

64. Wird die Einrede des aus Zeitgeschäften über Wertpapiere auf Zahlung der Differenz Beklagten, es habe sich nach ausdrücklicher und stillschweigender Abrede bei den Geschäften nur um die reine Differenz und um Spiel gehandelt, dadurch beseitigt, daß der Kläger die Geschäfte als Kommissionär mit einem Dritten effektiv gemacht hat?

R. O. R. I. 11 §§ 578. 581.

I. Zivilsenat. Ur. v. 20. Oktober 1894 i. S. Konkursmasse B.  
(Bekl.) w. G. (Kl.) Rep. I. 213/94.

I. Landgericht Frankfurt a. O.

II. Kammergericht Berlin.

Der Handelsmann B. hat vom März bis August 1891 durch die klagende Handlung G. an der Berliner Börse Zeitgeschäfte in Börseneffekten im Betrage von mehr als einer Million gemacht. Die Klägerin machte im Konkurse des B. ihren Saldo aus diesen Geschäften geltend und verlangte klagend Feststellung der Forderung. Der Beklagte wandte ein, daß nach ausdrücklicher und stillschweigender Abrede es sich um reine Differenzgeschäfte gehandelt habe. Die Klägerin bestritt dies und replizierte an erster Stelle, daß der Einwand unzulässig sei, weil sie die Geschäfte nicht selbst abgeschlossen, sondern als Kommissionär durch einen Dritten an der Börse habe abschließen lassen, B. daher aus den erteilten und ausgeführten Aufträgen verpflichtet sei. Der erste Richter wies die Klage ab, der Berufungsrichter stellte die Forderung fest. Das Berufungsurteil ist auf die Revision des Verwalters der Konkursmasse aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen worden aus folgenden

#### Gründen:

„Die verurteilende Entscheidung des Berufungsgerichtes wird ersichtlich durch die Anschauung beeinflusst, daß die Einrede des Differenzspieles schon aus dem Grunde zu verwerfen sei, weil die der eingeklagten Forderung zu Grunde liegenden Geschäfte nicht unmittelbar zwischen der Klägerin und dem Kreditar B. abgeschlossen, sondern von der Klägerin als Kommissionärin des B. durch ein Berliner Bankgeschäft zur Ausführung gebracht worden seien. Dieser Anschauung wird an mehreren Stellen der Urteilsgründe Ausdruck gegeben. Es heißt dort: „B. ist schuldig, der Firma G. zu er-

setzen, was sie an baren Auslagen oder überhaupt zum Wohlzuge der ihr aufgetragenen Geschäfte notwendig und nützlich aufgewendet hat, und ihr die üblichen Provisionen zu bezahlen“, und an anderer Stelle: „Wenn diese Geschäfte nun auch Spielgeschäfte hätten sein sollen, würde deswegen der Anspruch der Firma H. G. gegen B. aus den Kommissionsaufträgen nicht klaglos sein. Spielverträge sind an sich nicht unerlaubt, nur die Klage aus der Spielschuld ist versagt. Die Vermittlung eines Spielvertrages oder der Auftrag zum Abschlusse desselben wäre kein unerlaubtes Geschäft und deswegen klagbar“, sowie endlich: „In dem vorliegenden Falle ist diese Annahme (seil. von Spielgeschäften) geradezu ausgeschlossen, weil Kommissionsaufträge zu Kaufgeschäften vorliegen, diese Aufträge in allen in Frage kommenden Fällen stets sofort an ein Berliner Bankgeschäft weiter gegeben sind, dieses die Kaufgeschäfte an der Berliner Börse ausgeführt, B. . . . in allen Fällen die Schlussnoten des Berliner Bankgeschäftes erhalten hat.“

Diese Anschauung ist aber eine rechtsirrtümliche. Wenn die Klägerin und B. darüber einig waren, daß nur ein Spiel um Kursdifferenzen stattfinden sollte, so wird die Klaglosigkeit der von der Klägerin geltend gemachten Forderung dadurch nicht beseitigt, daß die Klägerin bei den abgeschlossenen Geschäften nicht als Selbstkontrahentin, sondern als Kommissionärin aufgetreten ist und mit dem Wissen und Willen des B. als solche auftreten sollte. Das ausdrückliche oder stillschweigende Einverständnis beider, daß B. die von der Klägerin für seine Rechnung gekauften Effekten nicht abzunehmen, die verkauften nicht zu liefern habe, sondern daß immer nur die Kursdifferenzen ausgeglichen werden sollten, führt vielmehr dahin, daß die Klägerin, wenn sie von dieser Grundlage aus mit einem Dritten kontrahiert hat, aus den mit diesem geschlossenen Geschäften eine klagbare Forderung gegen B. niemals erlangen konnte.

Hat die Klägerin mit dem dritten Kontrahenten wahre Kaufgeschäfte abgeschlossen und ihre Verpflichtungen aus diesen Geschäften erfüllt, so kann sie hierauf eine Forderung gegen B. nicht gründen, weil nach ihrer Vereinbarung mit B. nur ein Spiel stattfinden sollte, aus welchem eine klagbare Forderung gegen den letzteren nicht entstehen konnte. Dieser war nicht gehalten, wahre Kaufgeschäfte, zu denen er einen Auftrag nicht erteilt hatte, für seine Rechnung gelten

zu lassen, und folgerweise auch nicht verbunden, der Klägerin die in Ausführung solcher Geschäfte gemachten Aufwendungen zu ersetzen und ihr dafür Provision zu zahlen. Hat dagegen die Klägerin mit dem Dritten im Sinne einer auf bloßes Spiel gerichteten Vereinbarung mit B. kontrahiert, so stellen die sich ergebenden Differenzen eine Spielschuld dar. Wenn die Klägerin diese für Rechnung des B. kontrahierte Spielschuld bezahlt hat, so stehen ihrem Erstattungsansprüche die §§ 578, 581 A.L.R. I. 11 entgegen; denn es kann nach dem Zwecke dieser Gesetzesvorschriften keinen Unterschied begründen, ob dem Spieler selbst Geld zum Spiele oder zur Bezahlung des Spielverlustes in die Hand gegeben wird, oder ob mit Wissen und Willen des Spielers zum Zwecke eines für dessen Rechnung betriebenen Spieles Geld aufgewendet oder für Rechnung des Spielers der entstandene Spielverlust bezahlt wird. Daß das Spiel, wie das Berufungsgericht hervorhebt, an sich nicht unerlaubt und der Auftrag zum Abschlusse eines Spielvertrages deshalb nicht ungültig ist, steht der Unklagbarkeit der aus solchem Auftrage entstandenen Schuld, als einer Spielschuld, nicht entgegen. Auch Provision kann die Klägerin dann nicht beanspruchen; denn es versteht sich von selbst, daß der Anspruch auf Provision nur durch die Thätigkeit des Kommissionärs im wahren Handelsverkehre, nicht aber durch seine Mitwirkung bei zwar in die äußere Form von Handelsgeschäften gekleideten, rechtlich aber nicht anerkannten Spielgeschäften begründet wird.

Der Schluß, daß keine auf bloßes Differenzspiel gerichtete Vereinbarung zwischen der Klägerin und B. vorgelegen haben könne, weil die von B. der Klägerin erteilten Kommissionsaufträge in allen Fällen sofort an ein Berliner Bankgeschäft weitergegeben seien, dieses die aufgetragenen Geschäfte an der Berliner Börse ausgeführt und in allen Fällen die Schlußnoten des Berliner Bankgeschäftes erhalten habe, ist hiernach unhaltbar. Für B. war es gleichgültig, welcher Art die Geschäfte der Klägerin mit dem Berliner Bankhause waren, wenn zwischen ihm und der Klägerin Einverständnis darüber herrschte, daß er nur spielen wollte. Er brauchte deshalb an der Form des Geschäftsverkehrs mit dem Berliner Bankhause keinen Anstoß zu nehmen und konnte es der Klägerin überlassen, sich mit jenem Hause auseinanderzusetzen.

Die Rechtsirrigkeit dieses Ausgangspunktes für die Entscheidung

des Berufungsgerichtes begründet die Aufhebung des angefochtenen Urtheiles und die Zurückverweisung der Sache in die Vorinstanz zu nochmaliger Prüfung des von der Beklagten erhobenen Einwandes. Bei derselben wird jedoch die Beurteilung, welche das Sachverhältnis in dem angefochtenen Urtheile erfahren hat, in mehrfacher Beziehung nicht aufrecht erhalten werden können. Mit Unrecht hat das Berufungsgericht Gewicht darauf gelegt, daß J. thatsächlich einmal per ultimo für ihn angeschaffte Papiere, nämlich die per ultimo Juni 1891 gekauften 15 000 *M* Phönixaktien, „abgenommen“ habe. Es kann dahingestellt bleiben, ob es gerechtfertigt sein würde, aus der effektiven Abnahme gekaufter Wertpapiere in einem einzelnen Falle, der sich als verschwindend kleiner Bruchtheil des gesamten Geschäftsverkehrs darstellt, auf den Charakter aller übrigen Geschäfte zu schließen, denn in Wahrheit hat eine Abnahme der fraglichen Phönixaktien gar nicht stattgefunden. Diese sogenannte Abnahme hat vielmehr darin bestanden, daß dieses bereits seit dem März 1891 schwebende Engagement ultimo Juni nicht weiter prolongiert worden, sondern die Abwicklung desselben in der Weise bewirkt ist, daß die Klägerin den J. unter der Erklärung, die Papiere seien abgenommen, mit dem Kurswerte derselben per ultimo Juni belastet, dann vom 26. bis 28. August 1891 behufs ihrer Befriedigung wegen ihres Guthabens nach und nach 15 000 *M* Phönixaktien hat verkaufen lassen und in Höhe des Verkaufspreises das Konto des J. wieder entlastet hat. Aus dieser Art der Auflösung des Engagements ergibt sich nichts gegen die Natur des Geschäftes als eines reinen Differenzgeschäftes; denn dasselbe hat sich für J. ebenso, wie in allen übrigen Fällen, in die Kursdifferenz aufgelöst.

Daß die wenigen effektiven Kassageschäfte, welche für J. abgeschlossen sind, nicht den Schluß rechtfertigen, daß auch die sehr umfangreichen Ultimogeschäfte als Effektivgeschäfte angesehen werden müßten, scheint das Berufungsgericht selbst anzunehmen. Dagegen hat es dem Ergebnisse der Beweisaufnahme eine vielfach schiefe oder ungenügende Beurteilung zu Theil werden lassen. Ob es möglich ist, aus den von J. an die Klägerin gerichteten Postkarten und Telegrammen herzuleiten, daß J. irgend welches Verständnis für die Bedeutung und Tragweite der der Klägerin aufgetragenen Geschäfte gehabt habe, wenn dieselben etwas anderes als bloßes Differenzspiel sein sollten, muß der ander-

weiten Prüfung des Berufungsgerichtes überlassen bleiben. Die Aussagen des Lehrlinges H. und namentlich des B. selbst sind jedenfalls auch nach der Richtung zu würdigen, ob die dem B. erteilte Belehrung die Auffassung zuläßt, daß ihm nur die Formen des Geschäftsverkehrs bei Ultimogeschäften mitgeteilt worden sind, im übrigen aber auch von seiten des Vertreters der Klägerin davon ausgegangen worden ist, daß unter Ausschließung effektiver Erfüllung nur die sich ergebenden Kursdifferenzen gezogen werden sollten. Eine Prüfung nach dieser Richtung ist umsomehr geboten, wenn die von dem Berufungsrichter selbst als Anzeigen für bloße Spielgeschäfte bezeichneten Umstände des Falles, der dem Börsengeschäfte völlig fernstehende Lebensberuf des B., das überaus starke Mißverhältnis seiner Vermögenslage zu dem Umfange der Engagements, die von vornherein sehr geringe Deckung, die er der Klägerin gegeben hatte, und die lebhaft fortgesetzte des Geschäftsverkehrs, nachdem diese Deckung bereits absorbiert war, darauf hinweisen, daß die höchste Wahrscheinlichkeit für ein Übereinkommen dieses Inhaltes gegeben sei. Namentlich aber ist in Verbindung mit diesen Umständen auch das Gutachten des Sachverständigen D. eingehend zu würdigen. Wenn dieser Sachverständige aus der Art der Buchungen zwischen der Klägerin und der preußischen Hypothekensicherungsaktiengesellschaft, dem Mangel einer Deckung für die letztere und der geringen Kreditfähigkeit der Klägerin die Überzeugung gewinnt, daß es sich unter diesen Kontrahenten nur um Differenzgeschäfte gehandelt haben könne, so liegt der Schluß sehr nahe, daß auch die Klägerin die Aufträge des B. nur in diesem Sinne verstanden und ausgeführt hat.“ . . .