

17. 1. Inwieweit ist ein Gesellschaftsvertrag, der den Abschluß von Börsetermingeschäften bezweckt, wirksam, sofern die Börsetermingeschäfte zugleich Spielgeschäfte (Differenzgeschäfte) sind?

2. Ist ein Gesellschaftsvertrag wirksam, der Umsatageschäfte betrifft, die sich äußerlich als Kassageschäfte darstellen, in Wirklichkeit aber Spielgeschäfte sind?

BörsG. §§ 53 flg., 60. BGB. §§ 762, 764.

II. Zivilsenat. Ur. v. 26. Februar 1935 i. S. N. (Bekl.) w. B. (Kl.).
II 241/34.

I. Landgericht Bausen.

II. Oberlandesgericht Dresden.

Der Kläger hat geltend gemacht, die Parteien hätten im März 1926 vereinbart, auf den Namen des Klägers, aber auf gemeinschaftliche Rechnung Börsengeschäfte in Wertpapieren zu machen. Das sei dann auch geschehen. Dabei habe sich schließlich ein Verlust von 50 246,30 RM. ergeben, den der Beklagte zur Hälfte zu tragen habe. Der Kläger hat demgemäß auf Zahlung eines Teilbetrages des Verlustanteils des Beklagten Klage erhoben. Der Beklagte hat die behauptete Vereinbarung bestritten und weiter eingewendet, auch im Fall des Bestehens des angeblichen Gesellschaftsverhältnisses könne der Kläger daraus keine Ansprüche herleiten, weil es Börsengeschäfte zum Gegenstande gehabt habe, die als Spiel im Sinne der §§ 762, 764 BGB. zu gelten hätten.

Die Revision des in beiden Rechtszügen unterlegenen Beklagten führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

1. Das Berufungsgericht hat auf Grund des Briefwechsels der Parteien in Verbindung mit den Befundungen der vernommenen Zeugen für dargetan erachtet, daß diese einen Gesellschaftsvertrag miteinander abgeschlossen haben, um Börsengeschäfte, die der Kläger nach außen lediglich auf seinen Namen abschließen sollte, auf gemeinsame Rechnung zu betreiben. Gegen diese Auslegung des zwischen den Parteien getroffenen Abkommens bestehen keine rechtlichen Bedenken; solche sind auch von der Revision nicht erhoben worden. Es lag danach also eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts vor, und zwar eine sog. Innengesellschaft. Auch für diese Innengesellschaft gilt, soweit etwas anderes nicht vereinbart worden ist oder sich aus den Umständen ergibt, die Vorschrift des § 722 BGB., welche bestimmt, daß jeder Gesellschafter ohne Rücksicht auf die Art und Größe seines Beitrags einen gleichen Anteil am Gewinn und Verlust habe. Das Berufungsgericht hat hiernach ohne Rechtsirrtum angenommen, daß der Beklagte an den Verlusten der Gesellschaft zur Hälfte beteiligt war.

2. Der Beklagte hat die Rechtsgültigkeit des zwischen den Parteien abgeschlossenen Gesellschaftsvertrags geleugnet; er ist der Ansicht, daß der Vertrag keine Rechte und Pflichten zwischen den Parteien habe begründen können, weil er den Abschluß von Differenzgeschäften im Sinn des § 764 BGB. zum Gegenstande gehabt habe.

Das Berufungsgericht hat die tatsächliche Richtigkeit dieses Einwandes des Beklagten dahingestellt gelassen und hat auch auf der Grundlage des Vorliegens von Differenzgeschäften den Anspruch des Klägers auf Erstattung des anteiligen Verlustes für begründet erachtet. Es hat hierzu erwogen:

Differenzgeschäfte, die dem Spiele gleichstünden, seien an sich nicht gesetzwidrig. Sie begründeten zwar im Regelfall keine Verbindlichkeit. Eine gewisse rechtliche Wirkung gestehe ihnen das Gesetz aber dadurch zu, daß es eine Rückforderung des daraus Geleisteten wegen ihrer grundsätzlichen Unverbindlichkeit nicht zulasse (§ 762 BGB.). Völlig gemißbilligt würden sie also durch das Gesetz nicht. Infolgedessen könnten sie nicht als gesetzlich verboten gelten, und auch ein Verstoß gegen die guten Sitten könne darin nicht ohne weiteres gefunden werden. Ein Gesellschaftsvertrag, der Differenzgeschäfte zum Ziele habe, sei daher nicht als nichtig zu betrachten, so daß er unter den Vertragsschließenden die beabsichtigten Rechtsfolgen zu

erzeugen vermöge. Dazu komme, daß der Kläger, auf dessen Namen die Geschäfte vereinbarungsgemäß gehen sollten, die Börsentermingeschäftsfähigkeit nach § 53 BörsG. besessen habe. Endlich würde die Unklagbarkeit der Spekulationsverluste des Klägers auch nicht die Unklagbarkeit seiner aus dem Gesellschaftsvertrage hervorgehenden Beitragsansprüche gegen den Beklagten zur Folge haben.

Diese Erwägungen des Berufungsgerichts halten, jedenfalls in ihrer Allgemeinheit, einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

3. Die Rechtslage ist verschieden zu beurteilen, je nachdem es sich bei den vom Beklagten behaupteten Differenzgeschäften um sog. Kassageschäfte oder um Zeitgeschäfte (Börsentermingeschäfte) — §§ 29, 50 flg. BörsG. — gehandelt hat. Beide Arten von Börsengeschäften können sich als Differenzgeschäfte darstellen. Das Berufungsgericht hat darüber, ob den Gegenstand des Gesellschaftsvertrags Kassageschäfte oder Börsentermingeschäfte gebildet haben, keine Feststellungen getroffen. Die rechtliche Untersuchung hat deshalb unter beiden Gesichtspunkten zu erfolgen.

Börsentermingeschäfte und Kassageschäfte sind an sich wirkliche Kaufgeschäfte. Die Vertragsschließenden wollen Waren oder Wertpapiere kaufen oder verkaufen. Durch den Beweggrund der Vertragsschließenden wird die rechtliche Natur des Geschäfts an sich nicht berührt. Es ist also gleichgültig, ob der Zweck des Geschäfts der dauernde oder der vorübergehende Besitz des Kaufgegenstandes ist, ob dieser zur festen Anlage bestimmt ist oder ob er nur behufs Erzielung eines Gewinnes durch Weiterveräußerung vorübergehend, also zum Zwecke der Spekulation, erworben wird. Daran wird auch durch die Tatsache nichts geändert, daß im Wege der Verrechnung und Ausgleichung zwischen den ursprünglichen Vertragsschließenden, welche die gekaufte Ware von anderer Seite bezogen oder an eine dritte Seite weiterveräußert haben, lediglich der Preisunterschied gezahlt wird.

Andererseits ist es aber auch durchaus denkbar, daß der Wille der Vertragsschließenden nicht auf den Erwerb und die Veräußerung der Waren oder Wertpapiere, sondern nur auf Bezahlung eines Preisunterschiedes gerichtet ist, daß sie sich zwar der Form des Kassageschäfts oder des Termingeschäfts bedienen, in Wirklichkeit aber den durch die zufällige Gestaltung des Preises an einem späteren Tage sich ergebenden Preisunterschied, die Differenz, zum Gegenstande

des Geschäfts gemacht wissen wollen. Alsdann liegt ein reines Spielgeschäft vor.

Zum weitaus größten Teil sind Differenzgeschäfte gleichzeitig Börsentermingeschäfte. Es können jedoch, wie bereits hervorgehoben, auch Umsatzzgeschäfte, die sich äußerlich als Kassageschäfte darstellen, Spielgeschäfte sein. Das hat auch das Reichsgericht in seiner neueren Rechtsprechung anerkannt (vgl. dazu: Staub-Heinichen *HGB.* Bd. 4 Anh. zu § 376 Anm. 98b, 98c, 102, 178; Düringer-Hachenburg-Breit *HGB.* Bd. 5 erste Hälfte Anhang I zum zweiten Abschnitt Anm. 45 S. 434, 435; *RGZ.* Bd. 87 S. 24, Bd. 91 S. 42 [45]; *RGUrt.* in Goldheims *MonSchr.* 1916 S. 114, im Bankarchiv 28 S. 360, in *SeuffArch.* Bd. 83 Nr. 186, Bd. 87 Nr. 89; *WarnRspr.* 1933 Nr. 98). Immerhin wird bei Vorliegen unzweifelhafter Kassageschäfte der Spieleinwand einer besonders sorgfältigen Prüfung bedürfen, da die Natur des Kassageschäfts an sich gegen die Spielabsicht spricht.

4. a) Soweit der Gesellschaftsvertrag den Abschluß von Börsentermingeschäften zum Gegenstande hatte, bedarf es zunächst der Prüfung, ob aus einem solchen Gesellschaftsvertrage überhaupt — abgesehen von dem Differenzeinwande — Verbindlichkeiten für die Parteien erwachsen konnten.

In dieser Hinsicht bestimmt § 60 *BörsG.*, daß die Vorschriften der §§ 52 bis 59 (über Börsentermingeschäfte) auch Anwendung finden auf die Erteilung und Übernahme von Aufträgen, sowie auf die Vereinigung zum Zwecke des Abschlusses von nicht verbotenen Börsentermingeschäften. Diese Vorschrift soll verhindern, daß Personen, die nicht börsentermingeschäftsfähig sind (§ 53 *BörsG.*), indem sie sich mit börsentermingeschäftsfähigen Personen zum Abschluß von Börsentermingeschäften vereinigen und diesen den verbindlichen Abschluß der Geschäfte überlassen, im Wege der Abrechnung an den Börsentermingeschäften beteiligt werden. Es kann kein Zweifel darüber bestehen, daß diese Vorschrift ihrem Zwecke nach auch und sogar gerade auf *Zmengesellschaften* der bezeichneten Art Anwendung zu finden hat.

Schlechthin verbotene Börsentermingeschäfte (§ 50 *BörsG.*), die ohne weiteres die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrags begründen würden, standen im vorliegenden Falle offensichtlich nicht in Frage; das ist auch vom Beklagten nicht behauptet worden.

Die §§ 52 bis 59 BörjG., auf welche der § 60 Bezug nimmt, unterscheiden zwischen ganz oder in beschränktem Umfang verbindlichen Termingeschäften und unverbindlichen Termingeschäften. Die Verbindlichkeit der Geschäfte könnte nach dem hier festgestellten Sachverhalt, da die Bestimmungen der §§ 54, 56, nach denen eine Verbindlichkeit in beschränktem Umfang begründet wird, nicht zutreffen, auch der Fall einer nachträglichen Begründung einer Verbindlichkeit — § 57 — nicht gegeben ist, nur aus dem Gesichtspunkte des § 53 BörjG. in Frage kommen. Danach ist das Börsentermingeschäft verbindlich, wenn auf beiden Seiten als Vertragsschließende Kaufleute, die in das Handelsregister eingetragen sind, beteiligt sind.

Der Kläger war, wie das angefochtene Urteil feststellt, als Kaufmann im Handelsregister eingetragen. Den Einwand des Beklagten, der Kläger sei gleichwohl nicht termingeschäftsfähig, weil sein Gewerbebetrieb über den Umfang des Kleingewerbes nicht hinausgehe (§ 53 Abs. 1 Satz 2 BörjG.), hält das Berufungsgericht nicht für begründet. Es geht dabei mit Recht davon aus, daß der Beklagte gegenüber der aus der Eintragung des Klägers im Handelsregister sich ergebenden tatsächlichen Vermutung der Vollkaufmannseigenschaft den Beweis für seine gegenteilige Behauptung zu erbringen habe (vgl. *Rußbaum Börsengesetz* § 53 III S. 255).

Nach dem bisherigen Sachverhalt ist aber die Börsentermingeschäftsfähigkeit des Klägers rechtlich einwandfrei nachgewiesen.

Um die Verbindlichkeit der Börsentermingeschäfte zu begründen, ist es jedoch nach § 53 BörjG. weiter erforderlich, daß auch der Beklagte börsentermingeschäftsfähig war. Nach dieser Richtung hat das Berufungsgericht, offenbar in der rechtsirrthümlichen Annahme, daß es darauf nicht ankomme, keine Feststellungen getroffen. Indessen ergibt sich die Börsentermingeschäftsfähigkeit des Beklagten im vorliegenden Falle ohne weiteres aus den Umständen. Nach § 53 Abs. 2 Nr. 1 BörjG. stehen den im Abs. 1 bezeichneten Kaufleuten (hinsichtlich der Börsentermingeschäftsfähigkeit) gleich: Personen, die zur Zeit des Geschäftsabchlusses oder früher berufsmäßig Börsentermingeschäfte oder Bankiersgeschäfte betrieben haben. Die Termingeschäftsfähigkeit im Sinne dieser Vorschrift ist nicht davon abhängig, daß die berufsmäßige Ausübung von Börsentermingeschäften oder Bankiergeschäften in eigenem Namen geschehe; es können also nach

dieser Vorschrift auch Direktoren (Vorstandsmitglieder), Handlungsbevollmächtigte, Angestellte von Firmen, die Börsentermin- oder Bankiergeschäfte betreiben, termingeschäftsfähig sein unter der Voraussetzung, daß der Betrieb der genannten Geschäfte zu den besonderen beruflichen Obliegenheiten des Direktors, Handlungsbevollmächtigten oder Angestellten gehört (vgl. Rußbaum a. a. O. § 53 IV S. 257). Der Beklagte war in den Jahren 1926/1927 Direktor bei der D.-Bank AG. in N. Es kann danach nicht zweifelhaft sein, daß er im Sinn des § 53 Abs. 2 Nr. 1 BörsG. berufsmäßig Bankiergeschäfte betrieb, daß er mithin die Börsentermingeschäftsfähigkeit besessen hat.

Nach dem bisher vorliegenden Sachverhalt besaßen also beide Parteien die Börsentermingeschäftsfähigkeit, und daraus folgt — § 60 in Verbindung mit § 53 BörsG. —, daß der Gesellschaftsvertrag der Parteien, soweit er allgemein auf den Abschluß von Börsentermingeschäften gerichtet war, verbindlich war und die Pflicht des Beklagten begründete, den auf ihn entfallenden Verlustanteil zu tragen und dem Kläger zu erstatten.

Sollte sich in dem weiteren Verfahren dagegen etwa auf Grund neuen Vorbringens des Beklagten herausstellen, daß die Parteien oder eine von ihnen nicht die Termingeschäftsfähigkeit besaßen, so würde nach den bezeichneten Gesetzesbestimmungen ein verbindlicher Anspruch des Klägers auf anteilmäßige Tragung des Verlustes durch den Beklagten, sofern der Gesellschaftsvertrag den Abschluß von Börsentermingeschäften zum Gegenstande hatte, nicht entstanden sein, und es würde deshalb das Klagebegehren der rechtlichen Grundlage entbehren.

b) Nach anderen Gesichtspunkten ist die Rechtslage zu beurteilen, wenn es sich bei den Börsentermingeschäften, wie der Beklagte geltend gemacht hat, um Differenzgeschäfte im Sinne des § 764 BGB. gehandelt haben sollte. Der Berufungsrichter hat, wie bereits hervorgehoben, das Vorliegen solcher Differenzgeschäfte als richtig unterstellt, gleichwohl aber den Klagenanspruch für begründet und die Widerklage für unbegründet erachtet.

Der VI. Zivilsenat des Reichsgerichts hat in der Entscheidung vom 19. Dezember 1898 (RGZ. Bd. 43 S. 148) in einem nach gemeinem Recht zu beurteilenden Falle ausgesprochen, aus der Nichtklagbarkeit des Spielvertrags für sich allein dürfe nicht die Unwirksamkeit eines zum Zwecke des erlaubten Spieles eingegangenen Gesellschaftsvertrags gefolgert werden, jedenfalls insoweit nicht, als

nur die Klage auf anteilmäßige Tragung des eingetretenen Verlustes oder auf anteilmäßige Herausgabe des erzielten Gewinnes in Frage stehe. Ob die in dieser Entscheidung vertretene Auffassung in ihrer Allgemeinheit mit den heutigen Rechtsanschauungen über das Wesen des Spielvertrags übereinstimmt, mag dahinstehen. Auf Differenzgeschäfte, die zugleich Börsengeschäfte sind, können diese Grundsätze jedenfalls keine Anwendung finden, da insofern auch hier die besondere Regelung des § 60 BörsG. eingreift. Für Differenzgeschäfte sowie Spielgeschäfte überhaupt, fehlt es im Börsengesetze allerdings an einer dem § 60 BörsG. entsprechenden allgemeinen Bestimmung. Daraus wird im Schrifttum gefolgert, daß das, was § 60 bestimme, auf Differenzgeschäfte keine Anwendung finden könne. Das ist jedoch nur beschränkt richtig. Es ist eine Selbstverständlichkeit, daß § 60 auch für Differenzgeschäfte dann zu gelten hat, wenn die Differenzgeschäfte sich zugleich als Börsertermingeschäfte darstellen. Es wäre durchaus folgewidrig und würde jeden inneren Grundes entbehren, die Beschränkungen, die der § 60 — in Verbindung mit den §§ 52 bis 59 — BörsG. für die Wirksamkeit der Erteilung und Übernahme von Aufträgen sowie für die Vereinigung zum Zwecke des Abschlusses von nicht verbotenen Börsertermingeschäften enthält, auf solche Börsertermingeschäfte, die zugleich Differenzgeschäfte sind und deshalb sinngemäß einer strengeren Beurteilung unterliegen müßten, nicht zu erstrecken (vgl. auch Nußbaum a. a. O. § 60 IV letzter Absatz S. 299). Die Geltung des § 60 auch für Differenzgeschäfte, soweit sie zugleich Börsertermingeschäfte sind, ergibt sich überdies auch ohne weiteres aus dem Gesetze insofern, als in § 60 auch die Vorschrift des § 58 (§§ 52 bis 59) für anwendbar erklärt ist, die sich gerade mit der Zulässigkeit des Differenzeinwandes bei Börsertermingeschäften befaßt.

Der hiernach auch für Gesellschaftsverträge anwendbare § 58 BörsG. bestimmt, daß gegen Ansprüche aus Börsertermingeschäften in Waren oder Wertpapieren, die zum Börserterminhandel zugelassen sind (§ 50), von demjenigen, für den das Geschäft nach den Vorschriften der §§ 53, 54, 57 verbindlich ist, ein Einwand aus den §§ 762 und 764 des BGB. nicht erhoben werden kann. Daß beide Parteien nach dem bisherigen Sachverhalt als termingeschäftsfähig anzusehen sind, ist bereits oben dargelegt worden. Es bleibt hiernach nur noch die Frage zu entscheiden, ob die Börsertermingeschäfte, um die es

sich handelte, in Wertpapieren erfolgt sind, die zum Börsenterminhandel zugelassen waren. Nach dieser Richtung hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen. Darauf kam es aber nach der Regelung des § 58 BörfG. entscheidend an. Soweit es sich um Wertpapiere handelte, die zum Börsenterminhandel zugelassen waren, ergibt sich aus der in § 60 verordneten Anwendung des § 58, daß dem Gesellschaftsvertrag der Parteien, auch soweit die Termingeschäfte in den zum Börsenhandel zugelassenen Wertpapieren Differenzgeschäfte waren, volle Wirksamkeit zukam und daß den daraus hergeleiteten Ansprüchen der Differenzeinwand nicht entgegengesetzt werden konnte. Standen dagegen Termingeschäfte in nicht zugelassenen Wertpapieren in Frage, so war die Erhebung des Differenzeinwandes nach der Vorschrift des § 58 nicht ausgeschlossen, und daraus ergibt sich wiederum, daß dieser Einwand zufolge der in § 60 getroffenen Regelung auch gegenüber Ansprüchen aus einem Gesellschaftsvertrage, der den Abschluß von Termingeschäften in nicht zugelassenen Wertpapieren zum Gegenstande hatte, statthaft blieb.

Sofern es sich also um verbindliche Börsentermingeschäfte gehandelt hat, wird der Berufsrichter zunächst die Frage zu klären haben, ob es sich bei diesen Geschäften um Wertpapiere handelte, die zum Börsenterminhandel zugelassen waren oder nicht.

5. Es bleibt schließlich zu prüfen, wie die Rechtslage zu beurteilen ist, wenn der Gesellschaftsvertrag den Abschluß nicht von Börsentermingeschäften, sondern von Kassageschäften zum Gegenstande gehabt haben sollte. Kassageschäfte sind an sich rechtsgültig und vollverbindlich ohne Rücksicht auf die Termingeschäftsfähigkeit der Parteien; es kann deshalb auch die Verbindlichkeit eines Gesellschaftsvertrags, der den Abschluß von Kassageschäften betrifft, nicht in Zweifel gezogen werden. Ebenso unzweifelhaft ist aber auch, daß gegenüber Kassageschäften der Spieleinwand nach § 762 BGB. unbeschränkt zulässig bleibt, da für Kassageschäfte eine dem § 58 BörfG. entsprechende Regelung nicht getroffen worden ist. Der § 58 BörfG., der die Beschränkung des Differenzeinwandes für einen Teil der verbindlichen Börsentermingeschäfte anordnet, ist eine Sondervorschrift, die auf Kassageschäfte auch nicht entsprechend Anwendung finden kann (vgl. dazu Düringer-Hachenburg-Breit a. a. O. Anm. 46).

Daraus folgt wiederum, daß auch gegenüber Ansprüchen aus Gesellschaftsverträgen, die den Abschluß von Kassageschäften zum

Gegenstände haben, die sich äußerlich als Kassageschäfte darstellen, die Zulässigkeit des Spieleinwandes keiner Beschränkung unterliegt. Der § 60 BörG. gilt zwar unmittelbar für Kassageschäfte nicht. Dieser Vorschrift liegt indes der allgemeine Gedanke zugrunde, daß die Verbindlichkeit von Gesellschaftsverträgen, die Börsengeschäfte zum Gegenstande haben, und die Zulässigkeit des Spieleinwandes gegenüber Ansprüchen aus solchen Verträgen sich danach richten soll, ob und inwieweit die Börsengeschäfte selbst verbindlich waren und der Spieleinwand ihnen gegenüber zulässig blieb. Eine dem § 60 entsprechende Regelung für Kassageschäfte zu treffen, bestand kein Anlaß, da die Verbindlichkeit von Kassageschäften im Gegensatz zu Börsertermingeschäften nicht beschränkt werden sollte. Die Zulässigkeit des Spieleinwandes aber hat das Gesetz in § 58 nur für eine ganz bestimmte Art von Börsengeschäften, nämlich die verbindlichen Börsertermingeschäfte in Waren oder Wertpapieren, die zum Börserterminhandel zugelassen waren, beschränkt, und es ist diese Beschränkung auch ausdrücklich in § 60 auf Ansprüche aus Gesellschaftsverträgen ausgedehnt worden. Da der Spieleinwand gegenüber Ansprüchen aus Kassageschäften, wie dargelegt, unbeschränkt zulässig ist, hätte es einer besonderen Regelung bedurft, wenn beabsichtigt worden wäre, gegenüber Ansprüchen aus Gesellschaftsverträgen, die Kassageschäfte betreffen, den Spieleinwand nicht zuzulassen oder seine Zulässigkeit zu beschränken.

Betraf der Gesellschaftsvertrag also Kassageschäfte, so war der Beklagte an der Erhebung des Spieleinwandes nicht behindert.

6. Die Frage, ob Spielgeschäfte den Gegenstand des Gesellschaftsvertrags gebildet haben, wird nach alledem nur dann dahingestellt bleiben können, wenn

a) entweder Börsertermingeschäfte in Wertpapieren in Frage standen, die zum Börserterminhandel zugelassen sind, und beide Parteien im Sinne des § 53 börsertermingeschäftsfähig waren. Alsdann wäre der Klagenanspruch nach den §§ 58, 60 BörG. auch dann begründet, wenn die Termingeschäfte Differenzgeschäfte waren;

b) oder sich ergeben sollte, daß zwar Börsertermingeschäfte vorlagen, aber nicht beide Parteien termingeschäftsfähig im Sinne des § 53 BörG. waren. Alsdann wäre der Gesellschaftsvertrag unverbindlich, und es würde das Klagebegehren, ohne Rücksicht darauf, ob Differenzgeschäfte vorlagen oder nicht, der rechtlichen Grundlage entbehren.