

36. Ist ein Gesellschaftsvertrag zum Zwecke des Abschlusses von Differenzgeschäften mit einem Dritten ungültig? Kann insbesondere der Klage eines Gesellschafters gegen den anderen auf anteilmäßige Abnahme des Verlustes oder auf anteilmäßige Herausgabe des Gewinnes die Einwendung entgegengesetzt werden, daß Zweck der Gesellschaft das Differenzspiel gewesen sei?

VI. Civilsenat. Ur. v. 19. Dezember 1898 i. S. M. (Bekl. u. Widerkl.)
w. F. (Kl. u. Widerbekf.). Rep. VI. 272/98.

I. Landgericht Hamburg.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Aus den Gründen:

„In den Jahren 1891/93 machte Kläger mit der Firma L. & Co. in Hamburg eine Reihe von Börsentermingeschäften, welche für ihn im schließlichen Ergebnisse mit Verlust endeten. An diesen Geschäften war der Beklagte nach zwischen den Parteien getroffener Vereinbarung („à conto meta“) in der Weise beteiligt, daß Gewinn und Verlust zu gleichen Teilen gehen sollten. Im Jahre 1895 hat Beklagter dem Kläger schriftlich bestätigt, daß diesem wegen dieser Geschäfte an ihn ein Guthaben von 1500 *M* zustehende, und sich verpflichtet, dieses Guthaben vom Januar 1896 ab in monatlichen Raten von 30–40 *M* abzuführen. Kläger fordert mit der Klage die Bezahlung einer Rate von 30 *M*. Der Beklagte wendet ein, die zwischen Kläger und der Firma L. & Co. geschlossenen Geschäfte seien reine Differenzgeschäfte gewesen; sie hätten jedenfalls im Verhältnisse der Parteien zu einander den Charakter des Spieles gehabt. Demgemäß könne Kläger auch aus dem zwischen ihnen bestandenen Gesellschaftsverhältnisse nicht gegen Beklagten auf Zahlung des anteilmäßigen Ersatzes des vom Kläger bezahlten Spielverlustes klagen, und sei insbesondere das vom Beklagten abgegebene Anerkenntnis und Zahlungsversprechen rechtsunwirksam. Beklagter beantragte Abweisung der Klage, und im Wege der Widerklage die Feststellung, daß dem Kläger aus dem von ihm in den Jahren 1891/93 für gemeinschaftliche Rechnung der Parteien mit der genannten Firma geschlossenen Fondsgeschäften keinerlei Ansprüche gegen den Beklagten zustehen, sowie die Verurteilung des Klägers zur Erstattung von 200 *M*, welche Beklagter an Kläger vor der Fest-

stellung der Schuld von 1500 *M* à conto der für gemeinschaftliche Rechnung kontrahierten Geschäfte gezahlt habe.

Das Landgericht hat auf Grund der Feststellung, daß die fraglichen Geschäfte allerdings den Charakter reiner Differenzgeschäfte gehabt hätten, die Klage und die Widerklage auf Erstattung von 200 *M* abgewiesen, dagegen auf die Feststellungsklage nach dem Antrage des Beklagten erkannt. Es war der Ansicht, daß der Unklagbarkeit der Differenz- oder Spielgeschäfte zu Grunde liegende Rechtsprinzip, daß nämlich solche Geschäfte nicht der Befriedigung eines sittlichen Zweckes oder eines wirtschaftlichen Bedürfnisses dienen, müsse auch auf die à-conto-meta-Beteiligung und das Anerkenntnis des Beklagten hinübergreifen. Kläger hat Berufung eingelegt, und Beklagter sich der Berufung gegen die Zurückweisung seines Erstattungsanspruches angeschlossen. Das Oberlandesgericht verurteilte unter Verwerfung der Anschließung den Beklagten nach dem Klageantrage und wies auch die Feststellungswiderklage ab.

Der Revision des Beklagten und Widerklägers ist der Erfolg zu versagen.

Dem Berufungsgerichte muß darin beigetreten werden, daß das zwischen den Parteien durch die fragliche Übereinkunft geschaffene Verhältnis als Gesellschaftsvertrag zu beurteilen ist, und demgemäß die gemeinrechtlichen Grundsätze über die *societas* zur Anwendung kommen. Hiernach kann ein Gesellschaftsvertrag zu den verschiedensten Zwecken geschlossen werden; nur muß der Zweck ein erlaubter sein; „*societas rei inhonestae et illicitae, maleficii nulla est.*“

Vgl. l. 57 Dig. pro soc. 17, 2; l. 70 § ult. Dig. de fidejuss. 46, 1; Windscheid, Pandektenrecht Bd. 2 § 405 Nr. 2; Dernburg, Pandekten Bd. 2 § 124; vgl. auch l. 6 Cod. de pact. 2, 3; l. 5 Cod. de leg. 1, 14; l. 26 Dig. de V. O. 45, 1.

Nach gemeinem Rechte untersteht das sogenannte reine Differenzgeschäft der für den Spielvertrag geltenden Rechtsregel. Das Berufungsgericht prüft daher mit Recht, ob der vorliegende Gesellschaftsvertrag als ein auf einen unerlaubten Zweck gerichteter anzusehen, und ihm aus diesem Grunde die Gültigkeit abzuspochen sei. Wäre dies zu bejahen, so müßte, vorausgesetzt daß es sich in der That um reine Differenzgeschäfte handelte, dem Vertrage und infolgedessen auch dem Anerkenntnis und Zahlungsverprechen des Beklagten die Rechtswirksamkeit

versagt werden. Das Berufungsgericht ist jedoch der Ansicht, daß der nicht speziell verbotene Spielvertrag, also auch das Differenzgeschäft, nicht zu den verbotenen, unerlaubten Geschäften gerechnet werden dürfe, und deshalb ein zum Zwecke solchen Spieles geschlossener Gesellschaftsvertrag der Gültigkeit und Rechtswirksamkeit nicht entbehre. Auch darin muß dem Berufungsgerichte beigetreten werden. Allerdings ist für das gemeine Recht immer noch streitig, ob auch das gewöhnliche, nicht durch besonderes Gesetz verbotene Spiel unerlaubt sei, und insbesondere besteht auch heutzutage noch keine Übereinstimmung darüber, ob der bezahlte Spielverlust zurückgefordert werden kann, während in der Richtung Einverständnis besteht, daß auf Zahlung des Spielergebnisses keine Klage stattfindet.

Vgl. Windscheid, Pandektenrecht Bd. 2 § 314 Nr. 3. § 419 Nr. 8; Glück, Erläuterung der Pandecten Bd. 11 § 759; Stobbe, Deutsches Privatrecht Bd. 3 § 194 a. E.

In dem Urteile vom 24. April 1897,

Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 39 S. 163 flg.,

hat der I. Civilsenat des Reichsgerichtes die Frage, ob nach gemeinem Rechte Zahlungen, die zur Tilgung von Spiel-(Differenzspiel-) Schulden geleistet sind, zurückgefordert werden können, verneinend entschieden. In der Begründung wird ausgesprochen, daß zwar das reine Differenzgeschäft mit dem Spiele gleichzustellen sei, daß aber diejenigen Stellen des römischen Rechtes, welche die Rückforderung des auf eine Spielschuld Bezahlten zulassen, — wenn sie überhaupt als recipiert gelten könnten, — auf diejenigen Spiele eingeschränkt werden müssen, die durch das Strafgesetz oder ein besonderes Verbotsgesetz für unerlaubt erklärt seien. In betreff der übrigen Spiele gehe die deutsche Rechtsanschauung dahin, daß die Rechtsordnung zwar kein Mittel gewähre, um dem Gewinner zur Erlangung des Spielgewinnes zu verhelfen, aber auch kein öffentliches Interesse bestehe, die freiwillige Leistung des Verlierers als ungültig zu behandeln. Zu den unerlaubten Geschäften in dem bezeichneten Sinne gehöre das Differenzgeschäft als solches weder nach gemeinem Rechte, noch nach dem Reichsrechte (s. auch Urteil desselben Senates vom 29. Februar 1896, Rep. I. 389/95). Der erkennende Senat trägt kein Bedenken, sich dieser, in Berücksichtigung der bisherigen gemeinrechtlichen Judikatur des Reichsgerichtes ergangenen, Entscheidung, namentlich auch hinsichtlich

der Begründung, anzuschließen, obwohl die gemeinrechtliche Praxis deutscher Obergerichte teilweise auch jetzt noch entgegengesetzte Wege geht.

Vgl. Seuffert, Archiv Bd. 50 Nr. 164.

In einem nach dem preussischen Landrechte zu beurteilenden Falle hat allerdings der I. Civilsenat,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 40 S. 256 flg., gelegentlich bemerkt, daß, wenn der Spielvertrag unverbindlich sei, mit rechtlicher Notwendigkeit, ebenso wie der Gesellschaftsvertrag zum Spiele, auch der Auftrag und die Vollmacht zum Spiele unverbindlich seien. In diesem Falle war jedoch nur die Frage zu entscheiden, ob der Auftrag zum Wetten am Totalisator (zum Spielen) einen klagbaren Anspruch auf das Interesse wegen Nichtausführung des Auftrages begründe, was der I. Civilsenat verneint hat, während ausgeführt wird, der Auftrag zum Spiele sei erlaubt, wie das nicht verbotene Spiel (§§ 577. 578 A.L.R. I. 11); die Klage sei nicht die Klage aus dem Spielvertrage gegen den Mitkontrahenten, und für den durch § 62 A.L.R. I. 13 begründeten Anspruch auf Herausgabe des Gewinnes, den der Beklagte mit den Mitteln des Klägers gemacht und eingezogen habe, komme darauf nichts an, ob das Spielen oder Wetten am Totalisator in Preußen verboten, oder erlaubt, klagbar, oder nicht klagbar sei. Dagegen sei eine Klage aus dem Auftrage zum Spiele auf die Ausführung des Spieles, und deshalb auch die Klage auf das Erfüllungsinteresse nicht zuzulassen. Mit der den Gesellschaftsvertrag hereinziehenden Bemerkung wollte hiernach, wie anzunehmen, der I. Civilsenat die Frage nicht entscheiden, ob aus einem auf Spiel gerichteten Gesellschaftsvertrage dem Gesellschafter, welcher vereinbarungsgemäß gespielt hat, gegen den anderen die Klage auf anteilmäßige Abnahme des eingetretenen Spielverlustes, bzw. dem letzteren gegen den ersteren die Klage auf Ausfolgung des Anteiles am Spielgewinne zustehe. Abgesehen hiervon jedoch beruht diese Entscheidung nicht auf jener gelegentlichen Bemerkung, dagegen auf dem preussischen Landrechte, während es sich jetzt um das gemeine Recht, und zwar gerade darum handelt, ob der eine Gesellschafter dem anderen, welcher dem vereinbarten Gesellschaftszwecke gemäß gespielt hat, den erzielten Spielverlust zu seinem Anteile abzunehmen verpflichtet ist. Diese Frage muß bejaht werden, weil, wie in Konsequenz der in der

angeführten Entscheidung des I. Civilsenates vertretenen richtigen Auffassung anzunehmen ist, ein solcher Gesellschaftsvertrag nicht auf einen verbotenen oder unerlaubten Zweck im Sinne des gemeinen Rechtes gerichtet ist. Aus der Nichtklagbarkeit des Spielvertrages für sich allein darf nicht, wie die Revision meint, die Unwirksamkeit eines zum Zwecke des erlaubten Spieles eingegangenen Gesellschaftsvertrages gefolgert werden, jedenfalls insoweit nicht, als nur die Klage auf anteilmäßige Tragung des eingetretenen Verlustes oder auf anteilmäßige Herausgabe des erzielten Gewinnes in Frage steht. Ist der Gesellschaftsvertrag an sich rechtsgültig, so haben mit dessen Abschluß die Gesellschafter gegeneinander auch die rechtsgültige Verbindlichkeit übernommen, das Ergebnis des für gemeinschaftliche Rechnung betriebenen Spieles nach der hinsichtlich der Beteiligung getroffenen Vereinbarung zu tragen oder zu teilen. Eine hier nicht zu entscheidende Frage wäre, ob ein Teilnehmer einer solchen Gesellschaft gegen den anderen eine Klage auf Leistung eines Einschusses behufs des Weiterspielens oder gar auf Ausführung des Spieles zustände. Ein derartiger Gesellschaftsvertrag kann endlich auch nicht als ein Vertrag angesehen werden, dessen unmittelbarer Inhalt gegen die guten Sitten verstößt.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 38 S. 201.

Der Spielvertrag untersteht seinen eigenen Regeln. Das Recht reprobiert ihn wohl aus Rücksichten auf seinen wirtschaftlichen Unwert und seine wirtschaftliche Gefährlichkeit, aber nur in unvollkommener Weise, indem es ihm die Klagbarkeit versagt, dagegen ihn als genügende causa für die Erfüllung betrachtet. Der Gesichtspunkt der turpitude darf auf den Spielvertrag nicht angewendet werden; auch nicht auf den zum Zwecke des Spieles geschlossenen Gesellschaftsvertrag. Dies entspräche keineswegs der heutzutage herrschenden Verkehrsanschauung,

vgl. hierzu das deutsche B.G.B. §§ 762 flg. 705, 134, 138, wemgleich im Einzelfalle nach den besonderen Umständen die Annahme eines Verstoßes gegen die guten Sitten begründet sein kann. Derartige Umstände liegen nicht vor. Hiernach fehlt den Einwendungen des Beklagten, wie seiner Widerklage die rechtliche Grundlage. Geklagt ist aus dem Gesellschaftsvertrage, wonach der Kläger dem Vertrage gemäß gespielt hat, und aus dem Anerkenntnisse und Zahlungsverprechen des Beklagten, nicht aus den Spielverträgen, die Kläger mit der Firma L. & Co. schloß. Die Ausführung des Beklagten, diese

Geschäfte hätten jedenfalls im Verhältnisse der Parteien zu einander den Charakter reiner Differenzgeschäfte gehabt, soll auch nicht bedeuten, daß Kläger und Beklagter miteinander gespielt hätten, sondern nur klarlegen, daß die Parteien darüber einverstanden waren, daß die einzelnen Geschäfte, die Kläger mit der genannten Firma machte, Spielgeschäfte gewesen seien. Die Revision muß demnach zurückgewiesen werden, namentlich auch in Ansehung des Anspruches des Beklagten auf Erstattung von 200 *M.* Diese Summe will Beklagter vor Abgabe seines Auerkenntnisses und Zahlungsversprechens an Kläger à conto des Guthabens des letzteren aus dem für gemeinsame Rechnung betriebenen Spiele an dem auf Rechnung des Klägers gegangenen Spielverluste gezahlt haben. Daß diese Zahlung bei dem Auerkenntnisse nicht berücksichtigt worden wäre, Beklagter seine Schuld dem Kläger gegenüber um 200 *M.* zu hoch irrtümlich anerkannt hätte, hat Beklagter nicht behauptet. Er stützt die Rückforderung vielmehr lediglich auf die vermeintliche Ungültigkeit des Gesellschaftsverhältnisses. Für eine Kompensation gegen die anerkannte Schuld mit dieser angeblichen Forderung ist demgemäß kein Raum. Von einer Verletzung der Grundsätze über Kompensation, die von der Revision gerügt wird, kann keine Rede sein.“ . . .