

10

Für das Nachschlagewerk ! (zu I, III, 6 und III, 8)
Nicht für die Amtliche Sammlung !

1. Gesetz: ZPO § 128 Abs 2

Rechtssatz: Das Einverständnis mit schriftlicher Entscheidung wird durch den Beschluß, die Sache zur Feriensache zu erklären, nicht verbraucht.

2. Gesetz: BGB § 339 S 2

Rechtssatz: Wird eine Vertragsstrafe für ein Unterlassen geschuldet, so wird sie ohne Rücksicht auf Verschulden mit dem bloßen Zuwiderhandeln verwirkt.

3. Gesetz: BGB § 407

Rechtssatz: § 407 BGB dient dem Schutz des Schuldners und läßt ihm die Möglichkeit, die durch seine Leistung an den früheren Gläubiger bei diesem eingetretene ungerechtfertigte Bereicherung zurückzufordern.

Aktenzeichen: II ZR 306/53

Urteil des BGH vom 27. Januar 1955 -

LG München II

OLG München

Verkündet

am 27. Januar 1955

Jodas, Justizangestellter,

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Zimmermeisters Franz Xaver Sch [REDACTED]
in A [REDACTED]

Beklagten, Berufungs- und
Revisionsklägers,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]
[REDACTED]

gegen

die Hans W [REDACTED]-GmbH in D [REDACTED], S [REDACTED] Straße,
vertreten durch ihre Geschäftsführer Heinrich B [REDACTED]
und Bernhard H [REDACTED] in D [REDACTED]

Klägerin, Berufungs- und
Revisionsbeklagte,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Justizrat
Dr. [REDACTED]

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 20. Januar 1955 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Dr. Canter und der Bundesrichter Dr. Selowsky,
Dr. Delbrück, Dr. Kuhn und Artl für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das am 1. August
1953 an Verkündungsstatt zugestellte Urteil des 3.
Zivilsenats des Oberlandesgerichts in München aufge-
hoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und
Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen,
das auch über die Kosten der Revisionsinstanz zu ent-
scheiden hat.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Am 30. November 1949 kam zwischen den Kaufleuten H[REDACTED] und W[REDACTED], den Gesellschaftern der Klägerin, und dem Beklagten ein Vertrag zustande, nach dessen Ziffer 1 der Beklagte im Besitze eines große Gewinnaussichten bietenden Systems für Wettabschlüsse beim Fußballtoto sein wollte und nach dessen Ziffer 2 H[REDACTED] und W[REDACTED] zum 17. Wettbewerb des Bayerischen Fußballtotos 4.500 DM zur Ausnützung dieses Systems zur Verfügung stellen sollten. Die Hälfte dieses Betrages sollte als Darlehen des Beklagten gelten. Von einem etwaigen Gewinn sollten der Beklagte die Hälfte und die beiden Geldgeber je ein Viertel erhalten. In Ziffer 5 des Vertrages heißt es:

"Nachdem Herr W[REDACTED] und Herr H[REDACTED] das Risiko eingehen und erstmals einen großen Betrag zur Erprobung des Systems zur Verfügung stellen, sind diese Herren für dauernd berechtigt, auf der gleichen Basis, wie in diesem Vertrage niedergelegt, auch in Zukunft sich in gleicher Weise wöchentlich an den Wetten zu beteiligen. Sollte Herr Sch[REDACTED] - das ist der Beklagte - auf seinen Namen oder den Namen einer dritten Person selbständig Wetten abschließen, ohne die Herren W[REDACTED] und H[REDACTED] zur Beteiligung aufgefordert zu haben, oder sollte er sein System anderen Personen zugänglich machen, so haben die Herren W[REDACTED] und Huber für jeden Fall der Zuwiderhandlung einen Anspruch auf die Hälfte des jeweils erzielten Gewinnes, mindestens aber von 5.000 DM für jeden Fall."

Am 8. Dezember 1949 schlossen H[REDACTED] und W[REDACTED] mit dem Beklagten einen Zusatzvertrag. Nach ihm hatten H[REDACTED] und W[REDACTED] für den 18. Wettbewerb des Bayrischen Fußball-



tots 4.505,70 DM zur Verfügung zu stellen. Ein Teilbetrag von 1.500 DM sollte als Darlehen des Beklagten gelten. Der Gewinn sollte gleichmäßig aufgeteilt werden. Im übrigen sollte der Vertrag vom 30. November 1949 maßgebend sein.

Der Beklagte nahm die Ausfüllung der Wettscheine beider Wetten mit dem inzwischen verstorbenen Mathias Wi vor. Wi hatte auf diese Weise genaue Kenntnis von den abgeschlossenen Wetten. Zum 18. Wettbewerb füllte Wi Wettscheinen auf den Namen des Beklagten noch für 2.610 DM Wettscheine auf seinen eigenen Namen aus, wobei er systematisch Tips der Gemeinschaftswette H/W/Beklagter umstellte (sogenannter Kontratip). Auf 197 seiner Tipreihen entfielen Gewinne von insgesamt 170.670,50 DM. Hiervon erhielt der Beklagte die Hälfte des sich nach Abzug der Kosten ergebenden Betrages.

H und W sind der Ansicht, daß ihnen die Hälfte davon - das sind 41.997,50 DM - zustehen. Sie haben den Anspruch hierauf an die Klägerin abgetreten. Davon hat sie im Vorprozeß (4 O 443/50 LG München II/3 U 301/51 OLG München/II ZR 299/51 BGH) einen Teilbetrag von 11.997,50 DM erfolgreich geltend gemacht. Mit einem weiteren Betrage von 5.000 DM hat sie gegenüber einem Wechselanspruch des Beklagten aufgerechnet. Mit der vorliegenden Klage macht die Klägerin den Rest von 25.000 DM geltend. Sie stützt den Anspruch wiederum auf die Verträge vom 30. November und 8. Dezember 1949 und darauf, daß sich der Beklagte an den Wetten Wi beteiligt habe.

Der Beklagte hält diese Verträge für nichtig, weil er sich darin ohne Gegenleistung zur Abgabe des Gewinns aus anderweitig von ihm abgeschlossenen Wetten verpflichtet habe, die Verträge im Wettfieber unter Ausnutzung seines Leichtsinns geschlossen worden seien und wegen "Spielens

auf Borg" sittenwidrig seien. Zum mindesten begründeten die Verträge, so meint der Beklagte weiter, nur eine unklagbare Verbindlichkeit. Keinesfalls gäben sie den geltend gemachten Schadensersatz- oder Vertragsstrafenanspruch. Die Verträge verböten ihm lediglich, selbständig Wetten abzuschließen; er habe sich jedoch an den Wetten Wi [REDACTED]s erst nach deren Abschluß, ja nach Wettschluß und erst zu einer Zeit (Sonntag vormittag) beteiligt, nachdem einige Spielergebnisse bekannt geworden seien; solchenfalls könne von der Beteiligung an einer Wette nicht mehr die Rede sein, weil zum Begriff der Wette eine irgendwie geartete Wettätigkeit gehöre und eine solche nach Wettschluß nicht mehr möglich sei. Wenn H [REDACTED] und W [REDACTED] auch für diesen Fall die Hälfte des Gewinns hätten haben wollen, sei ein Vertrag wegen Einigungsmangels überhaupt nicht zustande gekommen. Übrigens seien die Verträge später wieder aufgehoben worden. H [REDACTED] und W [REDACTED] hätten auch auf den geltend gemachten Anspruch verzichtet. Schließlich sei die Klageforderung erloschen; durch Erklärung vom 26. Mai 1950 habe die Klägerin die Klageforderung gegen eine Darlehensschuld von 30.000 DM aufgerechnet; daß der Beklagte zur Zeit der Aufrechnung nicht mehr Gläubiger der Darlehensforderung gewesen sei - er hat sie am 12. Mai 1950 an die Kreis- und Stadtparkasse Dachau abgetreten - , sei unerheblich, da die Klägerin die Abtretung damals noch nicht gekannt habe und ihre Aufrechnung darum nach § 407 BGB wirksam geworden sei.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung des Beklagten hatte keinen Erfolg. Mit der Revision verfolgt er den Klageabweisungsantrag weiter, während die Klägerin um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe:

I. Zu Unrecht beschwert sich die Revision darüber, daß das Berufungsurteil als schriftliche Entscheidung erlassen

worden ist. Die Parteien haben sich mit schriftlicher Entscheidung einverstanden erklärt (Sitzungsniederschrift vom 17.6.53, Bl 82 dA). Dieses Einverständnis wurde durch den Beschluß vom 30. Juli 1953, die Sache werde zur Feriensache erklärt, entgegen der Ansicht der Revision nicht aufgebraucht, da der Beschluß, die Sache zur Feriensache zu erklären, ohnehin ohne mündliche Verhandlung erfolgen konnte und die Parteien mit ihrem Einverständnis zu schriftlicher Entscheidung eine Entscheidung in der Sache selbst meinten (RG JW 1932, 646).

II. 1.) Der Senat hat schon im Vorprozeß den Standpunkt des Beklagten gebilligt, daß zum Begriff des Wettens eine irgendwie geartete Wettätigkeit gehört und daß es daran fehlt, wenn sich jemand nach Wettschluß an der von einem anderen vorgenommenen Wette beteiligt. Daran ist festzuhalten. Das hinderte das Berufungsgericht aber nicht, die Vereinbarung vom 30. November 1949 dahin auszulegen, daß der Beklagte auch dann die Hälfte seines Gewinns abzugeben oder mindestens 5.000 DM zu zahlen hatte, wenn er sich an fremder Wette vor oder nach Wettschluß beteiligte, mochte sie unter Benutzung seines oder eines anderen Systems zustande gebracht werden oder zur Zeit seiner Beteiligung bereits abgeschlossen sein. Wer das Wettsystem eines anderen vertraglich ausnützen will, wird darauf Wert legen, an Wetten beteiligt zu werden, die der andere selbst abschließt oder der eigenen Beteiligung für wert hält, kann er doch insbesondere bei tausenden von Tippreihen, die er selbst gar nicht ausfüllt, auch nicht annähernd übersehen, welche Chancen ihm zur Verfügung gestellt wurden und welche der andere selbst oder durch Teilnahme an den Tips eines Dritten ausnutzt. Er ist auch daran interessiert, den anderen von einer erst nach Wettschluß vereinbarten Beteiligung an Wetten eines Dritten auszuschließen, da er keine Gewähr dafür hat, daß diese Wetten nicht nach dem vertraglich gebundenen System oder ohne jede Mit-

wirkung seines Entdeckers zusammengestellt werden. Auch wer nach Wettschluß an fremder Wette teilnimmt, nutzt eine gebotene Gewinnchance aus; solange noch nicht alle getippten Spiele durchgeführt sind oder das Ergebnis aller dieser Spiele bekannt ist; ist es sprachlich nicht ausgeschlossen, die Beteiligung an vor Wettschluß abgeschlossenen Wetten als Wette zu bezeichnen. Wenn die Revision eine derartige Beteiligung als bloße Gewinnbeteiligung anspricht, so bringt sie für die Chance, daß die Spielergebnisse richtig getippt wurden, nur eine andere Formulierung, nämlich, daß die Zahl der richtigen Tips in den verschiedenen Rängen Gewinn brachte. Der Sinn der umstrittenen Abrede kann es sehr wohl gewesen sein, die Zedenten der Klägerin an einem Gewinn teilhaben zu lassen, den der Beklagte durch Beteiligung an der Wette eines anderen erzielte, der die Tippreihen der Gemeinschaftswetten kannte, abänderte und so die Gewinnchancen für den Beklagten systematisch erweiterte. Gewiß konnten die Zedenten der Klägerin nicht verhindern, daß Wittmer überhaupt tippte oder sich gar das "System" des Beklagten zunutze machte, aber, wenn er das letztere in Kenntnis der Tippreihen der Gemeinschaftswetten tat und sich der Beklagte eine Beteiligung an der Gewinnchance dieser Tips sicherte, so hatten die Zedenten der Klägerin ein Interesse daran, hierüber unterrichtet zu werden und Gelegenheit zu bekommen, sich an der vom Beklagten wahrgenommenen weiteren Gewinnchance ihrerseits zu beteiligen. Es ist nicht von der Hand zu weisen, daß die Zedenten der Klägerin durch den Vertrag vom 30. November 1949 diese Möglichkeit erhalten wollten und sollten. Der Senat hat schon in seinem Urteil vom 9. Juli 1952 erwo-gen, daß sich der Beklagte, wenn er sich ohne Verständigung der Zedenten der Klägerin an fremder Wette beteiligte, dem Verdacht aussetzte, sein System dem Dritten nutzbar gemacht oder bei der Ausfüllung seiner Tippreihen geholfen zu haben. Die Annahme der Revision, daß bei einer erst nach Wettschluß,

ja, nach Bekanntwerden einzelner Spielergebnisse vereinbarten Gewinnbeteiligung nicht der Verdacht unzulässiger Ausnutzung des der Gemeinschaftswette zugrunde gelegten Systems aufkommen könne, ist unhaltbar und setzt sich über die unbestrittene Tatsache hinweg, daß Wi [REDACTED] seine Tip[scheine] unstreitig in Kenntnis und unter systematischer Änderung der Tips der Gemeinschaftswette ausfüllte und so die Gewinnchance für denjenigen, der sowohl an den Wetten von H [REDACTED] und W [REDACTED] und seinen Wetten teilnahm, erweiterte. Mag er dabei auch nach eigenen Ideen gehandelt haben, so läßt sich doch insgesamt oder mindestens wegen der von den Gemeinschaftswetten übernommenen Tips, die er nach der Systematik des Beklagten unter Ausnutzung seiner Kenntnis der Tipreihen der Wetten H [REDACTED]/W [REDACTED]/Beklagter zusammenstellte, die Ursächlichkeit einer Einwirkung des den Gemeinschaftswetten vorbehaltenen Systems auf die Wetten Wi [REDACTED]s nicht leugnen. Wie der Senat schon in seinem Urteil vom 9. Juli 1952 hervorgehoben hat, ist es durchaus möglich, daß die Zedenten der Klägerin bei den in die Millioner gehenden Tipseintragungen der Nachprüfung, ob eine fremde Wette, die der Beklagte einer Beteiligung für wert hielt, unter Benutzung seines Systems zustande gekommen sei, enthoben sein sollten, und daß dies eine Absprache dahin, daß ihnen der Beklagte entweder Gelegenheit zur eigenen Beteiligung geben oder die Hälfte eines ihm anfallenden Gewinns, mindestens aber 5.000 DM zahlen sollte, hinreichend erklärt.

2.) Eine ganz andere Frage ist es, welche der beiden erörterten Möglichkeiten tatsächlich vereinbart worden ist. Hierfür gibt das Urteil des Senats vom 9. Juli 1952 lediglich her, daß die rechtliche Möglichkeit der berufungsgerichtlichen Auslegung nicht verneint werden kann und daß die Feststellungen des damaligen Berufungsurteils nach der damaligen Prozeßlage aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden

waren. Das enthob das Berufungsgericht nicht, dem neuen Tatsachenvortrag des vorliegenden Prozesses, soweit er erheblich ist, nachzugehen. Es war das Anliegen der abermaligen Einlassung des Beklagten auf eine Klage, den Streitstoff in tatsächlicher Hinsicht überprüfen zu lassen. Dem wird das Berufungsurteil nicht gerecht.

a) Der Beklagte hat behauptet, bei Abschluß des Vertrages vom 30. November 1949 sei ausdrücklich klargestellt worden, daß er jede Wette, die nach einem anderen System zustande komme, ja sogar jede Wette, die nach dem System Schönwetter unter Zugrundelegung einer anderen Tipaufstellung erfolge, allein oder mit einem anderen spielen könne, ohne daran die Zedenten der Klägerin beteiligen oder mit ihnen den Gewinn teilen oder ihnen mindestens 5.000 DM zahlen zu müssen (Bl. 45 R dA). Er hat unter Beweis gestellt, daß Wi [REDACTED] dies dem Edmund K [REDACTED] bereits am 10. Dezember 1949, also am Tage vor Anfall des Gewinns, erzählt und K [REDACTED] unter Vorlegung des Vertrages vom 30. November 1949 zur Beteiligung an seinen, Wi [REDACTED], Wetten aufgefordert habe. Mag auch bei Richtigkeit dieser Erzählung zweifelhaft bleiben, was das Verbot der umstrittenen Abrede dann eigentlich außer Wetten mit schon für H [REDACTED] und W [REDACTED] zusammengestellten Tipreihen noch erfaßte und ob dafür außer eigenen Wettabschlüssen des Beklagten nach seinem eigenen System überhaupt noch Wetten übrig blieben, so durfte dieser Beweisantritt doch nicht übergangen werden, weil er gleichwohl, wenn auch nicht für sich allein, zur Aufhellung der umstrittenen Vereinbarung geeignet ist. Gewiß wäre bei einer positiven Aussage K [REDACTED]s noch keineswegs bewiesen, daß Wi [REDACTED] ihm die Wahrheit erzählt hat. Aber ohne Erhebung der vom Beklagten weiterhin beantragten Beweise durfte das Berufungsgericht nicht annehmen, daß Erzählungen Wi [REDACTED]s überhaupt kein Beweiswert zukomme.

b) Wi [REDACTED] hat unter dem 6. Mai 1950 vor einem Notar

eidesstattlich versichert, daß es sich bei seiner Abmachung mit dem Beklagten um eine Zusatzwette (Kontratip) gehandelt habe, die der Beklagte den Zedenten der Klägerin habe zugänglich machen müssen. Er hat diese eidesstattliche Versicherung unter dem 27. Mai 1950 widerrufen. Das Berufungsgericht berücksichtigt zwar die eidesstattliche Versicherung und ihren Widerruf, nicht aber, daß der Beklagte unter Beweis gestellt hat (vgl. Bl. 16 dA), daß Huber die eidesstattliche Versicherung aufgesetzt und für ihre Abgabe 10.000 DM geboten habe. Wäre das richtig, so wären daraus Rückschlüsse in der Richtung denkbar, daß die Vereinbarung vom 30. November 1949 nicht den von der Klägerin behaupteten Inhalt hatte. Die fraglichen Beweisantritte durften darum nicht übergangen werden. Zum mindesten hätte sich das Berufungsgericht mit diesem Punkt auseinandersetzen müssen. Das hat es jedoch nicht getan.

c) Gegen den vom Beklagten behaupteten Inhalt des Vertrages vom 30. November 1949 spricht sehr stark die Tatsache, daß der Beklagte zunächst eine Beteiligung an den Wetten Wi■■■■s mit der Begründung abgelehnt hat, daß er daran vertraglich gehindert sei. Diese Tatsache ist aber entgegen der Ansicht des Berufungsurteils kein ausreichender Grund, die Beweise dafür unerhoben zu lassen, 1.) der Beklagte habe unmittelbar nach Abschluß des Vertrages vom 30. November 1949 Verwandten gegenüber erzählt, der Vertrag mit den Zedenten der Klägerin lasse ihm frei, nach einem anderen System zu wetten, 2.) bei Abschluß seines Vertrages mit Wittmer habe er in Gegenwart seiner Haushaltshilfe (Frau Spielvogel) erörtert, der Vertrag mit H■■■■ und Wi■■■■ verbiete ihm nicht, sich nach Wettschluß an fremden, ohne seine Mitwirkung zustande gekommenen Wetten zu beteiligen, und 3.) in diesem Sinne habe er auch unmittelbar nach Abschluß seines Vertrages mit Wi■■■■ mit dem Wetteinnehmer Ke■■■ gesprochen.

chen. Denn die erstgenannte Behauptung würde die Erzählung Wi [REDACTED]s gegenüber K [REDACTED] unterstützen und die beiden anderen Behauptungen können, ohne daß ihre Richtigkeit geklärt oder unterstellt wird, nicht abgetan werden. Das Berufungsurteil macht nicht klar, ob es diese Behauptungen als wahr unterstellen wollte, denn es spricht zwar davon, die behaupteten Erzählungen des Beklagten könnten nicht beweisen, daß seine Behauptung über den Inhalt des Vertrages vom 30. November 1949 richtig sei, aber es kennzeichnet diese Erzählungen auch als eine Vertragsauslegung, die der Beklagte "gegeben haben will". Diese Redewendung läßt die Annahme einer unzulässigen Vorwegwürdigung nicht erhobener Beweise nicht mit Sicherheit ausschließen. Aus diesen Gründen muß das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen werden.

III. Die übrigen Angriffe der Revision sind dagegen unbegründet.

1.) Der Vertrag vom 30. November 1949 ist nicht auf eine Unmöglichkeit gerichtet gewesen. Der Senat hat schon in seinem Urteil vom 9. Juli 1952 hervorgehoben, daß es bei der Vielzahl der Tipmöglichkeiten kein System gibt und geben kann, mit dem objektiv eine sichere oder auch nur verläßlich erhöhte Gewinnchance ermittelt werden könnte, und daß ein nicht bestehendes System auch nicht Gegenstand des Vertrages vom 30. November 1949 war. Die Revision verkennet die Tragweite dieses Entscheidungsgrundes, wenn sie nunmehr geltend macht, Gegenstand des Vertrages sei das System Schönwetter gewesen, denn das gab es ebensowenig wie ein allgemeines Wettsystem und war gleichfalls nicht Gegenstand des Vertrages. Was durch die Gemeinschaftswetten ausgenutzt werden sollte, war diejenige systematische Ausfüllung von Tipreihen, der der Beklagte und seine Vertragspartner subjektiv er-

höhte Gewinnchancen gaben. Daß die gewählte Systematik des Tippens keine eigene Erfindung des Beklagten war, sondern von der Bayrischen Totogesellschaft propagiert und von zahllosen anderen Wetttern geübt wird, wäre nur von Bedeutung, wenn es darauf ankäme, ob der Beklagte seine Vertragspartner hierüber geflissentlich getäuscht hat, und der erhobene Anspruch nur aus unerlaubter Handlung begründet werden könnte.

2.) Von Sittenwidrigkeit kann keine Rede sein. Im vorliegenden Falle fehlt jeder Anhaltspunkt für Umstände, die ein Darlehen zum Glücksspiel oder zu Wetten (vgl dazu RGRKomm z BGB § 138 Anm 1 A b; B b; § 762 Anm 5) sittenwidrig erscheinen lassen können.

3.) Auch wenn die Zedenten der Klägerin wußten, daß Wittmer das System des Beklagten kannte und er sie vergeblich aufgefordert hat, sich an seinen Wetten zu beteiligen, ist damit die Geltendmachung des Klageanspruchs nicht unvereinbar. Denn erst durch die Beteiligung des Beklagten an den Wi■■■■'schen Wetten erlangten H■■■■ und W■■■■ den geltend gemachten Anspruch, und hierzu steht die Ablehnung ihrer Beteiligung an den Wetten Wi■■■■s in keiner Beziehung.

4.) Mit Recht hat es das Berufungsgericht abgelehnt, die Erklärungen von H■■■■ und W■■■■ vom 13. Dezember 1949 und 25. Mai 1950 (Bl 30 dA) und ihr Einverständnis zum Abschluß der sogenannten Liberalitätswetten zum 25. Wettbewerb als einen Verzicht auf die ihnen möglicherweise aus dem Vertrage vom 30. November 1949 erwachsenen Rechte zu werten. Das ist eine tatsächliche Würdigung, die mit der Revision nicht umgestoßen werden kann. Das Berufungsgericht geht bei seiner Beurteilung von der unstreitigen Tatsache aus, daß H■■■■ und W■■■■ bei ihrem Einverständnis mit den sogenannten Liberalitätswetten zum 25. Wettbewerb und bei Abgabe ihrer Erklärungen vom 13. Dezember 1949 und 25. Mai 1950

gewußt haben, daß Wi [REDACTED] gewonnen hatte und daß der Beklagte daran hälftig beteiligt war. Über diese unstreitigen Tatsachen waren keine Beweise zu erheben. Die Revision übersieht das, wenn sie insoweit Verletzung des § 286 ZPO rügt.

5.) Die Behauptung des Beklagten, H [REDACTED] und W [REDACTED] hätten ihm und Wi [REDACTED] eine Teilhaberschaft in ihrer Firma angeboten, falls sie einmal einen derartigen Gewinn erzielen sollten, bedurfte weder der Aufklärung noch der Stellungnahme, da eine solche Erklärung nicht den behaupteten Verzicht, sondern vielmehr ergibt, daß H [REDACTED] und W [REDACTED] damals noch nicht erkannt hatten, daß sie gegen den Beklagten einen Anspruch aus seiner Beteiligung an den Wi [REDACTED]-Wetten hätten. Hiervon geht aber das Berufungsurteil (§ 29) gerade aus.

6.) Die Vereinbarung, daß der Beklagte die Hälfte eines aus eigener Wette erzielten Gewinns abzugeben habe, ist keine Vertragsstrafe und kein Schadensersatz, sondern eine gesellschaftliche Beteiligungsabrede für einen Fall, in dem für H [REDACTED] und W [REDACTED] die Zahlung eines Einsatzes entfiel. Diese hälftige Gewinnbeteiligung war nicht von einem Verschulden des Beklagten abhängig.

Aber selbst wenn man insoweit Vertragsstrafe anzunehmen hätte, wäre ein Verschulden des Beklagten keine Voraussetzung des Anspruchs der Klägerin, da sie für ein Unterlassen geschuldet wurde und eine Vertragsstrafe in diesem Fall ohne Rücksicht auf Verschulden mit der bloßen Zuwiderhandlung verwirkt wird (§ 339 Satz 2 BGB; RGRKomm z BGB § 339 Anm 2 m w Nachw). Der Revision kann nicht zugegeben werden, daß H [REDACTED] und W [REDACTED] den Anspruch nicht erheben durften, weil sich der Beklagte gutgläubig für berechtigt gehalten habe, sich nach Wettschluß an etwaigen Gewinnen Wi [REDACTED]s zu beteiligen. Denn selbst wenn er sich dazu für berechtigt

gehalten haben würde, könnte dadurch die mit den Zedenten der Klägerin getroffene Vereinbarung nicht in ihr Gegenteil verkehrt oder ihres Inhalts entkleidet werden. Das kann auch mit Hilfe des § 242 BGB schlechterdings nicht befürwortet werden.

7.) § 242 BGB bietet entgegen der Ansicht der Revision keinerlei Handhabe, dem Anspruch der Kläger deshalb entgegenzutreten, weil sie den Anspruch erst zu einer Zeit erhoben haben, nachdem sie die Erklärungen vom 13. Dezember 1949 und 25. Mai 1950 abgegeben haben und damit einverstanden waren, daß der Beklagte auf eigene Kosten zum 25. Wettbewerb Wetten abschloß, an deren etwaigem Gewinn er sie beteiligen wollte.

8.) Auch die §§ 407, 819 BGB sind nicht verletzt. Die Aufrechnung brachte zwar die Darlehnsforderung trotz vollzogener Abtretung zum Erlöschen, da H. und W. den Beklagten noch für ihren Gläubiger hielten (§ 407 BGB). Diese Bestimmung dient aber dem Schutz des leistenden Schuldners und läßt ihm die Möglichkeit, die bei seinem früheren Gläubiger eingetretene ungerechtfertigte Bereicherung seinerseits zurückzufordern (RGZ 83, 188; HRR 1932 Nr 1001). Das ist herrschende Meinung (Oegg in RGRKomm z BGB § 407 Anm 1; Hahne in Soergel BGB § 407 Anm 3; Westermann in Erman BGB § 407 Anm 1; Danckelmann in Palandt BGB § 407 Anm 1; Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht § 80 I 1). Von diesem Recht haben H. und W. Gebrauch gemacht. Die Bereicherung bestand in der Befreiung des Beklagten von seiner Schuld aus dem Verträge vom 8. Dezember 1949. Nach § 818 Abs 2 BGB hat er den Wert dieser Schuldbefreiung zu ersetzen. Er hat daher denjenigen Betrag zu zahlen, von dessen Zahlung er durch die Aufrechnung befreit wurde.

Mit Recht hat das Berufungsgericht dem Beklagten den

Einwand des Wegfalls der Bereicherung versagt. § 819 BGB hebt auf den Zeitpunkt des Empfangs der ungerechtfertigten Bereicherung ab. Das ist entgegen der Ansicht der Revision der Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Aufrechnung und nicht der Zeitpunkt, zu dem sich H. [REDACTED] und W. [REDACTED] entschlossen, von § 407 BGB keinen Gebrauch zu machen. Denn die Bereicherung des Beklagten trat mit dem Zugang der Aufrechnungserklärung ein. Bereits in diesem Augenblick wurde der Beklagte von dem Klageanspruch frei, obwohl er nicht mehr Gläubiger des vorher abgetretenen Darlehnsanspruchs war. Als sich H. [REDACTED] und W. [REDACTED] für die Geltendmachung des Klageanspruchs entschieden, trat keine Vermögensverschiebung ein, der Entschluß schuf nicht den Bereicherungsanspruch, sondern betraf die Durchführung eines bereits ab Aufrechnung bestehenden Bereicherungsanspruchs. Da die Bereicherung bereits mit Wirksamwerden der Aufrechnungserklärung eintrat und nach Behauptung des Beklagten erst danach weggefallen sein soll, ist dieser Einwand unbeachtlich.

IV. Da die Kostenentscheidung von dem endgültigen Ausgang des Rechtsstreits abhängt, war sie dem Berufungsgericht zu überlassen.

Dr. Canter Dr. Selowsky Dr. Delbrück Dr. Kuhn Artl