 16 R 138/11y-41, womit das Urteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien vom 29. April 2011, GZ 60 Cg 104/09v-37, aufgehoben wurde, zu Recht erkannt:

Dem Rekurs der klagenden Partei wird nicht Folge gegeben.

Dem Rekurs der beklagten Partei wird Folge gegeben.

Der Beschluss des Berufungsgerichts wird aufgehoben und es wird das Urteil des Erstgerichts wiederhergestellt.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 3.203,16 EUR (darin enthalten 533,82 EUR USt) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens sowie die mit 12.395,40 EUR (darin enthalten 768,90 EUR USt und 7.782 EUR Pauschalgebühr) bestimmten Kosten des Verfahrens dritter Instanz der beklagten Partei binnen 14 Tagen zu ersetzen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die beklagte Partei betreibt aufgrund des Bewilligungsbescheids vom 2. 10. 1997 elektronische Lotterien nach § 12a Glücksspielgesetz. Darunter fällt auch die von der Beklagten im Internet betriebene Spielplattform win2day.at. Auf dieser Spielplattform werden verschiedene Internet-Glücksspiele angeboten, unter anderem Roulette- und auch Pokerspiele. Die Vorgängerplattform der Plattform win2day.at wurde unter der Bezeichnung WebClub.at geführt.

Der 1962 geborene Kläger hatte bereits im Jahr 1999 begonnen, auf der Plattform WebClub.at der Beklagten im Internet Glücksspiele zu spielen. Der Kläger hatte dafür auf der Plattform der Beklagten unter der Bezeichnung „WebClub Helmut & Co“ ein Konto errichtet. Bei der Registrierung gab er 1999 zu diesem Konto seinen Namen, sein Geburtsdatum, die Wohnadresse, seine Telefonnummer und seine E-Mail-Adresse bekannt. Weiters gab er auch ein Passwort und eine Kontrollfrage für den Fall, dass er das Passwort vergessen hätte, an. Er musste auch Bankdaten bekanntgeben. Dies diente ausschließlich dazu, ihm allfällige Gewinne aus dem Glücksspiel auf dieses Konto auszuzahlen; Abbuchungen durch die Beklagte von diesem Konto waren nicht vorgesehen und fanden nicht statt. Nachdem der Kläger seine Daten bekanntgegeben hatte, wurde er für das Internet-Glücksspiel auf der Plattform WebClub.at freigeschaltet. Der Kläger spielte im Wesentlichen Roulette und ein Pokerglücksspiel, Jacks or Better.

Im laufenden Spielbetrieb war einem User der Plattform WebClub.at das Mitspielen nur bis zu einem wöchentlichen Limit von 5.000 ATS möglich. Der jeweilige User konnte sein Konto auf der Plattform wöchentlich nur bis

zu diesem Höchstbetrag dotieren. Eine Möglichkeit für den User, sich selbst beim Account ein Limit unter diesem Betrag einzurichten und sich somit selbst eine Sperre aufzuerlegen, gab es bis 31. 10. 2006 nicht. Der User konnte lediglich tatsächlich geringere Beträge einzahlen. Man konnte einerseits über Kreditkarten, andererseits über Wertkarten und darüber hinaus über Paysave-Konten und eps Onlineüberweisungen bezahlen.

Seit dem 31. 10. 2006 bestehen Einzahlungslimits auf der nunmehr unter win2day.at betriebenen Plattform in dreifacher Hinsicht. Es besteht ein Einzahlungslimit pro Tag, pro Woche und pro Monat. Pro Tag und Woche können maximal 800 EUR einbezahlt werden. Pro Monat ergibt das ein Limit von 3.200 EUR. Ein Spieler, der sein Wochenlimit für eine Woche nicht ausgeschöpft hat, kann in der darauffolgenden Woche trotzdem nicht mehr als 800 EUR einzahlen. Die Woche, die der Berechnung für das Wochenlimit zugrundegelegt wird, berechnet sich von Freitag 0:00 Uhr bis Donnerstag der darauffolgenden Woche 23:59 Uhr. Das jeweilige Tages-, Wochen- und Monatslimit kann vom User beliebig gewählt werden, indem er auf seinem Konto die von ihm einzuzahlenden Maximalbeträge selbst limitiert. Er kann dabei Beträge zwischen 1 bis 800 EUR pro Tag bzw Woche einstellen. Darüber hinaus kann der Spieler durch Spieldauerlimits sein Spielen auf der Plattform win2day.at zeitmäßig beschränken. Diesbezüglich gibt es zwei Limits, nämlich einerseits ein Limit pro Session, das heißt vom Beginn des Einloggens bis zum Ausloggen, und andererseits ein Zeitlimit pro Tag, das maximal mit 24 Stunden eingegeben werden kann. Der User kann seine auf dem Konto eingetragenen Limits jederzeit ändern. Eine Erhöhung dieser Limits wird erst nach 72 Stunden wirksam.

Eine Reduzierung wird sofort wirksam. Gewinne, die der User erspielt, werden auf einem dem Userkonto zugeordneten elektronischen Depot, das bei Anmeldung des Accounts eröffnet wurde, deponiert. Nach der Anmeldung eines Accounts muss der User dieses Depot mit den zuvor dargestellten Einzahlungen dotieren, um an den Spielen teilnehmen zu können. Die Einsätze erfolgen vom Depot. Gewinne des Spielteilnehmers werden ebenfalls dort verbucht. Der Spieler hat die Wahl, ob er die im Depot verfügbaren Beträge als Einsätze zum Spielen verwendet oder sich auszahlen lässt. Der Auszahlungsbetrag muss mindestens 1 EUR betragen.

Im Rahmen der Registrierung der jeweiligen Spieler wurden die finanziellen Verhältnisse der Spieler weder auf der Spieleplattform WebClub.at noch auf der Plattform win2day.at erhoben, auch nicht über freiwillige Angaben. Personen, die für den „terrestrischen“ Casinobetrieb gesperrt sind, können auf der von der Beklagten betriebenen Internetplattform win2day.at spielen. Aufgrund des Datenschutzes ist es der Beklagten nicht erlaubt, die im terrestrischen Casinobetrieb gesperrten Personen zu erfassen und vom Spielen auf der Internetplattform win2day.at auszuschließen.

Die Plattform win2day.at besteht seit dem 8. 2. 2003 statt der Plattform WebClub.at. Eine gesonderte Registrierung der zuvor schon bei WebClub.at registrierten User für die Teilnahme an dieser neuen Plattform war nicht erforderlich. Die Spieler mussten beim Wechsel von WebClub.at auf win2day.at keine neuerliche Bestätigung der bereits registrierten Daten vornehmen und konnten sich mit den bei WebClub.at verwendeten Usernamen einloggen. Sie mussten jedoch die neuen Teilnahmebedingungen der

Plattform win2day.at im Internet bestätigen. Das Wochenlimit betrug bis zum 31. 10. 2006 5.000 ATS bzw nach der Euroumstellung 500 EUR. Nachdem die Beklagte ab dem 31. 10. 2006 die bereits dargestellten neuen Limitierungen eingeführt hatte, mussten die registrierten User zusätzlich zu den bereits angegebenen Daten Vornamen, Nachnamen und Geburtsdatum, deren Angabe zuvor freiwillig gewesen war, angeben. Auch die Einstellung der bereits dargestellten Limits war zum Weiterspielen zwingend erforderlich. Nach Eingabe der Daten führte die Beklagte eine Überprüfung der Daten des jeweiligen Users über Deltavista durch. Ab dem 31. 10. 2006 bestand für die Beklagte erstmals die Möglichkeit, die Daten der jeweiligen User zu überprüfen. Im Rahmen der Re-Registrierung bzw Registrierung der Spieler auf der Plattform win2day.at erhielt der jeweilige User ein E-Mail mit der Aufforderung, sich binnen einer Frist zu registrieren. Erfolgte eine Registrierung nicht, wurde der jeweilige Spieler nochmals aufgefordert, sich zu registrieren, dies wieder unter Fristsetzung. Verstrich diese Frist ungenützt, wurden die jeweiligen Konten geschlossen. Nach erfolgter Neuregistrierung bzw Registrierung nach dem 31. 10. 2006 überprüfte die Beklagte alle Kunden über Deltavista. Wenn ein derartiges Ergebnis über Deltavista nicht zu erhalten war, holte die Beklagte eine Zentralmelderegisterauskunft für den Spieler ein. Waren auch diese Angaben nicht aussagekräftig, wurde der Kunde aufgefordert, die entsprechenden Daten durch Übermittlung von Ausweiskopien etc zu bescheinigen. Über Deltavista wurden „unter Berücksichtigung des Datenschutzes“ nur Informationen darüber eingeholt, dass die vom Spieler bekannt gegebenen Datensätze, nämlich Person, Name, Geburtsdatum, tatsächlich existierten. Die bereits vor dem 31. 10. 2006 registrierten Teilnehmer erhielten nach

erfolgreicher Registrierung eine Anmeldebestätigung. Diese musste aktiv am Computer angeklickt werden, damit der Beklagten die Verifizierung der E-Mail-Adresse möglich war. In der Folge musste der User nach den erfolgten Überprüfungen zur Freischaltung noch einen Code eingeben.

Die Zugangsbeschränkung für Spieler bestand ursprünglich mit einem Mindestalter von 16 Jahren und wurde ab einem nicht näher feststellbaren Zeitpunkt auf ein Teilnehmeralter von 18 Jahren erhöht. Vor dem 31. 10. 2006 wurde die Altersgrenze über die bekannt gegebenen Bankdaten kontrolliert. Erstmals ab dem 31. 10. 2006 war es der Beklagten aufgrund der technischen Entwicklungen möglich, eine entsprechende Überprüfung bzw Verfeinerung der Überprüfungskriterien für die auf der Plattform win2day.at teilnehmenden Spieler vorzunehmen.

Der Spieler musste im Rahmen des Re-Registrierungsvorgangs auch die neuen Spielbedingungen akzeptieren, um mitspielen zu können. In den Spielbedingungen war vorgesehen, dass der Spieler dafür zu sorgen habe, dass lediglich er auf dem jeweils eröffneten Spielaccount spielt. Die Spielbedingungen, die im Rahmen der behördlichen Genehmigung zum Betrieb der elektronischen Spielbanken für die Internetplattform der Beklagten erteilt wurden, sehen nicht zwingend vor, dass ein Spieler nur auf einen Account beschränkt ist. Diese Beschränkung hat die Beklagte aus eigenem eingeführt. Bescheidmäßig vorgeschrieben ist diese Beschränkung nicht. Die für die Teilnahme am Glücksspiel auf der Internetplattform vorgesehenen Limits, derzeit 800 EUR pro Woche, sind im Bewilligungsbescheid vorgegeben. Die Limits werden auch in der Wiener Zeitung und auf der Homepage der Beklagten veröffentlicht. Die Beklagte kann diese Limits

nicht willkürlich verändern. Dafür wäre jedes Mal eine entsprechende bescheidmäßige Bewilligung durch das Bundesministerium für Finanzen erforderlich.

Die Beklagte betreibt innerhalb ihres Unternehmens zum Schutz der an ihren Glücksspielen teilnehmenden Spieler eine Abteilung mit der Bezeichnung „Responsible Gaming“. Diese Abteilung ist auch für die Plattform win2day.at zuständig und beschäftigt sich damit, Spieler vor dem übermäßigen Glücksspiel zu schützen bzw risikobehaftete Spieler zu erkennen. Die Beklagte hat eine aufwendige Software entwickelt, um zu erkennen, ob ein Spieler entgegen den Spielbedingungen auf mehreren Accounts spielt. Dabei bestehen verschiedene Kriterien bzw Auffälligkeiten, nach denen ein Spieler beurteilt wird. Beurteilt werden das Spiel, der Einsatz, die Reihenfolge, weiters auch das Gleichlauten oder Ähnlichklingen von E-Mail-Adressen, Auffälligkeiten im Zusammenhang mit Bankkonten, Einzahlungsverhalten, Ende und Beginn eines Spiels auf einem bzw auf dem anderen Account. Wöchentlich werden von der Abteilung Responsible Gaming 55.000 Kunden erfasst und überprüft. Pro Quartal bleiben rund 200 bis 300 nach den überprüften Kriterien auffällige Spieler über, die dann von der Beklagten direkt angeschrieben werden. Sie werden aufgefordert, eine Benutzerbestätigung auszufüllen und eine Ausweiskopie vorzulegen. Das zuvor beschriebene Prozedere zur Feststellung von Auffälligkeiten im Spielverhalten wurde im Laufe der Jahre von der Beklagten unter Rücksicht auf den jeweiligen technischen Entwicklungsstand verfeinert. Darüber hinaus können Spieler in den Kundencentern der Beklagten telefonisch ihre Sperre veranlassen bzw Angehörige der Spieler Mitteilung an die Beklagte machen, die dann eine allfällige Sperre des Spielers

in die Wege leiten kann.

Der Kläger spielte auf der Plattform der Beklagten WebClub.at bzw win2day.at einerseits auf dem in seinem Namen eröffneten Account „WebClub Helmuth & Co“, und ab einem nicht näher feststellbaren Zeitraum vor dem 10. 8. 2005 auch auf einem Account, den er für seine Lebensgefährtin unter der Bezeichnung „sysy“ eröffnet hatte. Bei der Registrierung gab er für sich und für seine Lebensgefährtin jeweils eine andere, in verschiedenen Orten gelegene Wohnadresse als Wohnort an. Weiters gab er auch unterschiedliche E-Mail-Adressen an, wobei die E-Mail-Adresse seiner Lebensgefährtin lediglich eine Subadresse in seinem E-Mail-Zugang war. Dies war für die Beklagte jedoch nicht erkennbar. Für den Account „sysy“, den er unter dem Namen seiner Lebensgefährtin eröffnete, gab der Kläger als Nickname „Lisi“ an. Die Kontrollfrage beim Account des Klägers lautete „win98code“, beim Account „sysy“ „Beruf von der Tante“. Die Dotierung der beiden Konten erfolgte einerseits über die Kreditkarte des Klägers, andererseits durch Paybox oder auch durch Gutscheine. Im Zusammenhang mit dem Konto der Lebensgefährtin des Klägers waren der Beklagten auch die Kontodaten, lautend auf den Namen seiner Lebensgefährtin, bekanntgegeben worden, wobei das Konto nicht gleichlautend mit dem des Klägers war. Der Kläger hatte das Konto für seine Lebensgefährtin mit deren Zustimmung eröffnet. Hintergrund der Eröffnung dieses zweiten Kontos war, dass der Kläger den Eindruck gehabt hatte, dass er, nachdem er schon seit dem Jahr 1999 auf der Plattform gespielt hatte, im Laufe der Zeit weniger Gewinne gemacht hatte. Er meinte, mit einem neuen Account wären allenfalls mehr Gewinne zu erzielen. Er spielte zumindest ab dem Jahr 2006 laufend sowohl auf dem

Konto seiner Lebensgefährtin als auch über das in seinem Namen eröffnete Konto. Auf die beiden zuvor dargestellten Accounts („webClub Helmuth & Co“ und „sysy“) zahlte ausschließlich der Kläger ein.

Der Kläger zahlte auf das Konto „WebClub Helmut & Co“ in nachstehenden Jahren folgende Beträge ein:

2006	20.600,00 EUR
2007	38.400,00 EUR
2008	38.000,00 EUR
2009	4.800,00 EUR
Summe	101.800,00 EUR.

Der Kläger ließ sich in den nachstehenden Jahren folgende Beträge aus dem auf dem Account „webClub Helmuth & Co“ bestehenden Depot auszahlen:

2007	4.958,00 EUR
2008	9.352,00 EUR
Summe	14.310,00 EUR.

Der Kläger zahlte weiters ab dem Jahr 2006 nachstehende Beträge auf den Account „sysy“ ein:

2006	21.300,00 EUR
2007	38.400,00 EUR
2008	38.400,00 EUR
2009	4.800,00 EUR
Summe	102.900,00 EUR.

Der Kläger ließ sich vom für den Account „sysy“ bestehenden Depot in nachstehenden Jahren folgende Beträge auszahlen:

2006	8.072,00 EUR
2007	14.359,00 EUR
2008	3.851,00 EUR
Summe	26.282,00 EUR.

Der Kläger verfügte im Internet die Auszahlung

durch Überweisung auf das Konto der Lebensgefährtin; diese übergab ihm dann das Geld.

Der Kläger spielte ausschließlich auf der Spieleplattform der Beklagten. Er spielte weder im Casino noch sonst vermehrt andere Spiele oder Glücksspiele.

Der Kläger litt im Zeitraum 2006 bis 2009 an einer ängstlich-depressiven Grundstörung und einer Impulskontrollstörung im Sinne eines pathologischen Spielens. Die Steuerungsfähigkeit im Bezug auf das Glücksspielverhalten war dadurch in erheblichem Maß eingeschränkt. Seine Einsichtsfähigkeit war jedoch zu keinem Zeitpunkt durch die vorliegende psychische Störung wesentlich beeinträchtigt. Er war immer in der Lage, das Wesen des Glücksspiels zu erfassen, seine Möglichkeiten und Chancen dabei auch korrekt zu beurteilen und entsprechende Handlungsstrategien oder Alternativen zu verstehen. Die Steuerungsfähigkeit war durch die psychische Störung eingeschränkt, allerdings nicht zur Gänze aufgehoben. Er war zu jeder Zeit unter Aufbietung des gesamten Willens in der Lage, das Spielverhalten einzustellen oder andere Verhaltensstrategien zu wählen, beispielsweise auch entsprechende professionelle Hilfe in Anspruch zu nehmen.

Im Zuge der Neugestaltung der Plattform win2day.at wurde auch der Kläger zu einem nicht näher feststellbaren Zeitpunkt nach dem 31. 10. 2006 aufgefordert, die Daten für seinen Account zu bestätigen, Tages-, Wochen-, Monats- und auch Zeitlimits einzustellen. Auch für den Account der Lebensgefährtin gab es eine entsprechende Aufforderung. Der Kläger kam dieser Aufforderung für beide Konten nach. Die Einzahlung limitierte der Kläger für beide Konten mit dem Höchstbetrag von 800 EUR pro Woche. Die Zeitlimits legte der Kläger bei seinem Konto mit sechs

Stunden, bei jenem seiner Lebensgefährtin mit fünf Stunden an.

Die Beklagte hatte keine Informationen, dass der Kläger finanzielle Probleme habe. So wurden sämtliche Kreditkarteneinzahlungen durchgeführt. Auch Angehörige informierten die Beklagte nicht. Die beiden Konten, auf denen der Kläger spielte, fielen längere Zeit nicht in die Auffälligkeitskriterien der Beklagten. Erst im Herbst 2008 wurde die Beklagte darauf aufmerksam, dass aufgrund verschiedener Kriterien nicht nur eine Person auf dem Konto „webClub Helmut & Co“ bzw „sysy“ spielen könnte. Daraufhin versandte die Beklagte am 21. 11. 2008 sowohl an die E-Mail-Adresse des Klägers als auch an die seiner Lebensgefährtin je ein E-Mail mit nachstehendem Inhalt:

„Die österreichischen Lotterien und Casinos Austria handeln stets im Bewusstsein ihrer Verantwortung gegenüber der Gesellschaft im Allgemeinen und den Spielteilnehmern im Besonderen. Glücksspiel mit Verantwortung ist oberstes Gebot. Um die optimale Umsetzung des Spielerschutzes und Einhaltung der Geschäftsbedingungen zu gewährleisten, werden stichprobenartige Überprüfungen durchgeführt.

Daher bitten wir Sie, das in der Anlage mitgesandte Formular ausgefüllt und unterschrieben zusammen mit einer Kopie Ihres amtlichen Lichtbildausweises innerhalb der nächsten 2 Wochen unter Angabe Ihrer User-ID zu senden. Per E-Mail an ... -

per Fax an ...

Falls wir von Ihnen bis zum 5. 12. 2008 keine Antwort erhalten, behalten wir uns vor, Sie von der weiteren Spielteilnahme auf win2day.at auszuschließen.

Es handelt sich dabei um einen einmaligen

Vorgang, der nicht zuletzt auch zu Ihrer Sicherheit durchgeführt wird.

Vielen Dank für Ihr Verständnis.

Für weitere Fragen steht Ihnen das Kundenservicecenter jederzeit gerne zur Verfügung.“

Diesen E-Mails war jeweils eine Bestätigung angeschlossen, die der Kläger bzw seine Lebensgefährtin unterfertigt retournieren sollten. Mit dieser Bestätigung sollte der Kläger erklären, dass er unter Angabe seines Namens, seines Geburtsdatums und seiner User-ID der Inhaber dieses Benutzerkontos auf der Plattform der Beklagten sei. Weiters sollte er bestätigen, dass er seine Zugangsdaten sorgfältig verwahre und keine dritte Person dazu Zugang habe. Dasselbe sollte die Lebensgefährtin bestätigen. Weder der Kläger noch seine Lebensgefährtin übersandten diese Bestätigung an die Beklagte. Die Sperre des Accounts erfolgte nicht sofort, zumal das E-Mail an den Kläger und seine Lebensgefährtin am 21. 11. 2008 versendet worden war, zwischenzeitig die Weihnachtsfeiertage waren und man eine entsprechende Frist für den Fall der urlaubsbedingten Abwesenheit hinzurechnete. Am 9. 2. 2009 versendete die Beklagte neuerlich jeweils ein E-Mail an den Kläger bzw seine Lebensgefährtin. Mit diesen Mails teilte die Beklagte mit, dass die Konten gesperrt worden seien. Ab diesem Zeitpunkt war dem Kläger ein Spielen weder auf dem von ihm eröffneten noch auf dem für seine Lebensgefährtin eröffneten Konto möglich.

Im Zeitraum April 2006 bis Oktober 2008 lebte der Kläger im gemeinsamen Haushalt mit seiner Lebensgefährtin und den gemeinsamen drei minderjährigen Kindern.

Der Kläger beehrte 164.108 EUR sA, in eventu 36.000,80 EUR sA. Aufgrund seiner pathologischen

Spielsucht habe er auf seinem Account und auf dem auf den Namen seiner Lebensgefährtin registrierten Account im Zeitraum April 2006 bis Februar 2009 164.108 EUR und damit sein gesamtes Vermögen verspielt. Der Beklagten seien sämtliche Zusammenhänge, insbesondere dass der Kläger die Accounts mittels Kreditkarte bzw Paybox dotiert habe, bekannt gewesen. Sie habe grob schuldhaft Schutz- und Sorgfaltspflichten verletzt, weil sie es trotz Anzeichen für eine Spielsucht des Klägers über Jahre hinweg verabsäumt habe, entsprechende Maßnahmen zu setzen, ihn vor seiner Sucht zu schützen und ihn aufgrund seines offensichtlich pathologischen Verhaltens und seiner ruinösen Spielfrequenz vom Spiel auszuschließen. Die im § 25 Abs 3 Glücksspielgesetz (GSpG) geregelten Schutz- und Sorgfaltspflichten seien auf andere Sachverhalte übertragbar. Sollte § 25 Abs 3 GSpG nicht direkt anwendbar sein, so sei die Bestimmung analog heranzuziehen, sodass - in eventu - zumindest der dort vorgesehene (wenn auch verfassungswidrig eingeschränkte) Schadenersatz in Höhe des Existenzminimums zu leisten sei. Der Kläger sei aufgrund seiner diagnostizierten Krankheiten geschäftsunfähig, sodass der Spielvertrag nie wirksam zustande gekommen sei und der Klagsanspruch auch als Bereicherungsanspruch bestehe.

Die Beklagte wendete ein, sie habe weder einen Schaden verursacht noch rechtswidrig oder schuldhaft gehandelt. Es habe keine Hinweise auf finanzielle, familiäre oder gar gesundheitliche Probleme des Klägers gegeben. Aus den vom Kläger im Zuge der Registrierung angegebenen Daten habe sich kein Zusammenhang zum Account „sysy“ ableiten lassen. Der Kläger leide weder an einer pathologischen Spielsucht noch sei er geschäftsunfähig. § 25 Abs 3 GSpG sei weder direkt noch analog anzuwenden. Diese

Bestimmung gelte für terrestrische Spielbanken, nicht aber für elektronische Lotterien. Im Medium Internet bestehe daher keine Verpflichtung, Bonitätseinkünfte einzuholen oder Gespräche zu führen. Der Kläger habe während seiner mehr als zehnjährigen Zugehörigkeit als Kunde der Beklagten die Angebote zur Selbstsperre, Informationen und Links zu problematischem Spielverhalten und Institutionen niemals in Anspruch genommen. Accounts, die über längere Zeit mit dem Limit bespielt würden, würden beobachtet; der Inhaber werde kontrolliert, um sicherzustellen, dass keine dritte Person Zugriff auf den jeweiligen Account habe. Eine Kontaktnahme bis hin zur Sperre bei unterbliebener Reaktion komme auch dann in Frage, wenn Spielteilnehmer regelmäßig ihre Einsätze am oberen Limit dotieren würden. Hiezu bestehe aber keine gesetzliche Verpflichtung. Die Beklagte sei erst durch das Anspruchsschreiben der Rechtsvertreterin des Klägers auf seinen Account aufmerksam geworden und habe darauf mit sofortiger Sperre reagiert. Der Kläger habe die Spielbedingungen elektronischer Lotterien, die den Schutz des Spielteilnehmers vor übermäßiger Spielteilnahme unter anderem durch Beschränkung auf einen Account pro Spielteilnehmer bezwecken, für die Beklagte nicht erkennbar umgangen und unter Verwendung der Daten seiner Lebensgefährtin einen weiteren Account registrieren lassen, um sich dadurch eine weitere Spielteilnahme zu ermöglichen. Ein solches bewusstes Zuwiderhandeln schließe die Anwendung der Schutzbestimmung aus.

Das Erstgericht wies das Haupt- und das Eventualbegehren ab. Es führte in rechtlicher Hinsicht aus, § 25 Abs 3 GSpG sei nur auf Casinos, nicht aber auf elektronische Lotterien, zu denen das Internetglücksspiel zähle, anwendbar. Eine planwidrige Lücke liege nicht vor,

sodass eine analoge Anwendung des § 25 Abs 3 GSpG auf elektronische Lotterien nicht in Betracht komme. Auch nach allgemeinem bürgerlichen Recht ergebe sich kein Anhaltspunkt für eine Verletzung der vertraglichen Sorgfaltspflichten durch die Beklagte. Der Gesetzgeber sehe schon das Einrichten von Spiellimits in betraglicher Hinsicht als ausreichenden Schutz an. Der Kläger sei beim Spielen geschäftsfähig gewesen, weshalb der Glücksspielvertrag wirksam gewesen sei.

Das Berufungsgericht gab der Berufung des Klägers Folge, hob das Urteil des Erstgerichts auf und verwies die Rechtssache zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurück. Es führte in rechtlicher Hinsicht Folgendes aus:

1. Bereicherungsanspruch: Da der Kläger geschäftsfähig gewesen sei, scheidet ein Bereicherungsanspruch aus.

2. § 25 Abs 3 GSpG: Das GSpG definiere in seinem § 12a Abs 1 elektronische Lotterien als „Ausspielungen, bei denen die Spielteilnahme unmittelbar durch den Spieler über elektronische Medien erfolgt und die Entscheidung über das Spielergebnis zentralseitig herbeigeführt sowie über elektronische Medien zur Verfügung gestellt wird“. §§ 14 ff GSpG treffe Regelungen zur Konzession für die Durchführung von elektronischen Lotterien. Demgegenüber sehe das GSpG in den §§ 21 bis 30 Bestimmungen für „Spielbanken“, im § 25 für „Spielbankbesucher“ vor. Die Teilnahme an einem Glücksspiel in einer Spielbank setze die physische Anwesenheit des Besuchers voraus. Das ergebe sich etwa aus der Regelung für den Besuch der Spielbank, der den Nachweis der Identität durch Vorlage eines amtlichen

Lichtbildausweises vorschreibe, oder aus Inhaltserfordernissen für den Konzessionsbescheid nach § 21 Abs 7 GSpG, der ua die Art der Kontrolle der Besucher, die Spielzeit in den Spielbanken und den Preis der Eintrittskarten sowie eine Betriebspflicht für Lebendspiele festzusetzen habe. Davon unterschieden sich grundlegend Ausspielungen von elektronische Lotterien (§ 12a Abs 1 GSpG). Sowohl die Terminologie in § 25 Abs 3 GSpG als auch die Gesetzssystematik stünden einer direkten Anwendung dieser Bestimmung auf elektronische Lotterien entgegen.

Eine analoge Anwendung (§ 7 ABGB) von § 25 Abs 3 GSpG auf elektronische Lotterien setze eine planwidrige Unvollständigkeit voraus. Gegen eine solche spreche vor allem § 12a Abs 1 GSpG, der für den Konzessionär bei der Durchführung von elektronischen Lotterien die sinngemäße Anwendung ua des § 25 Abs 6 bis 8 GSpG über die Geldwäschevorbeugung, hingegen keine sinngemäße Geltung des § 25 Abs 3 GSpG anordne. Gerade weil der Gesetzgeber Teile des § 25 GSpG für elektronische Lotterien für anwendbar erkläre, könne ihm nicht unterstellt werden, dass er die sinngemäße Geltung des § 25 Abs 3 GSpG bloß „übersehen“ hätte. Überdies unterschieden sich die Teilnahme am Glücksspiel in einer Spielbank einerseits und in einer elektronischen Lotterie andererseits ebenso grundlegend wie die Möglichkeiten der Kontrolle und des Kontakts mit dem Spieler. Eine Gesetzeslücke könne somit nicht „mit Sicherheit“ festgestellt werden, sodass die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung des § 25 Abs 3 GSpG auf existenzgefährdende Spielteilnahme in elektronischen Lotterien fehlten.

3. Verletzung vertraglicher Schutz- und Sorgfaltspflichten: Die Beklagte träfen aus dem

Glücksspielvertrag mit dem Kläger Schutz- und Sorgfaltspflichten als vertragliche Nebenpflichten. Voraussetzung für Handlungspflichten sei die Erkennbarkeit der Gefahr. Im Rahmen des Zumutbaren seien die erforderlichen Vorkehrungen zur Gefahrenabwehr zu treffen; dabei dürfe die Sorgfaltspflicht nicht überspannt werden. Glücksspiele könnten insbesondere pathologische Spieler dazu veranlassen, durch übermäßige Spielausgaben ihre wirtschaftlichen und damit ihre sozialen und familiären Grundlagen zerstören. Das GSpG verfolge mit dem dort verankerten Glücksspielmonopol des Bundes (§ 3) und dem Konzessionssystem unter anderem den Schutz von pathologischen Spielern vor übermäßigen Verlusten: Dieser Schutz finde seinen Niederschlag ua in § 25 Abs 3 GSpG. Das Glücksspielmonopol und das Konzessionssystem stünden zwar der Dienstleistungsfreiheit nach Art 49 EG entgegen. Allerdings habe der Europäische Gerichtshof in seinem Urteil vom 15. September 2011 (C-347/09 *Dickinger ua*) ausgesprochen, dass die Errichtung eines Monopols verbunden mit dem Konzessionssystem dann mit Art 49 EG vereinbar sei, wenn die Errichtung des Monopols der nationalen Behörde ermögliche, durch genaue Überwachung die Kriminalität im Glücksspielsektor zu beherrschen und „das Ziel, Anreize für übermäßige Spielausgaben zu vermeiden und die Spielsucht zu bekämpfen, hinreichend wirksam zu verfolgen“. Maßnahmen zum Schutz von pathologischen Spielern oblägen aber nicht nur nationalen Behörden. Zwar sei § 25 GSpG weder direkt noch analog auf Glücksspiele in elektronischen Lotterien anzuwenden. Der mit dieser Regelung verfolgte Zweck sei aber auf Spiele in elektronischen Lotterien übertragbar. Der von § 25 Abs 3 GSpG bezweckte Schutz beschränke sich nicht auf das

Existenzminimum. Allein die Festlegung eines absoluten Wochenlimits von 800 EUR sei kein ausreichender Schutz der wirtschaftlichen Grundlagen eines Spielers, zumal im Jahr 2009 das durchschnittliche Nettoeinkommen von unselbständig Beschäftigten 1.684 EUR im Monat betragen habe. Die Beklagte erfülle daher die vertraglichen Schutz- und Sorgfaltspflichten weder durch die für das konkrete Online-Glücksspiel (Jacks or Better) bestehenden Wochenlimits noch durch die Selbstregulierungsmöglichkeiten der Spieler, weil damit vor allem pathologische Spieler nicht vor der Zerstörung ihrer wirtschaftlichen Grundlagen geschützt seien. Das (beinahe) wöchentliche Ausschöpfen des Wochenlimits von 800 EUR über einen längeren Zeitraum sei ein auffälliges Spielverhalten. Wenn dies bereits etwa ein Jahr anhalte, erfordere es eine Reaktion der Beklagten als Konzessionärin der elektronischen Lotterien. Diese Reaktion könne auf die Art der Auffälligkeit des Spielers sowie auf die Kommunikation in elektronischen Medien zugeschnitten sein, sich an den Spielbankleitern aufgetragenen Maßnahmen nach § 25 Abs 3 GSpG (Bonitätsauskünfte, Beratungsgespräche etc) orientieren und letztlich in einem Ausschluss eines gefährdeten Spielers vom Spiel münden. Den Kläger treffe ein (von der Beklagten der Sache nach eingewendetes) Mitverschulden, weil er den in den Spielbedingungen vereinbarten Spielerschutz, nämlich die Beschränkung eines Spielteilnehmers auf einen Account und damit auf ein Einsatzlimit von 800 EUR pro Woche, durch Täuschung der Beklagten unterlaufen habe (zweiter Account „sysy“).

4. Da zur Beurteilung des Verschuldens(-grads) der Beklagten und der Schadenshöhe ausreichende Feststellungen fehlten, sei das Verfahren ergänzungsbedürftig.

5. Das Berufungsgericht ließ den Rekurs an den

Obersten Gerichtshof zu, weil oberstgerichtliche Rechtsprechung zur analogen Anwendung von § 25 Abs 3 GSpG auf Spieler in elektronischen Lotterien und zu den Schutz- und Sorgfaltspflichten eines Konzessionärs aus Glücksspielverträgen in elektronischen Lotterien gegenüber pathologischen Spielern fehle.

Die Rekurse beider Parteien sind zulässig, weil oberstgerichtliche Rechtsprechung zur analogen Anwendung von § 25 Abs 3 GSpG auf Spieler in elektronischen Lotterien fehlt. Der Rekurs des Klägers ist nicht berechtigt, derjenige der Beklagten ist im Sinne der Wiederherstellung des erstgerichtlichen Urteils berechtigt.

Der erkennende Senat hat erwogen:

1. Die Ausführungen des Berufungsgerichts zum Nichtbestehen eines Bereicherungsanspruchs (Punkt 1.) sind zutreffend.

2.1. Ebenso sind die Ausführungen des Berufungsgerichts zutreffend, dass § 25 Abs 3 GSpG die elektronische Lotterie (Glücksspiel im Internet) nicht erfasst und auch nicht analog darauf anzuwenden ist (Punkt 2. und 3.). Auf diese Ausführungen kann vollinhaltlich verwiesen werden.

2.2. Zu den Rekursausführungen des Klägers zur analogen Anwendung des § 25 Abs 3 GSpG auf elektronische Lotterien ist ergänzend auszuführen:

Richtig ist zwar, dass der Verweis in § 12a Abs 1 letzter Satz GSpG auf dessen § 25 Abs 6 bis 8 (und nicht auch auf § 25 Abs 3 GSpG) erst mit BGBl I 2010/73 eingeführt wurde. Daher kann daraus für die Absicht des Gesetzgebers der Bestimmungen, die im Zeitraum der Spielverluste des Klägers galten, nichts abgeleitet werden.

Aber auch die Absicht des Gesetzgebers des § 25

Abs 3 GSpG in der im Zeitraum der Spielverluste des Klägers geltenden Fassung war eindeutig nicht darauf gerichtet, mit der Bestimmung auch elektronische Lotterien zu erfassen. § 25 Abs 3 GSpG wurde durch das Ausspielungsbesteuerungsänderungsgesetz (BGBl I 2005/105) neu gefasst und trat am 27. 8. 2005 in Kraft. Die Materialien (ErläutAA 116 BlgNR 22. GP 237 f) führen dazu aus:

„Hinzu kommt, dass die Zahl der Spielbankstandorte in den Nachbarstaaten Österreichs - insbesondere in Grenznähe zu Österreich - exorbitant zugenommen hat. Diese unterliegen wesentlich lockereren - teilweise überhaupt keinen - Regimes zum Spielerschutz. ... Damit soll dem Spieler die Suchtgefahr bewusst gemacht und er angeregt werden, nicht auf andere Spielbanken oder das Internet auszuweichen, auf welche die Spielbank keinen Einfluss hat ...“

Daraus geht hinreichend deutlich hervor, dass der Gesetzgeber mit der Neufassung des § 25 Abs 3 GSpG nur Spielbanken, also „terrestrische Casinos“, in die Pflicht nehmen wollte. Obwohl er von der Möglichkeit des Spielens im Internet wusste, bezog er diese Art des Glücksspiels nicht in die Schutzbestimmung des § 25 Abs 3 GSpG ein. Eine planwidrige Lücke liegt daher nicht vor, die analoge Anwendung von § 25 Abs 3 GSpG auf elektronische Lotterien scheidet daher aus.

Ungeachtet dessen wäre sie auch in der Sache nicht gerechtfertigt: Der Gesetzgeber hat den verschiedenen Gefahren der verschiedenen Arten des Glücksspiels auf jeweils unterschiedliche Weise Rechnung getragen. Während es für einen Spielbankbesucher (der von § 25 Abs 3 GSpG geschützt ist) kein höhenmäßiges Limit eines Spieleinsatzes gibt, ist nach den Feststellungen bei der elektronischen

Lotterie das Wochenlimit auf 800 EUR beschränkt.

3.1. Bei dieser Sachlage besteht aber keine Grundlage dafür, wie das Berufungsgericht den von § 25 Abs 3 GSpG verfolgten Zweck auf die nach allgemeinem bürgerlichen Recht zu beurteilenden Schutz- und Sorgfaltspflichten übertragen zu wollen und somit die Bestimmung quasi „durch die Hintertür“ dennoch einzuführen und anzuwenden.

3.2. Was die - unter Außerachtlassung des § 25 Abs 3 GSpG - die Beklagte treffenden Schutz- und Sorgfaltspflichten betrifft, ist Folgendes auszuführen:

Das Glücksspiel ist deshalb gefährlich, weil es zur Sucht werden kann, die die finanziellen und wirtschaftlichen Grundlagen des Süchtigen (und womöglich auch seiner Angehörigen) zerstören kann. Nun wohnt aber jeder Sucht (zB Alkoholsucht, Nikotinsucht, Drogensucht, Magersucht, Esssucht, Kaufsucht uam) die Gefahr der Zerstörung der eigenen (wirtschaftlichen oder auch körperlichen) Existenz inne. Im Allgemeinen legt die Rechtsordnung aber den Vertragspartnern von Süchtigen keine Pflichten dergestalt auf, diese vor ihrer Sucht und der damit verbundenen Selbstschädigung zu schützen: So ist etwa der Winzer nicht dazu verpflichtet, sich vor dem Verkauf von Wein über eine allfällige Alkoholsucht des Käufers zu erkundigen. Der durch den Wein geschädigte Alkoholsüchtige kann weder den Kaufpreis des Weins zurückverlangen noch vom Winzer Schadenersatz für die vom Wein verursachte Gesundheitsschädigung verlangen.

Der Schutz der Süchtigen wird vom Gesetzgeber einerseits (nur) dort verfolgt, wo Verbotsnormen (zB das SMG) bestehen, andererseits dadurch, dass Rechtsgeschäfte eines Süchtigen, der (wegen seiner Sucht) geschäftsunfähig

ist, unwirksam sind und dadurch dem Süchtigen zur Rückabwicklung eines unwirksamen Rechtsgeschäfts Bereicherungsansprüche zustehen.

Auch *P. Bydlinski*, Zivilrechtsfragen des „kleinen“ Automatenglücksspiels, ÖJZ 2008, 697 (704, 706, 709) vertritt die Ansicht, beim Automatenglücksspiel, auf das § 25 Abs 3 GSpG nicht anwendbar sei, treffe (sofern sonst keine speziellen Schutznormen für Spieler bestehen) den Betreiber gegenüber dem Spieler nur in „Extremfällen“ eine Haftung, etwa bei positiver Kenntnis des Betreibers von der Existenzgefährdung durch das Glücksspiel.

Im vorliegenden Fall wurde die Existenzgefährdung des Klägers durch sein Spielen nicht festgestellt, geschweige denn die Kenntnis der Beklagten davon.

3.3. Im Licht dieser Erwägungen ist dem Erstgericht beizupflichten, dass der Beklagten weder ein Verstoß gegen gesetzliche Bestimmungen oder die Auflagen des Konzessionsbescheids vorzuwerfen ist noch angesichts der festgestellten Überprüfungsmaßnahmen eine Verletzung von vertraglichen Schutz- und Sorgfaltspflichten zur Last fällt.

4. Die Ansprüche des Klägers bestehen daher nicht zu Recht, weshalb das klagsabweisende Urteil des Erstsgerichts wiederherzustellen war.

5. Die Kostenentscheidung gründet auf den §§ 41, 50 ZPO. Für den Rekurs und die Rekursbeantwortung steht nur der einfache Einheitssatz zu.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 19. Dezember 2012
Dr. P i m m e r
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: