

62. Ist bei Differenzgeschäften unter einem von dem Kunden dem Bankier geleisteten „Einschusse auf eingegangene, eventuell einzu-gehende Engagements“ eine suspensiv bedingte Zahlung oder eine bloße Sicherheitsleistung zu verstehen? Ist eine im voraus erfolgte bedingte Zahlung auf den sich aus Differenzgeschäften etwa ergebenden Spielverlust oder ein im voraus geschlossener Vertrag dahin, daß eventuelle Spielverluste mit der Forderung auf Rückzahlung der geleisteten Sicherheit kompensiert werden sollen, rechtswirksam? Bedarf ein nach Eintritt des Spielverlustes geschlossener Kompensationsvertrag der schriftlichen Form?

A.L.R. I. 11 §§ 577. 578, I. 16 §§ 28. 363, I. 5 § 268, I. 14 § 83.  
 S.G.B. Artt. 274. 277. 317.

I. Civilsenat. Urtr. v. 27. Juni 1896 i. S. R. (M.) w. B. (Bekl.).  
 Rep. I. 118/96.

I. Landgericht I Berlin.

II. Kammergericht daselbst.

Der Kläger hat in den Monaten März, April und Mai 1893 mit der Beklagten verschiedene Börsengeschäfte in Wertpapieren gemacht und nach dem ersten dieser Geschäfte am 16. März 1893 der Beklagten die Summe von 2000 *M* gezahlt, welche in der von der Beklagten ausgestellten und vom Kläger unbeanstandet ange-

nommenen Quittung als erhaltener „Einschuß auf eingegangene, eventuell einzugehende Engagements“ bezeichnet ist. Mit der Behauptung, daß diese 2000 *M* der Beklagten als „Depot“ gegeben seien, und daß die Beklagte Ende Mai 1893 die Geschäftsverbindung einseitig aufgehoben habe, verlangt Kläger Verurteilung der Beklagten zur Rückzahlung von 2000 *M* nebst Zinsen abzüglich 170,85 *M* nebst Zinsen, welche ihm nach der Behauptung der Beklagten auf Grund eines Rechnungsauszuges derselben pr. 1. Juni 1893 nur noch zukommen sollten und auch bezahlt sind. Zur Begründung seines Anspruchs hat Kläger geltend gemacht, daß die von ihm mit der Beklagten gemachten Geschäfte reine Differenzgeschäfte, zu welchen die Beklagte ihn verleitet habe, gewesen seien.

Die Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt, indem sie bestrittet, vom Kläger ein Depot erhalten zu haben, auch im übrigen die Behauptungen des Klägers unter Bezugnahme auf ihren Rechnungsauszug pr. 1. Juni 1893, nach welchem Kläger damals nur noch ein Guthaben von 170,85 *M* gehabt habe, in Abrede stellt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das die Berufung des Klägers zurückweisende Urteil des Oberlandesgerichtes ist auf die Revision des Klägers aufgehoben worden aus folgenden

#### Gründen:

... „Der Berufungsrichter prüft zunächst die zwischen den Parteien streitige Frage, ob die Beklagte aus den von ihr mit dem Kläger gemachten Geschäften, für welche der von diesem geleistete Einschuß von 2000 *M* bestimmt war, eine wirksame Forderung gegen den Kläger erworben habe, und gelangt auf Grund der Verhandlungen der Parteien, des Ergebnisses der Zeugenaussagen und aller in Betracht kommenden Umstände zur Verneinung dieser Frage, da es sich hiernach um reine Differenzgeschäfte, also um Spielverträge gehandelt habe, aus denen nach § 577 A.L.R. I. 11 der Beklagten eine klagbare Forderung nicht erwachsen sei. Diese dem Kläger günstige Annahme kann ihm selbstverständlich nicht zur Beschwerde gereichen. Sie ist aber, wie schon jetzt bemerkt werden mag, überhaupt nicht zu beanstanden, da bei den ihr zu Grunde liegenden thatsächlichen Feststellungen irgend ein prozessualer Verstoß des Berufungsrichters nicht ersichtlich ist, und seine rechtlichen, mit

der desfalligen Rechtsprechung des Reichsgerichtes in Einklang stehenden Ausführungen als unbedenklich erscheinen.

Der Berufungsrichter führt dann aber weiter aus: wemngleich die Beklagte aus den mit dem Kläger geschlossenen Geschäften eine klagbare, rechtsgültige Forderung nicht erworben habe, so könne der Anspruch des Klägers auf Rückzahlung seines durch die Spielverluste absorbierten Einschusses doch nicht als berechtigt anerkannt werden, weil nach § 578 A.L.R. I. 11 dasjenige nicht zurückgefordert werden könne, was jemand in erlaubten Spielen verloren und wirklich bezahlt habe. Als ein Depot im Sinne eines Verwahrungs- oder Pfandvertrages lasse sich nach der zutreffenden Ausführung des ersten Richters der bar gezahlte Einschuss nicht auffassen; vielmehr müsse mit Rücksicht auf die Art der Geschäftsverbindung der Parteien und nach dem Wortlaute der Quittung vom 16. März 1893 in Übereinstimmung mit dem ersten Richter die Erlegung des „Einschusses auf die eingegangenen und noch einzugehenden Engagements“ als eine Vorausbezahlung auf die aus diesen Engagements entstehenden Verluste angesehen werden. Der Kläger habe mit dem Einschusse nicht bloß der Beklagten eine Sicherheit bestellen, sondern seine etwaigen Spielschulden begleichen wollen; er habe also gezahlt unter der Bedingung, daß demnächst Differenzen zu seinem Nachtheile sich ergeben würden. Nachdem dieser Fall eingetreten sei, habe die suspensiv bedingte Vorauszahlung die Wirkung einer definitiven, zur Erfüllung einer Verbindlichkeit geleisteten Zahlung im Sinne des § 28 A.L.R. I. 16 erlangt und könne nicht mehr zurückgefordert werden, wie auch bei gültigen Verträgen die Vorschußzahlung nach erfolgter vertragsmäßiger Gegenleistung sich in eine definitive umwandle, deren Kondition ausgeschlossen sei. Der Umstand, daß die Beklagte in ihren monatlichen Abrechnungen den Einschuss als „Guthaben“ bezeichnet und dem Kläger Zinsen von demselben gutgeschrieben habe, stehe der Annahme einer Vorauszahlung nicht entgegen, da diese Art der Buchung und die Verzinsung auch bei Vorauszahlungen im kaufmännischen Verkehre üblich sei.

Diese Ausführung ist rechtsirrtümlich. Zunächst entbehrt schon die Annahme der Vereinbarung einer — durch das etwaige Entstehen eines Guthabens der Beklagten aus der Geschäftsverbindung — suspensiv bedingten Zahlung im Sinne des § 28 A.L.R. I. 16 einer

zutreffenden Begründung. Der Wortlaut des von der Beklagten dem Kläger erteilten Empfangsscheines ist in dieser Beziehung ganz unerheblich. Der Ausdruck „Zahlung“ ist in demselben nicht einmal gebraucht, sondern die Beklagte erklärt vielmehr, die 2000 *M* von dem Kläger „erhalten“ zu haben. Wäre er aber auch gebraucht, so würde hierauf kein Gewicht gelegt werden dürfen, da mit dem Ausdruck „zahlen“ nicht nur die Hingabe von Geld behufs Tilgung einer Verpflichtung, sondern auch ganz allgemein jede Hingabe von Geld (numeratio) bezeichnet zu werden pflegt, die Zahlung also ein vieldeutiger Begriff ist und erst durch die Natur des ihr zu Grunde liegenden Rechtsgeschäftes, nach welcher sie in der verschiedensten Weise solvendi oder contrahendi causa geschehen kann, ihren näheren Inhalt erhält.

Aber auch dadurch, daß die Beklagte nach ihrer Empfangsbescheinigung die 2000 *M* erhalten hat als „Einschuß auf eingegangene und eventuell noch einzugehende Engagements“, läßt sich die Auslegung des Berufungsrichters nicht rechtfertigen, daß Kläger mit diesem Einschuße nicht bloß der Beklagten eine Sicherheit habe bestellen, sondern daß er im voraus seine etwaigen Spielschulden habe begleichen wollen, daß er unter der Bedingung, daß demnächst Differenzen zu seinem Nachteile sich ergeben würden, diese bereits habe bezahlen wollen. Denn es ist kein Grund ersichtlich und auch weder von dem ersten noch von dem Berufungsrichter angeführt, weshalb unter einem „Einschuße“ auf eingegangene und einzugehende Engagements nicht ebensowohl nur eine kautionsweise hingeebene Geldsumme, eine bloße Deckung durch Realsicherheit, als eine bereits im voraus geleistete suspensiv bedingte Zahlung verstanden werden müsse. Der Ausdruck „Einschuß“ ist kein juristisch technischer. Handelte es sich hier um ein zwischen den Parteien eingegangenes Gesellschaftsverhältnis, so würde es am nächsten liegen, darunter eine Einlage des Klägers in die Gesellschaftskasse zu verstehen. Bildeten den Gegenstand der „Engagements“ wirkliche — nicht bloß scheinbare — Kaufgeschäfte, so ließe sich der Ausdruck „Einschuß“ als gleichbedeutend mit „Vorschuß“ auffassen, wie das auch seitens der vorigen Richter geschehen ist. Auch damit würde aber für die Auffassung derselben nichts gewonnen sein. Denn unter einer Vorschußleistung des Käufers auf eine nicht allein

noch nicht fällige, sondern auch durch die Erfüllung seitens des Verkäufers noch bedingte Forderung der Verkäufers kann an sich nur eine Deckung oder Sicherstellung für dessen Forderung, also eine provisorische Leistung im Gegenseite zu einer Erfüllungshandlung (Zahlung in diesem Sinne), gemeint sein. Es ist nicht abzusehen, weshalb der Käufer sich durch eine im voraus (sei es auch nur bedingt) geleistete Erfüllung in eine ihm nachteiligere Lage versetzen sollte, während doch schon eine bloße Hingabe des Geldes als Sicherheitsleistung dem Bedürfnisse des Verkäufers völlig entsprach. Dies letztere muß deshalb im Zweifel auch als der allgemeine Verkehrswille angesehen werden, sobald, da ausdrückliche oder stillschweigende Willenserklärungen anderer Art nicht vorliegen, der unter Berufung auf die Auskunft der Ältesten der Berliner Börse aufgestellten Behauptung der Beklagten, „Einschuß“ sei der übliche Ausdruck für „Anzahlung“ oder „Vorschuß“, keine Bedeutung beigelegt werden kann.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Zivil. Bd. 3 S. 87 flg.

Im vorliegenden Falle kommt noch hinzu, daß unter den „Engagements“ des Klägers unstreitig nicht nur scheinbare Käufe, sondern auch scheinbare Verkäufe von Wertpapieren verstanden wurden, aus welchen letzteren eine Geldforderung erst in zweiter Linie — als Interessensforderung — entstanden sein würde.

Eine bloße Sicherheitsleistung durch Hingabe des Geldes mußte daher auch vom Standpunkte der Beklagten aus zur Wahrung ihres Interesses umso mehr genügen, als die Absicht der Parteien, wie auch die Beklagte selbst dadurch, daß sie dem Kläger die 2000 M kreditierte und verzinst, deutlich zu erkennen gegeben hat, offenbar dahin ging, daß die hingegebenen Geldstücke nicht etwa als solche den Gegenstand des Pfandes bilden, sondern daß sie vielmehr in das Eigentum der Beklagten übergehen sollten, wogegen für den Kläger eine verzinsliche Forderung auf Rückzahlung entstehen sollte, gegen welche die Beklagte mit einer etwa aus den Engagements für sie erwachsenen Gegenforderung ohne weiteres hätte aufrechnen dürfen. Nach der auch bei Handelsgeschäften neben Art. 278 H.G.B. zur Anwendung kommenden eventuellen allgemeinen Auslegungsregel des § 268 A.L.R. I. 5,

vgl. Entsch. des R.D.F.G. Bd. 14 S. 267 flg.

würde daher die Verabredung und Leistung des hier in Frage stehenden Einschusses in diesem Sinne als das für den Kläger weniger Lastige aufzufassen sein. Bemerkt mag hierzu noch werden, daß dieser Auffassung des durch den „Einschuß“ unter den Parteien begründeten Rechtsverhältnisses auch nicht etwa der § 363 A.L.R. I. 16 entgegensteht, nach welchem derjenige, dem etwas in Verwahrung gegeben ist, sich gegen die schuldige Rückgabe mit der Kompensation nicht schützen kann. Denn das Allgemeine Landrecht kennt ein depositum irregulare, wie es hier im Sinne des römischen Rechtes vorliegen würde, nicht und betrachtet vielmehr nach § 83 A.L.R. I. 14 eine solche Hingabe vertretbarer Sachen mit der Befugnis des Gebrauches derselben nicht als Verwahrungsvertrag, sondern als ein durch den zugleich damit verbundenen Zweck der Sicherstellung des Empfängers modifiziertes Darlehn, dessen geforderter Rückzahlung gegenüber die Einrede der Kompensation nicht ausgeschlossen ist.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 11 S. 319 flg., Bd. 23 S. 95 flg.

Nun steht allerdings fest, daß unter den Engagements, auf welche die Beklagte vom Kläger den Einschuß erhielt, von den Parteien nicht Kauf- oder sonstige wirksame (d. h. klagbare) Rechtsgeschäfte, sondern reine Differenz-, also Spielgeschäfte verstanden wurden, welche nach § 577 A.L.R. I. 11 unklagbar sind. Es könnte sich daher fragen, ob es nicht doch gerade mit Rücksicht hierauf, sowie auf die Bestimmung des § 578 a. a. D., nach welcher das in erlaubten Spielen Verlorene und wirklich Bezahlte nicht zurückgefordert werden kann, als dem Willen der Parteien entsprechend anzusehen sei, daß mit dem Eintritte eines sich für den Kläger ergebenden Spielverlustes (eines Kreditfallos der Beklagten aus den Differenzen) der Einschuß in Höhe dieses Spielverlustes als definitive Zahlung desselben gelten sollte, um dem Kläger eventuell die Verurteilung auf die Unklagbarkeit von Spielschulden zu entziehen. Allein einmal erscheint auch dies aus dem Grunde als bedenklich, daß nicht abzusehen ist, was den Kläger dazu veranlaßt haben sollte, der Beklagten einen solchen Vorteil einzuräumen, während er seinerseits in dem Falle eines sich für ihn ergebenden Gewinnes nur auf den guten Willen der Beklagten angewiesen blieb. Wollte man aber diese Frage auch bejahen, so würde eine solche suspensiv bedingte Zahlung doch

rechtlich unwirksam sein. Denn Zahlung im Sinne des § 28 U.L.R. I. 16 (auf welchen der § 578 a. a. D. verweist) ist Erfüllung einer rechtlichen Verbindlichkeit. Eine solche bestand aber für den Kläger nicht und konnte auch aus den Spielgeschäften — selbst in Verbindung mit der im voraus getroffenen Übereinkunft — nach § 577 a. a. D. für den Kläger niemals entstehen. Von einer „wirklichen“ Zahlung im Sinne des § 578 a. a. D. kann hier also nicht die Rede sein. In eine solche würde sich die bedingte Vorauszahlung erst verwandeln durch eine spätere Willenserklärung des Klägers, die erkennen ließe, daß der tatsächlich für ihn eingetretene Spielverlust nunmehr durch Verrechnung auf die der Beklagten geleistete Vorauszahlung getilgt sein solle. Denn der § 578 hat eine Zahlung auf einen bereits erlittenen Spielverlust zur Voraussetzung (verbis: „verloren und wirklich bezahlt hat“). Nur eine nach Eintritt des Spielverlustes freiwillig geleistete Zahlung (oder Verrechnung auf eine Gegenforderung) soll nicht zurückgefordert werden dürfen. Die Hingabe von Geld an einen Anderen mit einer im voraus getroffenen Abrede, durch welche er sich verpflichtet, das hingegebene Geld als Zahlung eventuell für den Anderen aus einem Spiele entstehender Forderungen gelten zu lassen, vermag dieses Erfordernis nicht zu ersetzen. Ein solcher im voraus geschlossener Kompensationsvertrag ist vielmehr im Sinne der §§ 577, 578 U.L.R. I. 11 für rechtsunwirksam zu erachten. Die vom Kläger an die Beklagte erfolgte Hingabe der 2000 *M* kann hiernach nur als ein sog. Depot, als eine Deckung angesehen werden und ist, da die unklagbaren Forderungen, zu deren Sicherung sie dienen sollte, eine rechtliche Grundlage für ein solches Depot nicht bilden können,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civill. Bd. 30 S. 214 fig.,  
an sich ohne weiteres kondizierbar. Die erhobene Klage erscheint mithin an sich als begründet.

Der Berufungsrichter führt dann zwar weiter, unter Bezugnahme auf die Entsch. des R.G.'s in Civill. Bd. 1 S. 130, Bd. 35 S. 288, ganz richtig aus, daß Spielschulden zwar ebensowenig einseitig zur Kompensation verwendet wie eingeklagt werden können, daß aber eine mit gegenseitigem Einverständnis geschehene Kompensation auch bei Spielschulden die Wirkungen der Zahlung habe, und daher die mit einer Spielschuld kompensierte Gegenforderung nicht

nochmals geltend gemacht werden könne. Er schließt daraus aber mit Unrecht, daß auch dann, wenn es sich hier nicht um eine Vorauszahlung, sondern lediglich um eine Sicherheitsbestellung, eine Kaution gehandelt habe, der Klagenanspruch nicht gerechtfertigt sein würde, weil der Kläger die Kaution unzweifelhaft zu dem Zwecke bestellt habe, damit die Beklagte sich daraus für ihre etwaigen Forderungen aus Spielgeschäften befriedige, die Beklagte aber ihrerseits dies dadurch gethan habe, daß sie in ihren monatlichen Abrechnungen die Kaution bezw. die daraus dem Kläger zustehende Forderung auf die Spielschulden desselben verrechnete; die auf diese Weise bewirkte Kompensation sei aber eine vertragsmäßige und habe durch den angeblichen nachträglichen Widerspruch des Klägers gegen diese monatlichen Abrechnungen nicht wieder unwirksam werden können.

Denn abgesehen davon, daß in der ersten, vom 29. März 1893 datierenden Abrechnung der Beklagten von einer solchen Kompensation überhaupt nicht die Rede ist und nicht die Rede sein konnte, weil damals eine Spielschuld des Klägers noch gar nicht vorlag, Kläger vielmehr an Differenzen 960,35 *M* gewonnen hatte, zu welchem Guthaben des Klägers die Beklagte dessen Einschuß von 2000 *M* nebst 1,70 *M* für Zinsen ganz richtig hinzurechnete und demgemäß den Kläger im ganzen mit 2962,05 *M* kreditierte, scheidet diese Argumentation daran, daß, wie der obigen Ausführung zufolge nur eine nach dem Eintritte des Spielverlustes erfolgte Zahlung nicht zurückgefordert werden kann, so auch eine im voraus vereinbarte Kompensation rechtsunwirksam bleibt, bis der Spieler nach dem Eintritte des Verlustes die von ihm eingegangene Verpflichtung, die Kompensation zu gestatten, bestätigt, um durch diese seine nachträgliche Einwilligung einen der wirklichen Zahlung des eingetretenen Spielverlustes in seinen Wirkungen gleichen Erfolg herbeizuführen. Eine schon bei der Kautionsbestellung hinsichtlich der Kompensation erklärte Willenseinigung, welche der Berufungsrichter für genügend erachtet, reicht dazu nicht aus.

Wenn der Berufungsrichter noch hinzufügt, der Widerspruch des Klägers gegen die, von der Beklagten in ihren weiteren Monatsrechnungen vom 2. Mai und 1. Juni 1893 allerdings vorgenommene, Kompensation der damals für den Kläger eingetretenen Spielverlust mit dessen Guthaben aus der Kautionsbestellung hätte „vorher“ er-

folgen müssen, um wirksam zu sein, so erscheint dies hiernach ebenfalls als unzutreffend, mag hierbei als der kritische Augenblick der tatsächliche Eintritt des Spielverlustes, oder dessen Verrechnung seitens der Beklagten auf das Kautionsguthaben des Klägers gemeint sein.

War hiernach das angefochtene Urteil aufzuheben, so kann jedoch in der Sache selbst noch erkannt werden. Denn die Beklagte hat behauptet, daß Kläger gegen die ihm von ihr erteilten Monatsrechnungen niemals protestiert, vielmehr die Abrechnung vom 2. Mai 1893 in einer später stattgehabten Unterhandlung anerkannt und das Geschäftsverhältnis auf dieser Grundlage fortgesetzt habe. In diesem, seitens des Klägers freilich bestrittenen, Verhalten könnte nun aber unter Umständen ein nachträglich vom Kläger stillschweigend erklärtes Einverständnis mit der Kompensation der Gewinnforderung der Beklagten auf die aus der Kautionleistung des Klägers entstandene Klagesforderung, mithin ein den Anspruch des Klägers aus derselben insoweit ausschließender wirksamer Kompensationsvertrag gefunden werden, der freilich der schriftlichen Form entbehren, dieserhalb aber nicht wirkungslos sein würde, da die verklagte Handlung unstreitig Kaufmann ist, die von ihr geschlossenen Verträge daher nach Art. 274 H.G.B. im Zweifel als zum Betriebe ihres Handelsgewerbes gehörig zu gelten haben, was auch dadurch, daß es sich hier um Spiel-Geschäfte handelt, nicht alteriert wird, und da dem Art. 277 H.G.B. zufolge die Bestimmungen des Handelsgesetzbuches über Handelsgeschäfte auch auf den Kläger, mag dieser seinerseits Kaufmann sein oder nicht, anwendbar sind, die Giltigkeit des Kompensationsvertrages daher nach Art. 317 H.G.B. trotz des Mangels einer schriftlichen Abfassung keinem Bedenken unterliegen würde.

Behufs der noch erforderlichen tatsächlichen Feststellungen bezüglich eines solchen nachträglichen Kompensationsvertrages war die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung in die Instanz zurückzuverweisen.“ . . .