

70. Hat derjenige, welcher in Gemeinschaft mit einem anderen in einer in Preußen verbotenen Lotterie gespielt hat, nach gemeinem Recht eine Klage auf Herausgabe der Hälfte des auf das Los gefallenen, von jenem erhobenen Gewinnes?

III. Zivilsenat. Ur. v. 17. Juni 1904 i. S. R. (Bekl.) w. J. (Rl.).
Rep. III. 5/04.

I. Landgericht Flensburg.

II. Oberlandesgericht Kiel.

Der Beklagte spielte in den Jahren 1897 und 1898 mit seiner Mutter, der am 20. September 1901 verstorbenen Witwe R. in Flensburg, ein Viertellos Nr. 104772 der Kopenhagener Lotterie. Am 11. März 1898 fiel auf das Los ein Gewinn von 150000 Kronen; der auf das Viertellos entfallene Gewinnbetrag von 42187,55 *M* wurde vom Beklagten erhoben. In einem Vorprozeß hat die Witwe R. die Hälfte dieses Betrages gegen den Beklagten eingeklagt; sie stützte ihren Anspruch auf einen mit dem Beklagten eingegangenen Gesellschaftsvertrag, auf ungerechtfertigte Bereicherung, auf Arglist des Beklagten und in Höhe von 10000 *M* auf ein ausdrückliches Zahlungsverprechen. Die Klage wurde in der zweiten Instanz rechtskräftig abgewiesen, indem die Beachtlichkeit sämtlicher geltend gemachter Klagegründe verneint, und der in der zweiten Instanz geltend gemachte Klagegrund eines Miteigentums an dem Lose als unzulässige Klageänderung unberücksichtigt gelassen wurde. Im gegenwärtigen Rechtsstreit beansprucht die Klägerin, eine Tochter der Witwe R., Herauszahlung der Hälfte weniger $\frac{1}{16}$ des Gewinnbetrages mit 19687,52 *M* nebst Zinsen auf Grund der Behauptung, daß ihre Mutter Miteigentümerin des Viertelloses in Gemeinschaft mit dem Beklagten gewesen sei und ihm dasselbe in Verwahrung gegeben habe, und daß sie teils als Miterbin, teils als Zessionarin anderer Miterben zur Geltendmachung des Anspruches berechtigt sei. Der Beklagte hat das behauptete Miteigentum der Witwe R. und die Berechtigung der Klägerin zur Erhebung des Anspruches bestritten und die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache erhoben. In erster Instanz wurde die Klage kostenpflichtig abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin ist der Anspruch auf Herausgabe der Hälfte des Gewinnes in Höhe von $\frac{17}{21} = 17075,82$ *M* für begründet erachtet, der Beklagte demgemäß zur Zahlung dieses Betrages nebst Zinsen verurteilt, im übrigen aber die Klage abgewiesen worden.

Die vom Beklagten eingelegte Revision wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

... „Das Berufungsgericht hat noch erwogen, daß das Verbot des Spielens in auswärtiger Lotterie dem Erwerbe des Eigentums an dem Lose doch jedenfalls nicht entgegenstehe. Diese Erwägung, für

welche eine nähere Begründung nicht gegeben ist, steht im Einklang mit den Rechtsgrundsätzen, welche, im Gegensatz zu dem Urteil des erkennenden Senates vom 7. Dezember 1880 (Entsch. des R.G.'s in Zivilf. Bd. 18 S. 242 fig.), in zahlreichen Entscheidungen anderer Zivilsenate ausgesprochen worden sind. In diesen Entscheidungen wird ausgeführt: „Das Gesetz vom 29. Juli 1885 bedrohe zwar das Spiel in auswärtigen, in Preußen nicht zugelassenen Lotterien mit Strafe, berühre aber nicht die Rechte des Spielers auf einen etwaigen Gewinn gegen den Unternehmer. Das Schuldverhältnis zwischen diesen beiden unterliege naturgemäß dem Gesetze des betreffenden auswärtigen Staates; das erwähnte preussische Gesetz habe sich eines Eingriffes in dieses Schuldverhältnis völlig enthalten; folgerichtig lasse es deshalb auch die Frage über den Übergang des Rechtes auf den Gewinn unberührt und schließe daher nicht aus, daß auf Grund einer nach ihm strafbaren Handlung das Recht auf den Gewinn auf einen Dritten übergehe. Daraus ergebe sich dann aber auch, daß durch das Verbot des Spiels in auswärtigen Lotterien die Rechtswirklichkeit des über das gemeinsame Spielen in einer solchen Lotterie eingegangenen Vertrages nicht ausgeschlossen werde insoweit, als es sich um den Erwerb des auf das Los gefallenen Gewinnes zu gemeinschaftlichem Eigentum der Mitspieler handele.“¹

Die vorerwähnten Entscheidungen betreffen zwar Rechtsfälle aus dem Gebiete des preussischen Allgemeinen Landrechtes; aber die ihnen zugrunde liegende Rechtsauffassung beruht nicht auf besonderen, im Gebiete des gemeinen Rechtes nicht geltenden gesetzlichen Bestimmungen, sondern auf Auslegung des Gesetzes vom 29. Juli 1885. Der erkennende Senat schließt sich, indem er insoweit von der in den Entsch. Bd. 18 S. 242 ausgesprochenen Ansicht abgeht, gegenwärtig dieser Rechtsauffassung an. Die in jener Entscheidung angeführten Gesetzesstellen des römischen Rechtes (l. 5 pr. Cod. 1, 14; l. 6 Cod. 2, 3; l. 57

¹ Vgl. Urteile des IV. Zivilf. vom 28. April 1902 und 7. Mai 1902 in der Jurist. Wochenschr. 1902 S. 375 Nr. 53 und S. 371 Nr. 40; Jurist. Wochenschr. 1899 S. 59 Nr. 84; Entsch. des R.G.'s in Zivilf. Bd. 28 S. 328, Bd. 27 S. 206, Bd. 17 S. 299 fig. 304, 305; Urt. des R.G.'s vom 5. Januar 1882 in der Jurist. Wochenschr. 1882 S. 79; Entsch. des R.O.S.G.'s Bd. 14 S. 220; Seuffert, Archiv Bd. 33 Nr. 24; Strtethorst, Archiv Bd. 35 Nr. 293; Entsch. des Obertribunals Bd. 15 S. 497; vgl. auch Gruchot, Beiträge Bd. 12 S. 194 Nr. 6. D. G.

Dig. 17, 2) rechtfertigen nicht die Annahme, daß ein jedes Gesetz, welches eine Handlung verbietet oder unter Strafe stellt, die Nichtigkeit des verbotswidrigen Rechtsgeschäftes zur Folge habe. Vielmehr ist aus dem einzelnen Verbotsgesetz der Grund des Verbotes und die Absicht des Gesetzes zu ermitteln, und danach die zivilrechtliche Wirkung des Verbotsgesetzes zu bestimmen.¹

Es widerspricht aber auch nicht den Bestimmungen des gemeinen Rechtes, daß ein Rechtsgeschäft in einzelnen rechtlichen Beziehungen gegen das Verbotsgesetz verstoßen und ungültig sein, in anderen Beziehungen aber rechtlichen Bestand haben kann.

Vgl. Henrici, in Gruchot's Beiträgen Bd. 36 S. 163 flg.

Solchen Klagen kann keinesfalls stattgegeben werden, die von dem Beklagten ein Handeln verlangen, durch das er sich der Begehung der gesetzlich unter Strafe gestellten Handlung oder der Teilnahme an derselben schuldig machen würde.

Geht man von diesen Erwägungen bei Anwendung des Gesetzes vom 29. Juli 1885 aus, dann ergibt sich, daß aus einem zum Zwecke des gemeinschaftlichen Spielens in einer nicht zugelassenen auswärtigen Lotterie geschlossenen Vertrag eine Klage des einen Teilnehmers gegen den anderen auf eine dieses Spiel bezweckende oder fördernde Handlung — auf Verurteilung zum Erwerb des Loses, auf Zahlung des versprochenen Anteilspreises, auf Fortsetzung des begonnenen Spiels — nicht zulässig ist,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Zivilf. Bd. 40 S. 256; Urteil des preussischen Obergerichtes in Seuffert's Archiv Bd. 33 Nr. 24, daß aber hieraus nicht folgt, das Gesetz vom 29. Juni 1885 stehe auch einer Klage des einen Teilnehmers gegen den anderen auf Auszahlung des Gewinnanteils entgegen. Auch der Erwerb des Mit-eigentums an dem Lose verstößt nicht gegen den Verbotgrund des Gesetzes. Das Eigentum an dem Lose wie an dem Gewinne wird dem Unternehmer der Lotterie gegenüber nach dem Rechte des aus-

¹ Vgl. Endemann, Die zivilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze (1887) S. 24 flg. 107 flg. 118 flg.; Endemann, Beiträge zur Geschichte der Lotterie S. 62 flg., und in der Deutschen Juristenzeitung 1898 S. 51 Sp. 2 Abs. 4; Henrici, in Gruchot's Beiträgen Bd. 36 S. 170. 171; Entsch. des R.G.'s in Zivilf. Bd. 6 S. 169, Bd. 44 S. 292. D. C.

wärtigen Staates rechtsgültig erworben, und dieses Eigentum wird dem Erwerber durch das Gesetz vom 29. Juli 1885 nicht entzogen.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Zivils. Bd. 17 S. 299.

Hieraus folgt dann aber auch nach gemeinem Recht ebenso wie für das Gebiet des preussischen Allgemeinen Landrechtes, daß das Verbot des Spielens in auswärtigen Lotterien die Rechtswirksamkeit des von den Parteien über das gemeinsame Spielen des Loses und den Erwerb des Miteigentums an dem Lose eingegangenen Vertrages insoweit nicht ausschließt, als es sich um den Erwerb des Loses und des auf das Los gefallenen Gewinnes zu gemeinschaftlichem Eigentum der Spieler handelt. Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, daß die Witwe N. Miteigentum an dem Gewinne erworben habe; es stellt nur Miteigentum an dem Lose fest, führt aber zutreffend aus, daß aus dem Miteigentum an dem Lose das Miteigentum an dem auf das Los gefallenen Gewinn und der Anspruch der Witwe N. auf die Hälfte des vom Beklagten eingezogenen Gewinnes sich ergebe. Die Höhe des der Klägerin als Miterbin der Witwe N. und als Jessionarin von Miterben zustehenden Betrages ist vom Berufungsgericht rechtlich einwandsfrei festgestellt worden.

Die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache hat das Berufungsgericht mit Recht verworfen. Die jetzige Klage ist auf das Miteigentum der Witwe N. gestützt und von diesem rechtlichen Gesichtspunkt aus für begründet erachtet worden. Über diesen Klagegrund hat aber das rechtskräftige Urteil des Vorprozesses nicht entschieden.“ . . .