

September 2024

Update

Diese Ausgabe behandelt die neueste Judikatur des OGH zu den Themen:

- Keine Macht dem illegalen Glücksspiel!
- Gemeinsamer Irrtum keine taugliche Waffe im Kampf gegen Gewährleistung

1. Judikatur

- ▷ **Keine Macht dem illegalen Glücksspiel!:** Die Klägerin betreibt von Malta aus eine Website, über die sie **Dienstleistungen im Bereich des Glücksspiels anbietet**. Dies jedoch **ohne die hierfür notwendige Konzession zu haben**. Die Beklagte spielte auf jener Website online Glücksspiele und ließ sich daraufhin auch den dabei erwirtschafteten Gewinn ausbezahlen. **Diesen begehrt die Klägerin nun zurück, da sie den Vertrag als absolut nichtig betrachtet**. Die Nichtigkeit ergibt sich dabei aus § 879 Abs. 1 ABGB, da der Betrieb eines Glücksspiels ohne Konzession **gesetzlich verboten ist**. Die Beklagte wendete ein, dass dieser Vorgang rechtsmissbräuchlich wäre, da der Klägerin die Illegalität des Betriebs bekannt war. Das Erstgericht wies das Klagebegehren mit der Begründung ab, dass das anwendbare Glücksspielgesetz nicht den Schutz des Anbieters illegalen Glücksspiels bezwecke. Das Berufungsgericht jedoch sprach der Klägerin die rückgeforderten Gewinne zu. Es qualifizierte das Glücksspielgesetz nicht als Schutznorm, sondern als Verbotsnorm, da es nicht zum Schutz lediglich einer Partei bestehe, sondern generell den Anreiz des illegalen Glücksspiels mindern soll. Der Verbotszweck erfordere somit eine absolute Nichtigkeit, auf die sich jede Partei berufen kann und die von Amts wegen wahrzunehmen ist. Der Oberste Gerichtshof entschied ebenfalls im Sinne der Klägerin. **Ob ein Vertrag absolut oder relativ nichtig ist, hänge vom Verbotszweck ab. Auf eine absolute Nichtigkeit kann sich jede Partei berufen und die von ihr erbrachte Leistung zurückfordern. Eine solche liegt vor allem dann vor, wenn eine Verbotsnorm im Allgemeininteresse erlassen wurde. Bei relativer Nichtigkeit kann sich nur die vom Verbotszweck geschützte Partei auf die Nichtigkeit berufen und ihre Leistung zurückfordern. Zudem ist die relative Nichtigkeit nicht wie die absolute von Amts wegen wahrzunehmen, sondern die betroffene Partei muss sich darauf berufen. Tut sie dies nicht, so bleibt der Vertrag wirksam.** Die Nichtigkeit selbst ergibt sich in beiden Fällen aus § 879 Abs. 1 ABGB, während die Rückabwicklung über das Bereicherungsrecht gemäß § 877 ABGB erfolgt. **Auch bei der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung von Leistungen aus einem nach § 879 ABGB nichtigen Rechtsgeschäft ist der Zweck der verletzten Norm, welche die Ungültigkeit des Geschäfts**

verursacht, zu berücksichtigen. Wenn das Verbotsgesetz ausnahmsweise lediglich darauf abzielt, die Entstehung von durchsetzbaren Verpflichtungen zu verhindern, ohne die tatsächlich erfolgte Vermögensverschiebung zu missbilligen, entsteht durch die Nichtigkeit allein kein Rückforderungsanspruch. Ob das aus einem nichtigen Vertrag Erhaltene zurückzugeben ist, hängt somit vom Zweck der verletzten Norm ab. Wenn ein Spieler bei einer Niederlage seinen Einsatz zurückfordern und bei einem Sieg den ausgezahlten Gewinn behalten könnte, würde er faktisch ohne Risiko spielen. Dies würde ein erhebliches Suchtpotenzial fördern. Besteht jedoch die Möglichkeit, dass der Veranstalter den unrechtmäßig ausgezahlten Gewinn nach Bereicherungsrecht zurückfordern kann, wird auch der Spieler davon abgeschreckt, bei einem konzessionslosen Veranstalter zu spielen. Damit wird dem illegalen Glücksspiel Betrieb die Grundlage entzogen, was jedenfalls dem Verbotszweck entspricht (8 Ob 21/24g).

Dieses Update betrifft folgende Teile der Bücher:

- Zankl, Bürgerliches Recht¹⁰ Rz 87 ff
- Zankl, Casebook Bürgerliches Recht¹¹ Fälle 170, 255b
- Zankl, Zivilrecht 24⁴ Seite 50 und unter dem Begriff „Gesetzeswidrigkeit“

- ▷ **Gemeinsamer Irrtum keine taugliche Waffe im Kampf gegen Gewährleistung:** Der klagende Käufer erwarb von dem beklagten Gebrauchtwagenhändler im Jänner 2020 ein Auto. Dabei führte er zuvor einen „Fehler-Check“ am Fahrzeug durch, im Zuge dessen er einen Mangel am Getriebe entdeckte. Der Kaufvertrag sowie der Kaufpreis wurden daraufhin im Einvernehmen der Parteien dem Mangel entsprechend gestaltet. Es wurde unter anderem im Kaufvertrag festgehalten, dass das Getriebe zwar geringfügige Mängel aufweist, das Fahrzeug jedoch betriebs- und zulassungsfähig ist. Weder dem Kläger noch dem Beklagten war bekannt, dass das Fahrzeug bereits zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrags aufgrund des Getriebemangels weder verkehrsnach betriebssicher war und damit im Marktwert auch weit hinter der im Kaufvertrag vereinbarten Summe zurücklag. Der Kläger begehrte sohin im Feber 2020 Reparatur aus dem Titel der Gewährleistung, welche der Beklagte jedoch nicht vornahm. Daraufhin machte der Kläger die objektive Preisminderung am Fahrzeug im Titel der Gewährleistung, des Schadenersatzes und per Vertragsanpassung aufgrund eines gemeinsamen Irrtums geltend. Der Beklagte bestritt diese Forderungen und beantragte aufgrund des gemeinsamen Irrtums die Aufhebung des Kaufvertrags. Im Zuge dieser Aufhebung bot er dem Kläger die Rückerstattung des Kaufpreises an. Das Erstgericht gab dem Beklagten Recht und wies das Klagebegehren ab. Das Berufungsgericht jedoch erkannte den Anspruch auf die Rückzahlung eines Teils des Entgelts im Titel der Preisminderung als sekundären Gewährleistungsbehelf als zu Recht bestehend an, da Irrtum und Gewährleistung nebeneinander geltend gemacht werden können. Der Oberste Gerichtshof entschied ebenfalls, dass die Einrede der Anfechtung durch den Beklagten nicht durchdringt. Dass Gewährleistung und Irrtum nebeneinander geltend gemacht werden können, steht dabei außer Frage; entscheidend ist, ob der Beklagte den Vertrag aufgrund des gemeinsamen Irrtums erfolgreich anfechten und sich somit der Erfüllung von Gewährleistungsansprüchen entziehen kann. Dies verneint der OGH. Bei Sachmangelgewährleistung bei Speziesschulden liegt in aller Regel nämlich grundsätzlich ein gemeinsamer Irrtum vor, andernfalls würde bei Kenntnis des Mangels durch den Verkäufer der Tatbestand der List erfüllt sein, während bei Kenntnis des Mangels durch den Käufer unter

Umständen aufgrund § 928 ABGB keine Gewährleistung stattfindet. Somit könnte sich also der Verkäufer bei Berücksichtigung der Einrede der Vertragsaufhebung im Regelfall der Folgen der Gewährleistungsansprüche entziehen und das Wahlrecht des Käufers zwischen Gewährleistung und Irrtum umgehen. Dies würde jedoch dem Käufer einen erheblichen Nachteil bescheren, da die Folgen der Gewährleistung ganz andere sind als die der Irrtumsanfechtung. Das Gewährleistungsrecht ist nämlich darauf ausgerichtet, die subjektive Äquivalenz der Leistungen der Vertragspartner in Fällen der Schlechterfüllung wiederherzustellen, indem der Verkäufer die dem Käufer versprochene Leistung doch noch herstellen kann. Bei der Vertragsaufhebung hingegen wird lediglich die objektive Äquivalenz gewahrt, indem die Parteien die jeweils ausgetauschten Leistungen wieder zurückstellen müssen. Da der Beklagte die Einrede der Anfechtung zu dem Zweck erhebt, sich den ihn treffenden Gewährleistungspflichten zu entziehen, bleibt diese Einrede wirkungslos. Auf den begehrten Schadenersatz wurde im Urteil nicht mehr eingegangen, jedoch würde dieser im Titel des Schadenersatzes statt Gewährleistung zugesprochen werden, wenn die Voraussetzungen für das Umsteigen auf die sekundären Behelfe (wie im vorliegenden Fall) gegeben sind und Verschulden vorliegt. Da die regulären Gewährleistungsansprüche verschuldensunabhängig sind, stehen diese als „praktischere“ Ansprüche hier im Vordergrund (9 Ob 67/23b).

Dieses Update betrifft folgende Teile der Bücher:

- Zankl, Bürgerliches Recht¹⁰ Rz 110 ff
- Zankl, Casebook Bürgerliches Recht¹¹ Fälle 10, 113, 114, 116, 139, 172,
- Zankl, Zivilrecht 24⁴ Seite 52 f und unter dem Begriff „Gewährleistung“ und „gemeinsamer Irrtum“