

(Un)wirksamkeit des Rahmenvertrags zwischen Spieler und Online-Glücksspielanbieter?

Anmerkungen zu OGH 3 Ob 44/22z und 6 Ob 229/21a

BEITRAG. Der OGH ist Anfang dieses Jahres in 3 Ob 44/22z und 6 Ob 229/21a zum Thema Passivlegitimation iZm der Rückforderung von Verlusten aus Online-Glücksspiel zu unterschiedlichen Schlussfolgerungen gekommen. Der Beitrag behandelt anlässlich dieser E die Frage der Wirksamkeit des Rahmenvertrags über das Spielerkonto zwischen Spieler und dem jeweiligen Glücksspielanbieter.¹⁾ **ecolex 2023/54**



Mag. **Patrick Mittlböck** ist Rechtsanwalt bei der BRANDL TALOS Rechtsanwälte GmbH in Wien und ist auf wirtschaftsrechtliche Streitigkeiten spezialisiert.

Mag. **Eleonora Zar** ist Rechtsanwaltsanwärterin in Wien.

A. Zu OGH 3 Ob 44/22z

1. Sachverhalt und Hintergrund

OGH 3 Ob 44/22z²⁾ betraf im Kern die Konsequenzen eines Wechsels der Betreibergesellschaft einer Webseite, auf der Online-Glücksspiele unter anderem in Österreich zugänglich gemacht werden. Bei den Gesellschaften handelte es sich um Glücksspielunternehmen mit Sitz in Gibraltar bzw in Malta und einer jeweils dort ausgestellten Online-Glücksspiellizenz. Der Kl eröffnete zunächst 2007 bei der ursprünglichen Betreibergesellschaft mit Sitz in Gibraltar ein Spielerkonto und schloss den Rahmenvertrag zur Nutzung des Glücksspielangebots (Organisation, Verwaltung und Abwicklung des Spielerkontos) ab. Im Jahr 2014 wechselte der Betreiber auf die ebenfalls in Gibraltar ansässige zweite Betreibergesellschaft. Am 27. 11. 2018 kam es zum hier relevanten Betreiberwechsel auf die Bekl mit Sitz in Malta. Dabei wurde der Kl beim Einloggen in sein Spielerkonto informiert, dass seine Beziehung auf die Bekl transferiert werde, wobei der Kl diesem Transfer zustimmte. Der Kl hat neben dem Rahmenvertrag zahlreiche einzelne Glücksspielverträge abgeschlossen. Die Bekl wandte ihre mangelnde Passivlegitimation für die Rückforderung von Glücksspielverlusten vor dem 27. 11. 2018 ein.

2. Beurteilung durch den OGH

Der OGH kam zum Ergebnis, dass es sich um zwei zu unterscheidende Vertragstypen handelt. Zwischen Anbieter und Spieler habe sowohl ein Rahmenvertrag bestanden, welcher als Dauerschuldverhältnis Gegenstand einer Vertragsübernahme gewesen sei und zusätzlich seien wiederkehrend Glücksspielverträge mit der jeweils aktuellen Betreibergesellschaft abgeschlossen worden. Sohin handelte es sich nicht ausschließlich um „(...) einzelne, isoliert voneinander zu betrachtende Glücksspielverträge (...)“,³⁾ sondern auch um einen Rahmenvertrag betreffend die Verwaltung und Organisation des Spielerkontos. Weil auch ein Dauerschuldverhältnis Gegenstand einer Vertragsübernahme sein könne, seien mit dem Stichtag alle wechselseitigen Rechte und Pflichten der Altgesellschaft auf die Neugesellschaft übertragen worden. Die Bekl habe sohin die gesamte vertragliche Rechtsstellung der Altgesellschaft über-

nommen, ohne dass dadurch der Inhalt oder die rechtliche Identität des bisherigen Schuldverhältnisses verändert wurden. Die Bekl habe das Vertragsverhältnis in jener Lage übernommen, in welcher sich dieses zum Stichtag befand. Voraussetzung einer Vertragsübernahme ist die Vereinbarung der beteiligten Parteien,⁴⁾ wobei der OGH diese nicht im Detail einer Auslegung iSd § 914 ABGB unterzogen hat. Vielmehr ging der OGH aufgrund „(...) verständiger Bewertung nach dem Empfängerhorizont (...)“⁵⁾ von einer gänzlichen Enthftung der Altpartei aus.

Der OGH bejahte die Passivlegitimation der Beklagten.

Daher schloss der OGH, dass iS der Einheitstheorie auch die vertragsbezogenen Gestaltungsrechte,

nämlich die einzelnen Bereicherungs- bzw Schadenersatzansprüche auf Rückzahlung der Verluste vor dem Stichtag, transferiert worden seien. Die Vertragsübernahme umfasse somit auch den (passiven) Übergang von Sekundäransprüchen des Kl gegen die Altgesellschaft auf die Bekl. Im Ergebnis sei die Bekl für die Rückforderungsansprüche des Kl auch betreffend Verluste vor dem Betreiberwechsel passiv legitimiert. Der OGH stellte damit das (stattgebende) erstinstanzliche Urteil wieder her.

3. Zu den unterschiedlichen Verträgen

Der OGH beschreibt mit dem Begriff Rahmenvertrag die Abrechnung und Verwaltung des Spielerkontos, womit nicht nur Glücksspieldienstleistungen in Anspruch genommen werden, sondern auch „(...) weitere, dauerhaft zu erbringende Dienstleistungen (...)“.⁶⁾ Das beinhaltet sohin die Verwaltung sämtli-

¹⁾ Die Kanzlei BRANDL TALOS Rechtsanwälte GmbH war in den besprochenen Verfahren 3 Ob 44/22z und 6 Ob 229/21a jeweils als Beklagtenvertreterin beteiligt.

²⁾ OGH 3 Ob 44/22z JusGuide 2022/21/20228 (OGH).

³⁾ OGH 24. 3. 2022, 3 Ob 44/22z Rz 19.

⁴⁾ Lukas in Kletečka/Schauer, ABGB-ON¹⁰¹ § 1406 (Stand 15. 9. 2015, rdb.at) Rz 15.

⁵⁾ OGH 24. 3. 2022, 3 Ob 44/22z Rz 25.

⁶⁾ OGH 24. 3. 2022, 3 Ob 44/22z Rz 19.

cher Einzahlungen, Gewinne und Verluste sowie Boni aus fortlaufenden Teilnahmen an Glücksspielen auf dem Spielerkonto der einzelnen Spieler. Dabei handle es sich um ein Dauerschuldverhältnis, welches die Bekl übernommen habe. Im Zuge dessen seien auch die Rückforderungsansprüche aus den einzelnen Glücksspielverträgen mit übertragen worden.

Der OGH beurteilte den Rahmenvertrag als wirksames Dauerschuldverhältnis.

Dem Abschluss des Rahmenvertrags nachgelagert tätigen die Spieler laufend Einsätze, um an unterschiedlichen Glücksspielen teilzunehmen, und schließen damit jeweils eigene Glücksspielverträge. Die einzeln abgeschlossenen Glücksspielverträge haben immer den gleichen Leistungsinhalt: Einsatz des Spielers im Gegenzug für die Teilnahme am Spiel samt einer Gewinnchance und anschließend uU die Auszahlungen durch den Anbieter.⁷⁾ Die Glücksspielverträge werden somit bei jedem Spiel durch Abschluss der einzelnen Spielrunde abgeschlossen und der abgeschlossene Vertrag zwischen Spieler und Anbieter prompt erfüllt. Aufgrund der vorab genau bestimmten Leistung (Einsatz gegen Gewinnchance) und sofortiger Erfüllung sind diese als Zielschuldverhältnisse zu qualifizieren.⁸⁾

Im Ergebnis ist somit zwischen dem Rahmenvertrag als Dauerschuldverhältnis und den einzelnen Glücksspielverträgen als Zielschuldverhältnissen zu unterscheiden.

B. Widersprüchliche Judikatur zum Spielerkontovertrag

Die Erwägungen des OGH werfen nun die Frage auf, ob ein Vertrag, dessen Inhalt zu einem Großteil in der Organisation bzw Abwicklung von nach der Judikatur des OGH verbotenen, weil nicht in Österreich konzessionierten Glücksspielen besteht, wirksam ist. Die Beurteilung des OGH in der hier behandelten Entscheidung, wonach der Rahmenvertrag als Dauerschuldverhältnis wirksam ist, steht in auffälligem Widerspruch zu rezenten Entscheidungen des OGH zum selben Problem.

1. Nichtigkeit von Glücksspielverträgen

Der OGH judiziert in stRsp⁹⁾, dass das im GSpG normierte Monopol- bzw Konzessionssystem bei gesamthafter Würdigung nicht gegen Unionsrechts verstößt. Das Online-Glücksspielangebot von Glücksspielanbietern, die sich auf eine gültige Lizenz aus einem anderen EU-Mitgliedsstaat berufen, gilt demnach als verbotenes Spiel.¹⁰⁾ Verträge, denen verbotene Spiele zugrunde liegen, sind nach der Judikatur des OGH absolut nichtig iSd § 879 Abs 1 ABGB.¹¹⁾ Damit können solche Spielverluste, die Spieler bei verbotenen Spielen erlitten haben, nach der Rsp des OGH trotz § 1174 Abs 1 ABGB, wonach etwas, das zur Bewirkung einer unerlaubten Handlung gegeben wurde, nicht zurückgefordert werden kann, bereicherungsrechtlich zurückgefordert werden.¹²⁾ Von dieser Judikatur sind Glücksverträge ieS erfasst, also solche Verträge zwischen einem Spieler und einem nicht nach dem GSpG konzessionierten Online-Glücksspielanbieter, denen ein aleatorisches Moment zugrunde liegt.¹³⁾ Damit ist also zB die Hingabe des Einsatzes im Gegenzug für die Gewinnchance beim Online-Automatenspiel erfasst.

2. (Un)wirksamkeit des Spielerkontorahmenvertrags

Erst kürzlich hatte der OGH die Frage zu beurteilen, ob ein Glücksspielanbieter gegenüber dem Spieler auch für Verluste

haftet, die dieser beim Online-Poker¹⁴⁾ an andere Mitspieler verloren hatte.¹⁵⁾ Beim Poker spielen die Spieler untereinander, der Anbieter organisiert lediglich das Spiel und wickelt es technisch gegen eine Gebühr ab. In diesem Zusammenhang war ua fraglich, ob der Rahmenvertrag zwischen Spieler und Anbieter, der kein aleatorisches Moment, sondern lediglich Vorbereitungs- bzw Begleitmaßnahmen zum Glücksspiel ieS beinhaltet, ebenfalls als nichtiger, weil verbotenes Glücksspiel beinhaltender, Vertrag zu qualifizieren ist. Grundsätzlich sind Vorbereitungsgeschäfte, Hilfsgeschäfte und Nebengeschäfte keine Glücksverträge iSd §§ 1267 ff ABGB.¹⁶⁾ Allerdings hatte der OGH¹⁷⁾ bereits iZm einem verbotenen Pyramidenspiel judiziert, dass auch das Vertragsverhältnis betreffend die organisatorische bzw verwaltende Tätigkeit eines Unternehmens nichtig ist, weil es nicht vom eigentlichen Spielbetrieb getrennt werden kann. Obwohl dies uE für den Rahmenvertrag des Online-Spielerkontos nicht zutrifft, weil dasselbe Spielerkonto zumeist auch die Teilnahme an Angeboten zulässt, die nicht dem Glücksspielmonopol unterliegen, verweist der OGH auch in diesem Zusammenhang auf die Erwägungen zum verbotenen Pyramidenspiel.

Der OGH sah sowohl den Glücksvertrag als auch den Rahmenvertrag als unerlaubt und daher nichtig an.

IZm Online-Poker führte der OGH aus, dass „bereits das konzessionslose Veranstalten, Anbieten oder Zugänglichmachen von Glücksspiel durch einen Unternehmer verboten [ist]“.¹⁸⁾ In weiterer Folge begründete der OGH die Passivlegitimation des Online-Glücksspielanbieters für sämtliche Verluste aus Online-Poker auch damit, dass der Spieler die Einzahlungen auf das Nutzerkonto an den Anbieter auf „(...) Grundlage der (unwirksamen) vertraglichen Vereinbarung (...)“ geleistet hat. Der OGH hielt ferner fest, dass die Bereicherung des Anbieters bereits durch diese Einzahlung gegeben war, und zwar unabhängig davon, „(...) dass es sich dabei jeweils noch nicht um die Leistung eines Spieleinsatzes im Rahmen eines unerlaubten Glücksvertrags (dazu RS0025607 [T 1, T 4]; 1 Ob 190/17v) handelte.“¹⁹⁾

Zusammengefasst sah der OGH sohin nicht nur den zwischen dem Spieler und dem Anbieter als Glücksvertrag ieS zu qualifizierenden Vertrag betreffend das eigentliche Glücksspiel als unerlaubt und daher nichtig an, sondern auch den als Rahmenvertrag zu bezeichnenden Vertrag betreffend die Organisation, Abwicklung und Administration des Glücksspiels.

⁷⁾ Strojček/Bresich (Hrsg), Glücksspielgesetz (2009) 50; Schwartz/Wohlfahrt, GSpG² (2006) § 1 Rz 25; Rapani/Kotanko in Zillner (Hrsg), Kommentar zum Glücksspielgesetz § 1 GSpG Rz 5.

⁸⁾ Wiebe in Kletečka/Schauer, ABGB-ON¹⁰⁴ § 859 Rz 23 (Stand 2.1.2022, rdb.at).

⁹⁾ RIS-Justiz RS0130636 [T 7].

¹⁰⁾ § 2 Abs 4 GSpG.

¹¹⁾ Krejci/Böhler in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 1274 Rz 77.

¹²⁾ RIS-Justiz RS0025607 [T 1].

¹³⁾ RIS-Justiz RS0102178; Krejci/Böhler in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 1274 Rz 2.

¹⁴⁾ Poker ist per Legaldefinition Glücksspiel (§ 1 Abs 2 GSpG).

¹⁵⁾ OGH 6 Ob 229/21a Zak 2022/235.

¹⁶⁾ Stefula in Klang³ § 1267 ABGB Rz 5.

¹⁷⁾ OGH 5 Ob 506/96 ÖJZ 1997/3 (EvBl).

¹⁸⁾ OGH 2. 2. 2022, 6 Ob 229/21a Rz 20 mwN.

¹⁹⁾ OGH 2. 2. 2022, 6 Ob 229/21a Rz 25.

3. Widerspruch zu OGH 6 Ob 229/21a

In Zusammenschau mit der eingangs behandelten E des OGH betreffend die Folge eines Betreiberwechsels ergibt sich nun ein Widerspruch aufgrund der vom OGH getroffenen Erwägungen zur Wirksamkeit des Rahmenvertrags zwischen einem Spieler und einem Online-Glücksspielanbieter. In beiden Fällen handelte es sich nämlich um ein Vertragsverhältnis zwischen Spieler und Anbieter mit demselben Inhalt, nämlich die Verwaltung des Nutzerkontos ua für die Inanspruchnahme von Online-Glücksspiel.

Wie bereits ausgeführt, ist nach der Rsp²⁰⁾ des OGH jedoch auch ein Vertrag, der die Abwicklung bzw Organisation von verbotenem Glücksspiel beinhaltet, absolut nichtig iSd § 879 Abs 1 ABGB. Absolut nichtige Verträge iSd § 879 Abs 1 ABGB sind von Anfang an unwirksam.²¹⁾ Nach der Rsp des OGH zur Vertragsübernahme können bereits abgewickelte, also beiderseitig erfüllte, Verträge nicht Gegenstand einer Vertragsübernahme sein.²²⁾ Daraus folgt uE, dass absolut nichtige Verträge ebenfalls nicht im Wege einer Vertragsübernahme iSd § 1406 ABGB übernommen werden können.

Mit der Frage, ob ein von Anfang an nicht existenter (weil absolut nichtiger) Vertrag überhaupt Gegenstand einer Vertragsübernahme sein kann, hat sich der OGH in der E OGH 3 Ob 44/22z²³⁾ nicht gesondert auseinandergesetzt. Aufgrund der Wortwahl des OGH in dieser E („[...] keine endgültig abgewickelte Vertragsbeziehung, [...] sondern die bis dahin bestandene Rahmenvereinbarung weiter aufrecht bleiben sollte“²⁴⁾) ist uE davon auszugehen, dass der OGH den als Dauerschuldverhältnis eingeordneten Rahmenvertrag als wirksam bzw nicht als nichtig qualifiziert hat.²⁵⁾ Dieser Eindruck verstärkt sich auch dadurch, dass der OGH im Hinblick auf die Einheitstheorie auf die E des OGH zu 4 Ob 355/97b²⁶⁾ verwiesen hat, die ebenfalls eine grundsätzlich wirksame Rahmenvereinbarung zum Gegenstand hatte.²⁷⁾

C. Folgerungen

Weil der Rahmenvertrag über das Spielerkonto wesentlich umfassendere Rechte und Pflichten zwischen Anbieter und Spieler beinhaltet als beim verbotenen Pyramidenspiel, sprechen uE im Ergebnis die besseren Argumente dafür, dass der Rahmenvertrag – entgegen der Annahme des OGH in der E 6 Ob 229/21a – wirksam ist. Es bleibt abzuwarten, ob dieser Widerspruch in künftigen Verfahren zu abweichenden rechtlichen Beurteilungen führen wird.

Schlussstrich

Die rechtliche Beurteilung des OGH zur Wirksamkeit des Rahmenvertrags betreffend die Organisation und Abwicklung des Spielerkontos in der E betreffend die Folge eines Betreiberwechsels (4 Ob 44/22z) ist widersprüchlich zu jener betreffend Verluste aus Online-Poker (6 Ob 229/21a): Die E 4 Ob 44/22z geht von einer umfassenden Vertragsübernahme des wirksamen Rahmenvertrags aus, während die E 6 Ob 229/21a auf die absolute Nichtigkeit jenes Vertrags erkennt. Diese Positionen passen nicht zueinander.

²⁰⁾ OGH 6 Ob 229/21a Zak 2022/235; OGH 5 Ob 506/96 ÖJZ 1997/3 (EvBl).

²¹⁾ *Krejci in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 879 ABGB Rz 511.

²²⁾ RIS-Justiz RS0123377.

²³⁾ OGH 3 Ob 44/22z JusGuide 2022/21/20228 (OGH).

²⁴⁾ OGH 24. 3. 2022, 3 Ob 44/22z Rz 27.

²⁵⁾ OGH 24. 3. 2022, 3 Ob 44/22z Rz 19 und 27.

²⁶⁾ 4 Ob 355/97b RdW 1998, 334.

²⁷⁾ OGH 24. 3. 2022, 3 Ob 44/22z Rz 26.

RECHTSPRECHUNG

Bearbeitet von Arlinda Berisha, Natascha Brandstätter, Andreas Herrmann, Victoria Michler, Ljubica Mrvosevic, Sarina Illo Ortner, Dominik Prankl und Christina Stotter

Verkehrssicherungspflichten auf Spielplätzen: Notwendigkeit regelmäßiger Kontrollen auch ohne entsprechenden Hinweis in den Herstellervorgaben

ecolex 2023/55

§§ 1295 ff, 1313a ABGB

OGH 12. 10. 2022, 1 Ob 168/22w

Erfüllungsgehilfenhaftung; Herstellervorgaben; Kontrollpflichten; Schadenersatz; Schaukel; Sicherungstift; Spielplatz; Verkehrssicherungspflichten

1. An die Verkehrssicherungspflicht auf Spielplätzen sind besonders strenge Anforderungen zu stellen, was eine besondere Verantwortung für die Ausstattung und den Erhaltungszustand von Spielgeräten in sich schließt. Allerdings ist auch in diesem Bereich die Grenze des Zumutbaren zu beachten.

2. Die Notwendigkeit regelmäßiger Kontrollen des Sicherungstifts einer Schaukelanlage kann auch dann gegeben sein, wenn die Herstellervorgaben diese Überprüfung nicht vorsehen, aber feststeht, dass technisch das Zerlegen des Gewindes und das Herauslösen des Sicherungstifts im Zuge der jährlichen Kontrollen sinnvoll gewesen wäre und sich die Notwendigkeit regelmäßiger Kontrollen bereits aus der Funktion und der Bedeutung des Sicherungstifts ergab.

3. Die Haftung des Schuldners nach § 1313a ABGB wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Gehilfe aufgrund seiner Sachkenntnisse selbständig arbeitet und der Schuldner gar