

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Hon.-Prof. Dr. Kuras als Vorsitzenden, die Hofrätinnen Dr. Tarmann-Prentner und Mag. Korn, den Hofrat Dr. Stefula und die Hofrätin Mag. Wessely-Kristöfel als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei S*****, vertreten durch Ing. Dr. Wolfgang Gappmayer, LL.M., Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei S*****, vertreten durch Walch|Zehetbauer|Motter Rechtsanwälte OG in Wien, wegen 9.900 EUR sA, über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Handelsgerichts Wien als Berufungsgericht vom 17. Juni 2020, GZ 60 R 20/20a-20, mit dem das Urteil des Bezirksgerichts für Handelssachen Wien vom 21. Februar 2020, GZ 3 C 274/19v-16, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

B e s c h l u s s

gefasst:

Der Revision wird Folge gegeben. Die Urteile der Vorinstanzen werden aufgehoben und die Rechtssache wird zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

B e g r ü n d u n g :

[1] Die Beklagte ist sowohl im Geschäftsfeld des Sicherheitsgewerbes als auch der Schließfachvermietung tätig. Bis Ende des Jahres 2018 hat sie die Vermietung sowohl von legitimierten als auch von anonymen Tresorschließfächern angeboten. Seit Anfang 2019 bietet sie nur noch die Vermietung von legitimierten Schließfächern an.

[2] Die Klägerin wollte ein anonymes Schließfach anmieten, da es ihr wichtig war, dass niemand weiß, wo sie ihre Wertsachen lagert. Sie informierte sich im Internet über Anbieter von anonymen Schließfächern und kam auf diesem Weg zur Beklagten, die ihr seriös und mit hohen Sicherheitsstandards ausgestattet erschien. Am 4. 5. 2015 mietete sie erstmals ein anonymes Schließfach bei der Beklagten für die Laufzeit von zwei Jahren. Am 20. 4. 2016 stieg sie auf ein größeres anonymes Schließfach um und verlängerte die Vertragslaufzeit auf zehn Jahre bis 4. 5. 2025. Am 28. 9. 2017 erkundigte sie sich aus eigenem beim Geschäftsführer der Beklagten, ob sie einen Rabatt bei der Verlängerung des Mietvertrags erhalten könne. Dies wurde ihr vom Geschäftsführer zugesagt. Daraufhin verlängerte sie über eigenen Wunsch die Mietdauer bis 4. 5. 2031 und erhöhte unter einem die Versicherungssumme. Sie bezahlte das Mietentgelt von insgesamt (unstrittig) 10.918 EUR jeweils in bar im Vorhinein bei Vertragsabschluss.

[3] Mit Schreiben vom 6. 2. 2018 erklärte die Klägerin die vorzeitige Auflösung des Mietvertrags und berief sich dabei auf die lange Vertragslaufzeit und ihre Befürchtung, dass aufgrund vorangegangener Ereignisse der Ort der Verwahrung in der Filiale der Beklagten nicht mehr sicher wäre.

[4] Mit dem die Übertretung finanzmarktrechtlicher Bestimmungen betreffenden Erkenntnis vom 24. 10. 2018, Ro 2017/02/0025, qualifizierte der VwGH die hier Beklagte als Finanzinstitut gemäß § 1 Abs 2 Z 6 BWG, das bei der von ihr angebotenen Schließfachvermietung zur Einhaltung der Geldwäschebestimmungen des BWG und des FM-GwG verpflichtet ist. Damit wurde das gegen den Geschäftsführer der Beklagten ergangene Straferkenntnis wegen Verletzung der § 23 Abs 1 Z 3 iVm § 34 Abs 1 Z 8 FM-GwG, weil er es als nach außen vertretungsbefugtes Organ seit 18. 12. 2014 unterlassen habe, bei der Vermietung von anonymen Fächern Verfahren schriftlich festzulegen, nach denen die Identität der Mieter festgestellt und überprüft werden müsse, bestätigt.

[5] Die **Klägerin** beehrte von der Beklagten infolge Rücktritts vom Vertrag die Rückzahlung von 9.900 EUR samt 4 % Zinsen seit 28. 3. 2018. Unter anderem brachte sie vor, dass die Beklagte sie nicht darüber aufgeklärt habe, dass sie als Finanzinstitut gemäß § 1 Abs 2 Z 6 BWG bei der von ihr angebotenen Schließfachvermietung zur Einhaltung der Geldwäschebestimmungen des BWG und des FM-GwG verpflichtet sei. Das Geschäftsmodell der Beklagten hinsichtlich anonymer Schließfächer widerspreche dem Gesetz und stelle eine Übertretung des BWG und des FM-GwG dar. Es liege Nichtigkeit infolge Gesetzeswidrigkeit gemäß § 879 ABGB vor. Der Verbotszweck mache die Ungültigkeit des Geschäfts notwendig. Die Tatsache, dass eine anonyme Vermietung von Schließfächern rechtswidrig sei, sei für die Klägerin jedenfalls ein Umstand, unter dem sie das Geschäft niemals eingegangen wäre. Der Irrtum sei von der Beklagten veranlasst worden.

[6] Die **Beklagte** bestritt und wendete – soweit für das Revisionsverfahren von Interesse – ein, dass das

Erkenntnis des VwGH in keiner Weise die Nichtigkeit noch laufender Verträge über anonymisierte Schließfächer bewirke. Die Entscheidung habe keine direkte Auswirkung auf Verträge zwischen der Beklagten und ihren Kunden.

[7] Das **Erstgericht** wies das Klagebegehren ab.

[8] Das **Berufungsgericht** bestätigte diese Entscheidung. Nicht jede Gesetzesverletzung mache ein Rechtsgeschäft nichtig. Entscheidend sei der Verbotszweck der verletzten Norm. § 23 FM-GwG regle „Anforderungen an die interne Organisation und Schulungen“. Ihr Zweck liege darin Strategien, „Kontrollen und Verfahren zur wirksamen Minderung der Risiken von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung“ einzurichten und umzusetzen und die Verletzung verwaltungsstrafrechtlich zu sanktionieren. Der Gesetzesbestimmung könne jedoch nicht entnommen werden, dass durch die Bestimmung beabsichtigt sei, einen zivilrechtlichen Vertrag mit Nichtigkeit zu sanktionieren, wenn die Pflichten zur Vermeidung von zB Geldwäscherei verletzt würden. Der Schließfachvertrag zwischen der Klägerin und der Beklagten sei am 20. 4. 2016 geschlossen worden. Das FM-GwG sei erst am 1. 1. 2017 in Kraft getreten. Schon aus diesem Grund müsse die Irrtumsanfechtung versagen, weshalb sich weitere Rechtsfragen nicht mehr stellten.

[9] Die ordentliche Revision wurde vom Berufungsgericht nachträglich über Antrag der Klägerin gemäß § 508 ZPO für zulässig erklärt, weil das Bestehen einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht nach § 40 BWG aF darüber, dass die anonyme Vermietung von Schließfächern rechtswidrig sei, nicht ausgeschlossen werden könne.

[10] Gegen das Berufungsurteil richtet sich die wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung erhobene **Revision der**

Klägerin mit einem auf Klagsstattgebung gerichteten Abänderungs-, hilfsweise mit einem Aufhebungs- und Zurückverweisungsantrag.

[11] Die Beklagte beantragt in ihrer Revisionsbeantwortung, die Revision zurück-, hilfsweise abzuweisen.

[12] Die Revision ist zur Klarstellung der Rechtslage **zulässig**, sie ist im Sinne ihres Aufhebungsantrags auch **berechtigt**.

[13] 1.1 Die Klägerin macht weiterhin geltend, der mit der Beklagten geschlossene Vertrag sei wegen Verstoßes gegen die Bestimmungen zur Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung nichtig. Die Leistung der Beklagten sei nicht erzwingbar und würde die Aufrechterhaltung der Vertragsbeziehung in der von der Beklagten geschuldeten Form die Verwirklichung eines Dauerdelikts und einen massiven Verstoß gegen Allgemeininteressen darstellen.

[14] 1.2 Gemäß § 879 Abs 1 ABGB ist ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig. Nichtigkeit infolge Gesetzwidrigkeit ist nach der Rechtsprechung aber nur dann anzunehmen, wenn diese Rechtsfolge entweder ausdrücklich normiert ist oder der Verbotszweck der verletzten Norm die Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts notwendigerweise verlangt und sich diese nicht mit der Verhängung anderer Rechtsfolgen, wie beispielsweise mit einer Bestrafung, begnügt (RIS-Justiz RS0016837; RS0016840). Die Annahme einer Nichtigkeitssanktion setzt im Allgemeinen voraus, dass der Inhalt des Vertrags die Übertretung eines gesetzlichen Verbots bewirkt bzw dazu verpflichtet oder dessen Ausführung eine verbotene Handlung erfordert, sowie dass bei

einer Verneinung der Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts die Erreichung des vom Gesetzgeber angestrebten Zwecks gefährdet wäre (4 Ob 134/19p).

[15] 1.3 Bei teilweiser Unerlaubtheit ist nach dem Zweck der Verbotsnorm zu beurteilen, ob der Vertrag teilweise gültig oder zur Gänze ungültig ist (RS0016431; RS0016417). Kein Vertragsteil kann sich darauf berufen, er hätte den Vertrag nur mit dem unerlaubten Inhalt oder gar nicht abgeschlossen. Eine solche Bedachtnahme auf den Parteiwillen widerspricht insbesondere dann dem Normzweck, wenn der andere Vertragspartner geschützt werden soll (RS0016417 [T7]). Nur soweit der Verbotszweck weder für noch gegen Restgültigkeit bzw gänzliche Unwirksamkeit spricht, hängt es entsprechend § 878 Satz 2 ABGB doch vom hypothetischen Parteiwillen ab, ob der Vertrag teilweise aufrecht bleibt oder nicht; dies gilt auch bei teilweise unerlaubter Hauptleistung (RS0016431 [T15]; s auch *Riedler* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ § 879 Rz 52).

[16] 1.4 Zutreffend hat daher bereits das Berufungsgericht darauf abgestellt, ob der Verbotszweck der hier verletzten „Sorgfaltspflichten“ die Nichtigkeit des zwischen den Parteien über das Schließfach abgeschlossenen Mietvertrags erfordert.

[17] 2.1 Nach der mit 31. 12. 2016 außer Kraft getretenen Bestimmung des § 40 Abs 1 Z 1 BWG hatten Kredit- oder Finanzinstitute vor Begründung einer dauernden Geschäftsbeziehung die Identität eines Kunden festzustellen und zu überprüfen.

[18] Nach der Rechtsprechung (RS0122474; RS0122479; RS0126061) und der überwiegenden Lehre (vgl *Blume* in *Dellinger*, BWG [6. Lfg 2011] § 40 Rz 156) bezweckte die mit „Sorgfaltspflichten zur Bekämpfung von

Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung“ überschriebene Bestimmung des § 40 BWG die Unterstützung der Aufsichts- und Strafbehörden bei der Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung; sie diene damit nur Allgemeininteressen und stelle keine Schutznorm zugunsten einzelner Geschädigter dar. Demgemäß kam der Oberste Gerichtshof in der Entscheidung 3 Ob 154/12m zu dem Ergebnis, dass ein allfälliger Verstoß gegen die Verpflichtung zur Identitätsprüfung im dortigen Kontext nicht zu einer Nichtigkeit des abgeschlossenen Kontoeröffnungsvertrags führe.

[19] 2.2 Das mit 1. 1. 2017 in Kraft getretene FM-GwG wurde auch in Umsetzung der RL (EU) 2015/849 geschaffen. Der Inhalt der Verpflichtungen im Zusammenhang mit der Überprüfung und Feststellung der Identität hat sich insoweit im Wesentlichen nicht verändert. In einzelnen Punkten wurde nachgeschärft (*Jedlicka in Dellinger*, BWG [10. Lfg 2020] Exkurs FM-GwG, § 34 Rz 19). Nach § 6 Abs 1 Z 1 FM-GwG umfassen die Sorgfaltspflichten gegenüber dem Kunden die Feststellung der Identität des Kunden und die Überprüfung der Identität auf der Grundlage von Dokumenten, Daten oder Informationen, die von einer glaubwürdigen und unabhängigen Stelle stammen. Dies hat nach § 7 Abs 1 *leg cit* vor Begründung der Geschäftsbeziehung zu erfolgen. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers sind die Sorgfaltspflichten laufend einzuhalten (ErlRV 1335 BlgNR 25. GP 7).

[20] § 7 Abs 7 FM-GwG regelt jene Fälle, in denen die Verpflichteten (nach § 1 Abs 1 *leg cit* Kredit- und Finanzinstitute und Dienstleister in Bezug auf virtuelle Währungen) ihren Sorgfaltspflichten gegenüber einem Kunden nicht nachkommen oder nachkommen können. Die

Pflichtverletzung wird, wenn die Verpflichteten in der Lage sind, die Sorgfaltspflichten anzuwenden, erst mit der Nachholung der ordnungsgemäßen Anwendung der Sorgfaltspflichten oder mit der Beendigung der betroffenen Geschäftsbeziehung beendet (ErlRV 1335 BlgNR 25. GP 8). Damit ist klargestellt, dass es sich bei einem Verstoß in Bezug auf die Identifizierungspflicht um ein Dauerdelikt handelt und das strafbare Verhalten erst mit der Einholung von geeigneten Identifikationsunterlagen beendet ist (*Sylle*, Fehlende Identifizierung des Kunden vor Begründung der Geschäftsbeziehung, ÖBA 2018, 694 [698]).

[21] In Umsetzung der RL (EU) 2018/843 wurde der gemäß § 43 Abs 4 FM-GwG mit 10. 1. 2020 in Kraft getretene § 7 Abs 11 FM-GwG eingeführt. Demnach dürfen bestehende anonyme Schließfächer, sofern die Sorgfaltspflichten gegenüber Kunden gemäß § 6 FM-GwG noch nicht angewandt worden sind, nicht verwendet werden und sind als besonders gekennzeichnet zu führen. Diese dürfen erst in irgendeiner Weise verwendet werden, wenn die Sorgfaltspflichten gegenüber Kunden gemäß § 6 FM-GwG angewandt worden sind.

[22] Seit dem 10. 1. 2020 sind damit bestehende anonyme Schließfächer ebenso wie anonyme Sparbücher zu behandeln. Der Verpflichtete hat bis zur Erfüllung der Sorgfaltspflichten jegliche Art der Nutzung zu unterbinden und darf dem Kunden vor dem genannten Zeitpunkt keinen Zugang zu seinem anonymen Schließfach gewähren. Lediglich die weitere (gesperrte) Verwahrung ist vor der Erfüllung der Sorgfaltspflichten durch den Verpflichteten zulässig. Eine Beendigungspflicht besteht also insoweit nicht (*Krakov/Oexle/Reiher/Zollner* in *Dellinger*, BWG [10. Lfg 2020] Exkurs FM-GwG, § 7 Rz 114).

[23] 3. Damit ist festzuhalten, dass der Mietvertrag im Anlassfall insoweit einen unerlaubten Inhalt hat, als die Parteien vereinbart haben, dass die Vermietung des Schließfachs anonym, das heißt unter Verzicht auf die Einhaltung der Identifizierungspflicht nach dem BWG (bzw nunmehr FM-GwG) erfolgt. Damit liegt eine Teilnichtigkeit vor.

[24] Das zwischen dem Verpflichteten und dem Kunden – wie hier – über die Vermietung eines Schließfachs zur Verwahrung von Wertgegenständen geschlossene Geschäft als solches ist indessen nicht verpönt. Das kommt auch deutlich in den Vorschriften des nunmehrigen FM-GwG zum Ausdruck: Da die Bestimmung des § 7 FM-GwG eine Pflicht zur Nachholung der Anwendung der Sorgfaltspflichten statuiert und bis dahin die Geschäftsbeziehung „einfriert“, geht das Gesetz selbst grundsätzlich von der Gültigkeit der unter Verletzung der Sorgfaltspflichten abgeschlossenen Verträge aus.

[25] Eine Gesamtnichtigkeit des zwischen den Parteien abgeschlossenen Mietvertrags sehen weder die gesetzlichen Bestimmungen vor, noch verlangt der Schutzzweck der Verbotsnorm eine solche. Dieser erfordert aber auch nicht zwingend die Restgültigkeit des Vertrags. Vielmehr verhält sich der Verbotszweck hier – wie *Graf* (in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 879 Rz 231) es formuliert – „neutral“ zu der Frage, ob der Mietvertrag über das Schließfach teilweise – eben ohne Beibehaltung der Anonymität – aufrecht bleibt. Daher ist auf den hypothetischen Parteiwillen abzustellen, das heißt darauf, ob die Parteien redlicher und vernünftiger Weise auch den restlichen Vertrag geschlossen oder aber den Vertragsabschluss unterlassen hätten (8 ObA 276/94). Nur

sofern sich aus dem hypothetischen Parteiwillen kein eindeutiges Ergebnis ableiten lässt, kann entsprechend § 878 Satz 2 ABGB im Zweifel von der Restgültigkeit des Vertrags ausgegangen werden (*Riedler in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ § 879 Rz 52; Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 879 Rz 231*).

[26] 4. Da die Parteien und die Vorinstanzen diese Rechtslage bislang nicht bedacht haben und daher überrascht würden, ist die Aufhebung der Entscheidungen der Vorinstanzen notwendig. Das Erstgericht wird den Parteien Gelegenheit zur Erstattung eines weiteren Vorbringens zu geben haben und gegebenenfalls nach einer Verfahrensergänzung zur Frage des hypothetischen Parteiwillens eine neuerliche Entscheidung zu treffen haben.

[27] 5. Zu der von der Revisionswerberin im Weiteren geltend gemachten Irrtumsanfechtung ist Folgendes auszuführen:

[28] Nach Ansicht von *Rummel* (in *Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 871 Rz 18*) ist ein Irrtum über die Verbotswidrigkeit/Erlaubtheit von Teilen des Vertrags von § 879 ABGB iVm § 878 Satz 2 ABGB analog abschließend geregelt, weil nur so der Vorrang des Verbotszwecks vor dem hypothetischen Parteiwillen gesichert ist. Auch *Pletzer* (in *Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 871 Rz 37*) geht davon aus, dass der Irrtum über die Verbotswidrigkeit bzw Erlaubtheit eines Geschäfts den eigenen Regelungsmechanismen des § 879 ABGB iVm § 878 Satz 2 ABGB analog unterliegt.

[29] Diese Auffassung ist überzeugend, weil eine zusätzliche Heranziehung irrtumsrechtlicher Normen und damit ein Rückgriff auf den Parteiwillen den Verbotszweck unterlaufen könnte. Der vorliegende Sachverhalt ist daher ausschließlich nach § 879 ABGB iVm § 878 Satz 2 ABGB

analog zu beurteilen. Die vom Berufungsgericht als erheblich bezeichnete Rechtsfrage stellt sich damit nicht.

[30] 6. Der Kostenvorbehalt gründet sich auf § 52 ZPO.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 23. Februar 2021
Dr. K u r a s
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: