

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

215 094

HGB § 335; Ges. üb. die Zulassung öffentlicher Spielbanken
(SpielbG) v. 14. Juli 1933, RGBl I 480

Die stille Beteiligung an einem erlaubten Glücksspiel
ist nicht gesetzlich verboten.

BGH, Urt. v. 19. September 1963 - II ZR 76/61

OLG München

LG München

Verkündet

am 19. September 1963

Schorm, 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 Siegfried S [REDACTED] in G [REDACTED]-P [REDACTED],
R [REDACTED] weg [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

-Prozeßbevollmächtigte : Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED]-

gegen

den Carl Theodor S [REDACTED] in G [REDACTED]-P [REDACTED],
Am K [REDACTED] [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]-

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 19. September 1963 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Fischer und der Bundesrichter
Dr. Kuhn, Liesecke, Dr. Bukow und Dr. Schulze
für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des
7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom
30. November 1960 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und
Entscheidung an das Berufungsgericht zurückver-
wiesen, dem auch die Entscheidung über die Kosten
der Revision übertragen wird.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Am 23. März 1955 vereinbarten die Parteien, sich gemeinsam um die Konzession für den Betrieb einer öffentlichen Spielbank in G [REDACTED]-P [REDACTED] zu bewerben und später eine Gesellschaft zum Betrieb dieser Spielbank zu gründen. Dabei sollte dem dafür vorgebildeten Kläger die Spielleitung und dem Beklagten die Kapitalbeschaffung obliegen.

Am 10. Juni 1955 erteilte das Bayerische Staatsministerium des Innern im Einvernehmen mit dem Bayerischen Staatsministerium der Finanzen dem Beklagten die Spielbankerlaubnis für eine Spielbank in G [REDACTED]-P [REDACTED].

In der Zulassungsurkunde heißt es einleitend, wenn der Beklagte mit vorheriger Genehmigung der beiden Ministerien bis zum 1. Oktober 1955 eine Spielbankgesellschaft gründe und an ihr maßgeblich beteiligt sei, gelte die Erlaubnis als dieser Gesellschaft erteilt.

Weiter interessieren für diesen Rechtsstreit folgende Bestimmungen:

§ 1 Abs. 4

"Den Eintritt eines stillen Gesellschafters, die Aufnahme von Darlehen mit Gewinnbeteiligung des Darlehensgebers oder mit vom Geschäftsergebnis abhängiger Verzinsung, ... sowie alle Rechtsgeschäfte, die einem Dritten wirtschaftlich oder rechtlich eine einem Gesellschafter ähnliche Stellung einräumen, wird das Staatsministerium des Innern im Benehmen mit dem Staatsministerium der Finanzen bei Vorliegen für die Spielbank zwingender wirtschaftlicher Gründe auf Antrag sämtlicher Gesellschafter zulassen."

§ 4 Abs. 3

"Die Erlaubnis ist nicht, auch nicht teilweise, übertragbar."



Am 5. Oktober 1955 wurde eine Kommanditgesellschaft unter der Firma C [REDACTED] G [REDACTED] - P [REDACTED], C. Th. S [REDACTED] KG in das Handelsregister eingetragen, im folgenden als Casinogesellschaft bezeichnet. Persönlich haftender Gesellschafter ist der Beklagte. Der Kläger gehört ihr nicht an. Es schloß jedoch am 1. August 1955 einen Vertrag, der vom Beklagten und vom Kläger unterzeichnet ist. Er beginnt mit den Worten:

" Vertrag
zwischen
der Casinogesellschaft
und
Herrn Siegfried S.

I.

Die Kommanditgesellschaft nimmt Herrn Siegfried S. als stillen Gesellschafter mit einer Einlage von DM 20.000 auf. Herr Siegfried S. beteiligt sich an dem Unternehmen der Kommanditgesellschaft als stiller Gesellschafter."

Unter den Unterschriften der beiden Parteien befindet sich noch folgender Zusatz:

"Dieser Vertrag ist zunächst zwischen Herrn Siegfried S. [REDACTED] einerseits und Herrn C. Th. S. [REDACTED] unter Beitritt der Gründergesellschafter Ludwig Sp. [REDACTED] und Dr. Karl R. [REDACTED] geschlossen worden. Die Gründergesellschafter stehen dafür ein, daß nach Herstellung der Rechtspersönlichkeit der geplanten Kommanditgesellschaft der gleiche Vertrag zwischen der Kommanditgesellschaft und Herrn S. [REDACTED] geschlossen wird.

gez. Dr. R. [redacted] gez. Sp. [redacted]"

Der Kläger zahlte die Einlage von 20.000 DM ein und übernahm mit Zustimmung der Regierung von Oberbayern die technische Leitung der Spielbank.

Am 18. April 1957 erlaubte das Bayerische Staatsministerium des Innern dem Beklagten die Errichtung eines Zweigbetriebs in Bad W[REDACTED]. Darauf eröffnete der Beklagte auch dort eine Spielbank. Er gründete zu diesem Zweck eine neue Gesellschaft unter der Firma Spielbank Bad W[REDACTED], C. Th. S[REDACTED] KG. An dieser sind er selbst und seine Geldgeber, eine Anzahl Kommanditisten der Casinogesellschaft G[REDACTED]-P[REDACTED] mit 51 % und ein Dieter W[REDACTED] als Vertreter einer anderen Kapitalgruppe mit 49 % beteiligt.

Ein Vertrag zwischen der Spielbank Bad W[REDACTED] und dem Kläger besteht nicht. Dieser ist seit einer fristlosen Kündigung durch den Beklagten am 20. Mai 1958 auch nicht mehr in G[REDACTED]-P[REDACTED] tätig.

In den letzten sechs Monaten vor der Eröffnung des Betriebes in Bad W[REDACTED] hatte der Kläger in G[REDACTED]-P[REDACTED] insgesamt 35.975,76 DM bezogen. In den folgenden sechs Monaten, nämlich vom Juni bis November 1957, erhielt er nur noch 18.712,53 DM. Der Beklagte hat auf den Differenzbetrag 9.000 DM gezahlt. Der Kläger verlangt in diesem Rechtsstreit unter Vorbehalt weiterer Ansprüche die restlichen 8.263,23 DM. Er behauptet, über den Vertrag vom 23. März 1955 hinaus sei mündlich vereinbart gewesen, daß er an allen bayerischen Spielbanken mit 10 % beteiligt werde, für die er oder der Beklagte eine Konzession erhielten. Außerdem hätte der Beklagte auf Grund der Erlaubnis vom 18. April 1957 in Bad W[REDACTED] nur eine handelsrechtliche Zweigniederlassung errichten dürfen; an einer solchen würde er - der Kläger - ohnehin mit 10 % beteiligt gewesen sein. Durch die Errichtung einer selbständigen Kommanditgesellschaft habe der Beklagte den zwischen ihnen geschlossenen Vertrag verletzt; aus Gründen der Gesellschaftstreue hätte er keinen Konkurrenzbetrieb in Bad W[REDACTED] eröffnen dürfen. In übrigen habe der Beklagte ihm im Sommer 1957

ausdrücklich zugesichert, daß er - der Kläger - durch die Eröffnung der Spielbank in Bad W[REDACTED] keinen Ausfall erleiden werde.

Der Beklagte macht u. a. geltend, die Ereignisse hätten ihn zur Gründung einer Kommanditgesellschaft in Bad Wiessee gezwungen. Die dortige Spielbank wäre auch dann eröffnet worden, wenn er sich nicht eingeschaltet haben würde. Schließlich stehe noch nicht fest, wie hoch die Mindesteinnahmen des Klägers im Jahresdurchschnitt seien.

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Kläger seinen Antrag weiter.

Der Beklagte bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hat ausgeführt, alle Verträge zwischen den Parteien oder zwischen dem Kläger und der Casinogesellschaft sowie der Vertrag zur Gründung dieser Gesellschaft hätten nach der Zulassungsurkunde der Genehmigung bedurft; diese aber sei nicht erteilt worden, und es sei mit ihr auch nicht mehr zu rechnen; deshalb verstießen alle Verträge gegen § 284 StGB und seien gemäß § 134 BGB nichtig.

Soweit Gesellschaftsverträge in Rede stehen, hat das Berufungsgericht auch die Anwendung der Grundsätze über die sogenannte faktische Gesellschaft abgelehnt.

Die Revision greift diese Darlegungen unter verschiedenen Gesichtspunkten des sachlichen und des Verfahrensrechts an.

11

I. Soweit sich die Revision mit der Wirksamkeit des Vertrages über die Errichtung der Casinogesellschaft befaßt, braucht auf diese Ausführungen nicht eingegangen zu werden.

Der Kläger macht geltend, er habe sich nach Maßgabe des Vertrages vom 1. August 1955 an der später errichteten Casinogesellschaft in G [REDACTED]-P [REDACTED] als stiller Gesellschafter mit einer Einlage von 20.000 DM und einem Gewinnanteil von 10 % beteiligt. Ein solcher Gesellschaftsvertrag begründet vertragliche Rechtsbeziehungen allein zwischen der Casinogesellschaft und dem Kläger, nicht dagegen auch zwischen den einzelnen Gesellschaftern der Casinogesellschaft und dem Kläger. Das bedeutet, daß aus einem solchen Vertrag grundsätzlich nur die Casinogesellschaft vertragliche Pflichten gegenüber dem Kläger übernommen hat, und daß demzufolge der Kläger den Beklagten aus diesem Vertrag persönlich nur in Anspruch nehmen kann, soweit die Casinogesellschaft eine vertragliche Verpflichtung aus dem stillen Gesellschaftsverhältnis verletzt hat, für die der Beklagte dann als persönlich haftender Gesellschafter der Casinogesellschaft zu haften hätte (§ 128 HGB).

Aus dem Vorbringen des Klägers ergibt sich aber, daß die Casinogesellschaft für seinen Gewinnausfall nicht zu haften hat. Der Beklagte hat nämlich die Spielbankgesellschaft in Bad W [REDACTED] nicht namens der Casinogesellschaft, sondern im eigenen Namen als Inhaber der Spielbankkonzession, wenn auch zusammen mit anderen Gesellschaftern der Casinogesellschaft, gegründet.

Persönlich war der Beklagte dem Kläger gegenüber aus dem Vertrag vom 1. August 1955 nicht gebunden. Namentlich war er durch diesen Vertrag nicht gehindert, sich auch um die Konzession in Bad W [REDACTED] zu bemühen, nachdem die Bayerische Staatsregierung den Plan zur Errichtung einer

weiteren Spielbank in Bad W[REDACTED] gefaßt hatte. Denn der hier zu unterstellende Verdienstausschlag des Klägers in G[REDACTED]-P[REDACTED] durch die Errichtung der Spielbank in Bad W[REDACTED] geht nicht auf das Verhalten des Beklagten, sondern auf die Erteilung einer weiteren Konzession in Bad W[REDACTED] zurück. Das wird ganz deutlich, wenn man unterstellt, der Beklagte hätte sich nicht um die Konzession in Bad W[REDACTED] beworben; dann hätte bei dem allgemein großen Interesse für die Spielbankkonzessionen in Bayern ein anderer diese Konzession erhalten und der Kläger hätte den gleichen Verdienstausschlag erlitten, weil das bisherige Einzugsgebiet der Spielbank Garmisch-Partenkirchen durch die Spielbank in Bad W[REDACTED] beeinträchtigt wurde.

II. Das Berufungsgericht ist der Behauptung des Klägers nicht nachgegangen, der Beklagte habe ihm zugesichert, er - der Kläger - werde in G[REDACTED]-P[REDACTED] keinen Ausfall erleiden, wenn nunmehr die Spielbank Bad W[REDACTED] eröffnet werde und er daran nicht beteiligt werden könne. Es hat angenommen, auch darin liege eine genehmigungsbedürftige Vereinbarung, den Kläger an einer Spielbank zu beteiligen.

Die Revision macht geltend, daß das Berufungsgericht den vom Kläger angetretenen Beweis durch Vernehmung seiner Ehefrau und des Beklagten hätte erheben müssen.

Diese Rüge greift durch; denn die stille Beteiligung an einem erlaubten Glücksspiel ist nicht gesetzlich verboten.

Die §§ 284 ff StGB stehen ihr nicht entgegen. Zu Unrecht verweist die Revisionsbeantwortung darauf, daß der, der ein verbotenes Glücksspiel finanziert, sich nach diesen Vorschriften strafbar macht; denn darum handelt es sich

hier nicht, vielmehr um die Finanzierung eines erlaubten Glücksspiels, die durch die §§ 284 ff StGB nicht unter Strafe gestellt ist.

Auch das Gesetz über die Zulassung öffentlicher Spielbanken vom 14. Juli 1933 - RGBI I S. 480 - (Spielbankgesetz) und die VO über die öffentlichen Spielbanken vom 27. Juli 1938 - RGBI I S. 955 - (SpielbankVO) verbieten eine stille Beteiligung nicht. Weder dem Wortlaut noch dem Sinn des Gesetzes läßt sich ein solches Verbot entnehmen. In letzterer Hinsicht kann insbesondere nicht gesagt werden, der Gesetzgeber habe von der Beteiligung an einem Spielbankunternehmen alle Personen ausschließen wollen, die der Spielleidenschaft verfallen könnten, und habe sich deshalb für jede Beteiligungsart die Genehmigung vorbehalten wollen. Ausschlußbestimmungen zum Schutze solcher Personen bestehen nur für den Spieler-, nicht für den Unternehmerkreis.

Zu Unrecht verweist das Berufungsgericht für den vorliegenden Fall auf die Zulassungsurkunde; denn der Innenminister konnte dem Beklagten die stille Beteiligung eines anderen nicht mit der Wirkung verbieten, daß ein dennoch geschlossener Vertrag nichtig gewesen wäre. Steht es im Belieben des Innenministers, öffentliche Spielbanken zuzulassen, dann mag er zwar berechtigt sein, dem Konzessionär Auflagen zu machen wie etwa die, vor der Aufnahme eines stillen Teilhabers eine Genehmigung einzuholen. Dagegen kann er einer solchen Auflage ohne gesetzliche Ermächtigung nicht Gesetzeskraft beilegen und somit auch nicht seiner Auflage an den Konzessionär den Charakter eines gesetzlichen Verbots im Sinne des § 134 BGB geben. Die Auflage richtet sich auch nur an den Konzessionär, nicht an dritte Personen; namentlich berührt sie nicht Verträge, die der Konzessionär mit dritten Personen schließt. Die Nicht-

beachtung der Auflage durch den Konzessionär kann zum Einschreiten der Konzessionsbehörde führen und die Behörde unter Umständen auch berechtigen, die erteilte Konzession zu entziehen; eine weitergehende Wirkung hat sie dagegen nicht.

Zwar darf die alleinige öffentliche Verantwortung des Spielbankunternehmers durch die Beteiligung eines anderen nicht beeinträchtigt werden (vgl. für den Fall einer realkonzessionierten Apotheke preußischen Rechts BGHZ 8, 165).

Aber auch gegen dieses Erfordernis verstieß die vom Kläger behauptete Zusage nicht.

Demgemäß braucht nicht entschieden zu werden, ob diese Zusage ihrer Rechtsnatur nach als stille Beteiligung an einer Spielbank angesehen werden kann.

Nach alledem war das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, dem auch die Entscheidung über die Kosten der Revision übertragen werden mußte.

III. 1. Sollte der Kläger die Zusage des Beklagten nicht beweisen können, so würde ihm entgegen der Ansicht der Revision ein Bereicherungsanspruch nicht zustehen; denn es fehlte schon an einer Bereicherung auf Kosten des Klägers.

2. Dagegen würde das Berufungsgericht in diesem Falle dem Vortrag des Klägers nachgehen müssen, der Vertrag vom 23. März 1955 habe sich entgegen seinem Wortlaut nicht auf die Spielbank G. [REDACTED] - P. [REDACTED] beschränkt; die Parteien hätten deshalb im Frühjahr 1955 auch für alle anderen in Betracht kommenden bayerischen Plätze eine

12

Spielbankerlaubnis erstrebt und hätten sich später wiederum gemeinsam um die Erlaubnis für Bad W [REDACTED] und die Einrichtung der dortigen Spielbank bemüht. Wäre dieser Vortrag richtig, dann könnte der Beklagte verpflichtet gewesen sein, den Kläger auch in Bad W [REDACTED] zu beteiligen.

Dabei ist gegenüber den Ausführungen des Berufungsgerichts hervorzuheben, daß dieser Vertrag keineswegs gemäß § 134 BGB nichtig gewesen ist. Denn seinem Inhalt nach ging er dahin, daß sich die Parteien verpflichteten, sich gemeinsam um die Spielbankkonzession zu bewerben. Ein solcher Vertrag hat keinen gesetzlich verbotenen Inhalt zum Gegenstand. Des weiteren verpflichteten sich die Parteien in diesem Vertrag, nach der Erteilung der Konzession an sie beide eine Gesellschaft zum gemeinsamen Betrieb der ihnen genehmigten Spielbank zu errichten. Auch dieser Inhalt des Vertrages ist gesetzlich nicht verboten.

Nachdem die Spielbankkonzession nur dem Beklagten und nicht auch dem Kläger erteilt worden war, konnte allerdings der zweite Teil des Vertrages vom 25. März 1955 nicht mehr durchgeführt werden. Denn der Kläger konnte ohne ministerielle Genehmigung nicht Gesellschafter einer zum Spielbankbetrieb errichteten Personalhandels-gesellschaft werden. Aus der Formulierung in § 1 des Spielbankgesetzes, daß der Innenminister "öffentliche Spielbanken zulassen" könne, ist entgegen der Ansicht der Revision nicht zu entnehmen, eine einmal zugelassene Spielbank dürfe von jedermann betrieben werden, wenn nur der Konzessionsträger damit einverstanden sei. Vielmehr geht das Gesetz davon aus, daß jede Spielbank einen bestimmten Unternehmer hat und daß nur er die Spielbank betreiben, die Konzession also nicht beliebig auf andere, auch nicht auf eine Gesellschaft übertragen darf. Sonst könnte nämlich nicht "vom Spielunternehmer" (§ 2 des Gesetzes) und "Spielbankunternehmer" (§§ 5 Abs. 1 und 6 der SpielbankVO) die Rede sein.

Die stille Beteiligung des Klägers aber wäre, wie oben unter II ausgeführt, zulässig gewesen. Eine solche war im Vertrag vom 23. März 1955 zwar nicht vorgesehen. Sollte der Vortrag des Klägers richtig sein, so wird sich jedoch fragen, was die Parteien vereinbart haben würden, wenn sie gewußt hätten, daß die Konzession nicht den Parteien gemeinsam, sondern nur dem Beklagten allein erteilt werden würde. Dabei könnte von Bedeutung sein, daß sich der Kläger auch an der Spielbank G P nur als stiller Gesellschafter beteiligt hat, obwohl er zunächst persönlich haftender Gesellschafter hatte werden sollen.

Dr. Fischer

Dr. Kuhn

Liesecke

Dr. Bukow

Dr. Schulze