

IV ZR 168/53

Verkündet
am 22. Februar 1954
Klett, 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 Kaufmanns Heinz B [REDACTED] B [REDACTED],
H [REDACTED] weg [REDACTED]

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]

g e g e n

den Kaufmann Heinz B [REDACTED], B [REDACTED], M [REDACTED] strasse [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozessbevollmächtigter II. Instanz: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]

hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 22. Februar 1954 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Schmidt, der Bundesrichter Raske, Dr. Kregel, Dr. von Werner und Wüstenberg

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 19. Juni 1953 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Zumutung

Tatbestand:

Der Beklagte ist Inhaber eines behördlich konzessionierten Spiel-Casinos in Berlin-Charlottenburg. Der Kläger, der ein ständiger Gast derartiger Unternehmungen in und ausserhalb Berlins war, spielte auch in dem Casino des Beklagten wiederholt Ecarté und verlor dabei etwa 45.000,-- DM/West. Er bezahlte seine Spielschulden bis auf einen Rest von 11.080,-- DM/West. Bei diesem Restbetrag handelte es sich um Schulden, die er im Februar/März 1952 an drei Spielabenden im Casino des Beklagten gemacht hat. An diesen Abenden durfte er wie schon bei früheren Gelegenheiten, nach Verspielen seines Bargeldes mit Spielmarken weiterspielen, die der Beklagte ihm zur Verfügung stellte. Am Schluss des Spiels gab der Kläger - wie schon an den Abenden zuvor - dem Beklagten über den Betrag, den er an Spielmarken verloren hatte, soweit er ihn nicht in bar ersetzen konnte, Akzepte. In Höhe des erwähnten Restbetrages hat er diese nicht mehr eingelöst. In einer notariellen Urkunde vom 17. Mai 1952 bekannte er, dem Beklagten 11.080,-- DM/West aus Darlehen zu schulden, übereignete ihm gleichzeitig zur Sicherung der Schuld 4 Traberpferde und unterwarf sich der sofortigen Zwangsvollstreckung. Bei all dem geriet er in Vermögensverfall.

Der Kläger hält die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde für unzulässig und hat dazu ausgeführt: Es handele sich um das Anerkenntnis einer Spielschuld (§ 762 BGB). Das Anerkenntnis sei auch ebenso wie das zugrunde liegende Darlehen sittenwidrig und nichtig. Der Beklagte habe unter Verstoss gegen polizeiliche Vorschriften, insbesondere über die Kreditgewährung beim Casino-Spiel, aus eigennützigen Gründen die Spielleidenschaft des Klägers gefördert. Dieses Spiel habe den Umsatz, an dem der Beklagte

- 3 -

mit 5 % je Spiel beteiligt gewesen sei, erheblich gesteigert, da er, der Kläger, nicht nur ungewöhnlich hohe Einsätze gemacht, sondern auch andere Spieler angezogen habe, mit denen er als Bankhalter gespielt habe. Dem Beklagten sei die Hemmungslosigkeit des Klägers bekannt gewesen, der im übrigen nur im betrunkenen und angetrunkenen Zustand zum leidenschaftlichen Spiel zu bringen gewesen sei.

Der Kläger hat beantragt, die Zwangsvollstreckung aus der vorerwähnten notariellen Urkunde für unzulässig zu erklären.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Er ist der Meinung, dass es sich um keine Spielschuld handele, da er Aufsichtsführender, aber nicht selbst Spieler gewesen sei. Sein Verhalten sei auch nicht sittenwidrig. Er habe den Kläger nicht zum Spiel veranlasst, der Kläger habe vielmehr ihn durch die Vorspiegelung geschädigt, er sei in der Lage, die zur Verfügung gestellten Spielmarken zu bezahlen, er habe das Geld zu Hause. Der Kläger habe sich weder in einer Notlage befunden noch habe er, der Beklagte, seinen Leichtsinns ausgebeutet. Auch stehe sein Vermögensvorteil in keinem auffälligen Missverhältnis zu seiner Leistung. Das Kartengeld von 5 % sei das übliche Entgelt für die Teilnahme am Spiel.

Das Landgericht hat nach Beweiserhebung die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Oberlandesgericht nach dem Klageantrag erkannt. Mit der Revision erstrebt der Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Der Kläger hat sich im Revisionsrechtszuge nicht vertreten lassen.

**JLaw – Gesetze und Urteile**Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

Entscheidungsgründe:

I. Der Revisionsbeklagte war im Verhandlungstermin trotz ordnungsmässiger Ladung nicht erschienen. Es war daher unter entsprechender Anwendung des § 331 ZPO zu verfahren (vgl. Stein-Jonas-Schönke 18. Aufl. Anm. III 2 zu § 566 ZPO, Rosenberg, Lehrbuch des Zivilprozessrechts 6. Aufl. § 143 IV 2 b S. 676). Die Prüfung ergibt, dass die Revision unbegründet ist.

II. Das Berufungsgericht hat die Zwangsvollstreckung aus der Urkunde vom 17. Mai 1952 entsprechend dem Antrag des Klägers gemäss den §§ 797 Abs. 4, 767 ZPO für unzulässig erklärt, weil das zwischen den Parteien geschlossene Darlehensgeschäft sittenwidrig und daher gemäss § 138 Abs. 1 BGB nichtig sei, so dass der in der Urkunde anerkannte Darlehensanspruch in Wirklichkeit nicht zur Entstehung gelangt sei. Dieser Auffassung ist im Ergebnis beizutreten.

Die von der Revision angegriffene Feststellung des Berufungsgerichts, der Kläger habe das Spiel aller Wahrscheinlichkeit nach wie ein Glücksspiel betrieben, weil er sich nicht auf seine Geschicklichkeit oder irgendwelche sinnvollen Überlegungen, sondern lediglich auf sein Glück verlassen habe, unterliegt zwar verfahrensrechtlichen Bedenken, da sie in dem Ergebnis der Beweisaufnahme keine hinreichende Stütze findet und auch nicht genügend bestimmt ist. Es kommt indes auf diese Feststellung nicht an, weil die Ausführungen des Berufungsgerichts das angefochtene Urteil auch dann tragen, wenn man von dieser Feststellung absieht.

Nach dem feststehenden Sachverhalt war dem Beklagten, der, wie er selbst vorträgt, mit dem Kläger befreundet war, bekannt, dass letzterer in der der Kreditgewährung vorangegangenen Zeit bereits wiederholt mit ganz erheblichen Ver-

lusten (mehr als 30.000,-- DM), und zwar mehrfach bis zur Erschöpfung seiner Barmittel und darüber hinaus mit geborgten Spielmarken des Beklagten gespielt hatte. Er wusste auch, dass der Kläger, wenn ihn einmal die Spielleidenschaft gepackt hatte, im Spielen kein Maß zu halten verstand. Danach konnte er nicht darüber im Unklaren sein, dass für den Kläger, als dieser ihn an den hier in Betracht kommenden Spielabenden im Februar/März 1952 nach Verlust seiner Barmittel erneut um Kredit anging, um das Spiel noch fortsetzen zu können, die grosse Gefahr erheblicher weiterer Verluste entstehen werde, wenn ihm die Fortsetzung des Spiels durch Bewilligung weiteren Kredits ermöglicht würde. Es mag zwar keine Rechtspflicht für den Beklagten bestanden haben, unter diesen Umständen den Kläger von sich aus durch andere Maßnahmen als durch Versagung des erbetteten Kredits an der Fortsetzung des Spiels zu hindern. Der Beklagte handelte aber nach dem Rechts- und Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden durchaus verwerflich, wenn er dem Kläger in dieser Lage aus reinem Eigennutz die Fortsetzung des Spiels durch Gewährung von Kredit ermöglichte. Eine Kreditgewährung war durch polizeiliche Vorschrift verboten. Die Auffassung der Revision, dass der Zweck dieser Vorschrift, sich darin erschöpft habe, dem Spieler zum Bewusstsein zu bringen, dass er verloren habe und wie hoch sein Verlust bereits sei, trifft nicht zu. Die Vorschrift soll vielmehr auch die Spielleidenschaft eines Spielers, der bereits sein gesamtes Bargeld verspielt hat, dadurch eindämmen, dass ihm die Fortsetzung des Spiels, wenn sie für ihn zu grösseren Verlusten zu führen droht, mindestens sehr erschwert wird. Das Wirksamwerden dieses Hemmungsfaktors beim Kläger hat der Beklagte, wie das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum feststellt, bewusst verhindert. Das Berufungsgericht stellt ferner fest, dass er dies aus reinem Eigennutz getan habe. Mit dieser Feststellung hat

es weder das Verfahrensrecht verletzt noch gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstossen. Das Berufungsgericht hat nicht übersehen, dass der Kläger sich nach seiner Behauptung und nach der Aussage einiger Zeugen zunächst bemüht hat, den Kläger zu veranlassen, von der Fortsetzung des Spiels abzusehen. Er kann dies aber getan haben, um nach aussen hin "sein Gesicht zu wahren", ohne dabei selbst daran zu glauben, dass ausser einer Versagung des Kredits, wie sie von der polizeilichen Vorschrift gefordert wurde, kein Mittel geeignet sein werde, den von der Spielleidenenschaft ergriffenen Kläger zur Vernunft zu bringen. Aber auch wenn es dem Beklagten mit seinen Bemühungen, den Kläger durch Zureden zum Abbruch des Spiels zu bewegen, zunächst ernst gewesen sein sollte, kann doch schliesslich nur die Aussicht auf seinen Gewinn und nicht - was das Berufungsgericht ausdrücklich verneint - Schwäche oder Gutmütigkeit gegenüber dem Kläger der ausschlaggebende Beweggrund für die Kreditgewährung gewesen sein. Diese Annahme war umsomehr begründet, als es ein hoher Gewinn war, der den Beklagten bei der Fortsetzung des Spiels durch den Kläger mit den von ihm angezogenen Gegenspielern lockte, und als der Beklagte nicht etwa selbst mitgespielt und infolgedessen ebenfalls unter dem Einfluss einer Spielleidenenschaft handelte, sondern sich als Aufsichtsführender in der Rolle des nüchternen Beobachters befand. Dieser Umstand erhöhte im übrigen seine Verantwortlichkeit, zumal da er mit der seelischen Verfassung eines von der Spielwut besessenen Spielers vertraut war. Der Beklagte kann sich auch nicht darauf berufen, dass er auch bei Versagung des Kredits nicht mit einem Abbruch des Spiels durch den Kläger habe rechnen können, weil dieser nach seiner Angabe noch Bargeld zu Hause gehabt habe, das er sich jederzeit habe holen können. Das Berufungsgericht stellt dazu zunächst

fest, dass diese Angabe des Klägers keinen Glauben verdient habe und vom Beklagten auch in Wirklichkeit nicht geglaubt worden sei. Diese Feststellung konnte das Berufungsgericht bei Würdigung aller Tatumstände trotz der Aussage einiger Zeugen, dass der Kläger in einigen früheren Fällen nach Beendigung des Spiels einen Teil der kreditierten und von ihm verspielten Beträge aus seiner Wohnung beschafft habe, ohne Verstoss gegen § 286 ZPO treffen. Aber auch wenn der Beklagte mit der Richtigkeit derartiger Versicherungen des Klägers hätte rechnen können und gerechnet hat, so musste er sich sagen, dass schon die Notwendigkeit, sich aus der verführerischen, dem Aufkommen vernünftiger Überlegungen abträglichen Atmosphäre des Spiel-Casinos fortzubegeben und eine andere Umgebung aufzusuchen, auf den Kläger hätte ernüchternd wirken und ihn zum Abbruch des Spiels hätte veranlassen können.

Nach allem hat das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoss, insbesondere auch ohne den Rechtsbegriff der guten Sitten zu verkennen, angenommen, dass das zwischen den Parteien geschlossene Darlehensgeschäft sittenwidrig und deshalb gemäss § 138 Abs 1 BGB nichtig ist.

Der Kläger hat also die ihm kreditweise überlassenen Beträge ohne rechtlichen Grund erlangt, so dass dem Beklagten an sich ein Rückforderungsanspruch aus § 812 BGB zusteht. Ob dieser, wie das Berufungsgericht meint, gemäss § 817 Satz 2 BGB deshalb ausgeschlossen ist, weil nicht nur der Kläger durch die Annahme, sondern auch der Beklagte durch die Gewährung des Darlehens gegen die guten Sitten verstossen hat, kann dahingestellt bleiben. In Bezug auf das wegen Wuchers (§ 138 Abs 2 BGB) nichtige Darlehen hat das Reichsgericht den Grundsatz ausgesprochen, dass die Leistung des wucherischen Darlehensgebers in der vorübergehenden Belassung des Darlehenskapitals zur Nutzung durch

den Darlehensempfänger bestehe. Nur diese Leistung könne nach § 817 Satz 2 BGB nicht zurückgefordert werden, d.h. der Darlehensgeber dürfe dem Darlehensnehmer die Möglichkeit, das empfangene Kapital zeitweilig auszunutzen, nicht entziehen. Er müsse es ihm vielmehr solange belassen, wie es bei Gültigkeit des Geschäfts der Fall sein würde, also bei einem auf bestimmte Zeit vereinbarten Darlehen für diese Zeit, sonst mit Einhaltung der vereinbarten oder gesetzlichen Kündigung. Das Recht, die Kapitalrückzahlung dauernd zu verweigern, stehe dagegen dem Berechtigten nicht zu (RGZ 161, 52 [56]).

Ob diese Grundsätze auch auf den vorliegenden Fall anzuwenden wären, bedarf deshalb keiner Entscheidung, weil der Kläger hier nach dem unstreitigen Sachverhalt alles, was er ohne rechtlichen Grund erlangt hatte, unmittelbar darauf im Spiel wieder verloren hat, so dass er nicht mehr bereichert und somit gemäss § 818 Abs 3 BGB seine Verpflichtung zur Rückgabe ausgeschlossen ist.

Die Revision musste danach ohne Erfolg bleiben. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO.

Schmidt

Raske

Kregel

v. Werner

Wüstenberg