



Aleatorische Verträge

1625

ARNOLD F. RUSCH

Den aleatorischen Charakter vermutet man meist nur bei Spiel und Wette, doch ist dieser Charakter auch ganz „seriösen“ Verträgen eigen. Dieser Artikel widmet sich dem Differenzeinwand und schlägt zur Erhöhung der Rechtssicherheit ein praktikableres Abgrenzungskriterium für nicht klagbares Spiel vor. In einem zweiten Schritt richtet sich der Fokus auf weitere Rechtsfolgen, die sich aus dem aleatorischen Charakter ergeben.

L'élément aléatoire se trouve non seulement dans le jeu et le pari, mais également dans beaucoup de contrats « sérieux ». Cet article se consacre à l'exception de différence et propose un nouveau critère pour mieux distinguer les contrats sérieux du jeu sans action. En plus, l'élément aléatoire permet de déduire d'autres conséquences légales.

Inhaltsübersicht

1. Einführung
2. Erste These: Differenzgeschäfte sind bei wirtschaftlicher Erklärbarkeit kein Spiel
3. Zweite These: Aleatorische Verträge unter entgegengesetzten Bedingungen sind entgeltlich
 - 3.1. Zuweisung von Abfindungsansprüchen im Gesellschaftsrecht
 - 3.2. Zuweisung des Vorschlags

1. Einführung

Wann liegt ein aleatorischer Vertrag vor? Aleatorisch stammt etymologisch von lat. *alea* (Würfel) ab, was den intuitiven Konnex zu Spiel und Wette erklärt. Spiel und Wette gehören indes nicht zu den Scherzen, denn diesen geht die rechtliche Verbindlichkeit ab¹. Beim Spiel hängt der unter entgegengesetzten Bedingungen versprochene Gewinn vom Zufall, einer sportlichen Leistung oder geistigen Fähigkeiten ab². Bei der Wette versprechen sich die Parteien unter entgegengesetzten Bedingungen einen Gewinn, wenn eine Behauptung oder Vorhersage sich als richtig oder falsch erweist³. Da Spiel und Wette wirt-

schaftlich unerwünscht und unsinnig sind, reagiert das Gesetz darauf mit der Qualifikation als *Naturalobligation* (Art. 513 Abs. 1 OR)⁴.

Den aleatorischen Charakter kennen teilweise auch die beiden Verträge, die das Gesetz unmittelbar in den Titeln vor und nach Spiel und Wette behandelt. Es sind die Bürgschaft (Art. 492 ff. OR) sowie der Leibrenten- und Verpfändungsvertrag (Art. 516 ff. und Art. 521 ff. OR). Bei beiden Verträgen hängt es vom Zufall ab, ob oder wie lange man etwas leisten muss⁵. Zufall bedeutet, dass die Leistung bedingt ist und der Bedingungseintritt ein ungewisses, von den Parteien nicht beeinflussbares Ereignis darstellt⁶. Im Unterschied zu Spiel und Wette lassen

⁴ BK-GIOVANOLI (FN 3), Vorb. OR 513–515 N 1 f.

⁵ CHK-HOCHSTRASSER (FN 2), OR 513–514 N 1; THOMAS BAUER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 5. A., Basel 2011 (zit. BSK-VERFASSE), Vorb. OR 513–515a N 1; THOMAS BAUER, Börsemässige Termingeschäfte und Differenzeinwand im schweizerischen und deutschen IPR, Diss. Basel 1988, 163 f.; HEINRICH HONSELL, Obligationenrecht Besonderer Teil, 9. A., Bern 2010, 424.

⁶ Vgl. dazu GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (FN 1), N 3967: «*Kasuelle Bedingungen (zufällige Bedingungen) sind Bedingungen, deren Verwirklichung oder Nichtverwirklichung nicht vom Willen der Vertragsparteien oder eines Dritten abhängig ist, wohl aber von *andern Umständen**». Zufällig ist folglich nicht nur die Bedingung, die sich durch Losziehung, Münzenwerfen, Würfeln oder Fussballspielen ergibt, sondern auch diejenige, die sich nach der Höhe von Börsenkursen richtet. Rechtlich gesehen sind Börsenkurse genauso zufällig wie die Ergebnisse eines Würfels, denn beide sind ungewiss und durch die Parteien nicht beeinflussbar. Vorhersehen lässt sich der Würfel immerhin mit 1/6 Sicherheit. Von diesem Zufallsbegriff zu trennen ist das *Überwiegen des Zufallselementes*, das gemäss h.L. und Rechtsprechung Wesensmerkmal des Spielcharakters darstellt und damit der Feststellung der Klagbarkeit bei Differenz- und Liefergeschäften dient. Dieses richtet sich nach der *subjektiven Ebene* der Motive, Zwecke und Absichten, die man dem Geschäft kaum ansieht (vgl. KURT AMONN, Spiel und spielartige Verträge, SPR VII/2, Basel 1979,

ARNOLD F. RUSCH, PD Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M, Zürich.

¹ Dieser Gedanke bei WOLFGANG SERVATIUS, «Ball im Netz ist Geld auf der Bank» – Die zivilrechtliche Behandlung einer an sportliche Erfolge geknüpften Verzinsung von Sparguthaben, WM 2004, 1804 ff., 1805; zur fehlenden Wirkung einer Scherzerklärung vgl. PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 9. A., Zürich 2008, N 173, 819.

² MICHAEL HOCHSTRASSER, in: Marc Amstutz et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. A., Zürich 2012 (zit. CHK-VERFASSE), OR 513–514 N 4.

³ SILVIO GIOVANOLI, Berner Kommentar, Band VI, 2. Abteilung, 7. Teilband, Art. 492–515 OR, 2. A., Bern 1978 (zit. BK-GIOVANOLI), OR 513 N 2; CHK-HOCHSTRASSER (FN 2), OR 513–514 N 4; BGE 133 II 68 ff., 78, m.w.H.

sich die Bürgschaft sowie der Leibrenten- und Verfründungsvertrag wirtschaftlich begründen – sie dienen zur Absicherung von Risiken und sind deshalb voll klagbar⁷. Bei Differenz- und ähnlichen Liefergeschäften richtet sich die Frage der Zugehörigkeit zu Spiel und Wette gemäss Rechtsprechung ebenfalls nach der wirtschaftlichen Motivation und den sog. *Differenzumständen*. Weisen sie keinen Spielcharakter auf, sind die Forderungen klagbar (Art. 513 Abs. 2 OR)⁸. Es geht dabei um Geschäfte, die im Wirtschaftsleben als Derivate bekannt und üblich sind.

2. Erste These: Differenzgeschäfte sind bei wirtschaftlicher Erklärbarkeit kein Spiel

Die Einordnung der Differenzgeschäfte zum unklagbaren Spiel hat viel Kritik geerntet⁹. Das Differenzgeschäft sieht nie die konkrete Lieferung eines Basiswerts vor, sondern einzig die Erstattung einer Kursdifferenz eines oder mehrerer Basiswerte zu verschiedenen Zeitpunkten. Vom Wortlaut her fällt das Differenzgeschäft immer unter den Spieleinwand, doch unterscheidet die heutige Lehre

nicht mehr zwischen Differenz- und Liefergeschäft¹⁰, obwohl die Formulierung gerade festhalten wollte, dass das Differenzgeschäft *immer ein Spiel sei*¹¹. Meist erfolgt dies mit der Begründung, es gebe keine oder fast keine Differenzgeschäfte¹², was offensichtlich nicht (mehr) stimmt. Auch das Bundesgericht unterscheidet nicht mehr zwischen Differenz- und Liefergeschäften und gewährt den Spieleinwand nur sehr restriktiv; es bejaht gar eine Vermutung gegen den Spieleinwand¹³. Ob ein Differenz- oder Lieferungsgeschäft aus einem wirtschaftlichen Grund oder in Spielabsicht erfolgt, kann man aber dem Derivat nicht ansehen. Der Spielcharakter definiert sich deshalb nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts anhand der Umstände und Motive des Geschäfts¹⁴. Diese Rechtsprechung umfasst zwei Elemente, die *Spielabsicht* mindestens einer Partei und deren *Erkennbarkeit*:

Indiz für die notwendige Spielabsicht sind das «völlige Missverhältnis zwischen der Vermögenslage und dem Verlustrisiko, das sich aus der Abwicklung des eingegangenen Geschäftes ergeben kann, das Fehlen jeglichen Zusammenhangs zwischen den Lieferungsgeschäften über Waren mit der Berufstätigkeit des Spekulanten, (...) die Wahl- und Planlosigkeit der Abschlüsse sowie bei Börsengeschäften das völlige Fehlen von Kenntnissen im Börsenwesen (...). Gegen den Spielcharakter spricht aber bereits, wenn der Spekulant nicht gerade als Neuling in den betreffenden Börsengeschäften zu betrachten ist (...).»¹⁵ Mindestens eine der Parteien muss in *Spielabsicht* gehandelt haben. Dies muss für die andere Partei *leicht erkennbar* gewesen sein¹⁶.

⁷ 457 ff., 468: «Der Spielcharakter muss von demjenigen, der sich darauf beruft, nachgewiesen werden. Gerade das macht aber die Erfassung der spielartigen Lieferungsgeschäfte so schwierig; denn ein allgemeingültiges Kriterium für das Vorliegen und Überwiegen des aleatorischen Elementes sowie für dessen Erkennbarkeit gibt es nicht.»; ebenso BK-GIOVANOLI (FN 3), OR 513 N 1 mit Verweis auf BGE 77 II 45 ff., 47). BGE 133 II 68 ff., 72 f. (vgl. dazu eingehend ROLF BRACHER, Strukturiertes Produkt einer Bank als Glücksspiel, Jusletter 5. Mai 2008, N 21 ff.) suggeriert trotz gesamtheitlicher Betrachtung, dass es beim zu beurteilenden *note* einen zufälligen und einen nicht zufälligen Teil gebe – was nicht stimmt, denn der börsenkursabhängige Teil des *note* und der vom Fussballspiel abhängige Teil sind beide zufällig (zwar zu Art. 3 SBG, wo die Abgrenzung zwischen Zufall und Geschicklichkeit erfolgt, doch passt auch dies zur fehlenden Beeinflussbarkeit des Zufalls). Richtig ist die Unterscheidung insofern für die Spielqualifikation gemäss Art. 513 OR, als dem Teil mit der Fussballwette *ganz sicher* kein wirtschaftliches Motiv zugrunde liegt. Beim börsenabhängigen Teil könnte dieses aber auch fehlen, blos lässt sich dies nicht abstrakt feststellen.

⁸ CHK-HOCHSTRASSER (FN 2), OR 513–514 N 1.

⁹ BGE 133 II 68 ff., 78.

¹⁰ CHK-HOCHSTRASSER (FN 2), OR 513–514 N 13, m.w.H. An anderen Orten ist das Gesetz mit dem Los und dem Spiel grosszügiger, vgl. dazu OTTO DEPENHEUER, Zufall als Rechtsprinzip? JZ 1993, 171 ff. sowie MAX BAUMANN, *Justitia Ludens*, SJZ 2003, 621 ff., 629 f.; vgl. die in Art. 611 Abs. 3 ZGB zwecks Erbteilung vorgesehene Losziehung; vgl. KG, Beschluss vom 2. Juli 1990–24 W 1434/90 in NJW-RR 1990, 1495 f., 1496 – das Gericht ordnete die Losziehung an, weil die Warteliste für die Zuteilung der Garagenplätze unbillig sei.

¹¹ CHK-HOCHSTRASSER (FN 2), OR 513–514 N 10; BSK-BAUER (FN 5), OR 513 N 3; AMONN (FN 6), SPR VII/2, 467; BGE 120 II 42 ff., 44.

¹² Protokoll der Expertenkommission, 20. Oktober 1908, 10, Votum und Antrag Oser: «Oser macht die Bemerkung, dass der gegenwärtige Artikel 1569 auf der falschen Voraussetzung beruhe, es gebe zweierlei Arten von Differenzgeschäften, nämlich solche mit und solche ohne Spielcharakter. Eine solche Unterscheidung sei bloss bei den Lieferungsgeschäften angebracht; er empfehle daher die Fassung: <...sowie von Differenz- und solchen Lieferungsgeschäften über...>.» Diese Version fand schliesslich Zustimmung und Eingang ins definitive Obligationenrecht; vgl. BK-GIOVANOLI (FN 3), OR 513 N 23.

¹³ HERMANN BECKER, Berner Kommentar, Band VI, II. Abteilung, Art. 184–551 OR, Bern 1934 (zit. BK-BECKER), OR 513 N 14; BK-GIOVANOLI (FN 3), OR 513 N 23; BAUER (FN 5), 165 f.; AMONN (FN 6), SPR VII/2, 467.

¹⁴ BGE 120 II 42 ff., 44 f.

¹⁵ BGE 120 II 42 ff., 44; BGE 65 II 21 ff., 27 ff.

¹⁶ BGE 120 II 42 ff., 44 f.

Diese Rechtsprechung lässt sich kaum auf den Wortlaut und den Sinn des Gesetzes stützen¹⁷, doch lässt sich das Rad der Zeit nicht mehr zurückdrehen, so sinnvoll es auch wäre. Der Vertrag ist immer derselbe. Nur die damit verfolgten Motive unterscheiden sich. Für einen gültigen Vertragsschluss müssen die Motive der Vertragspartner in des nicht übereinstimmen. Man muss die Motive des Vertragspartners nicht einmal kennen – genauso wenig fragt das Gesetz bei den «seriösen» aleatorischen Verträgen wie z.B. Bürgschaft, Leibrente, Versicherung, ob man diese tatsächlich braucht. Ein *objektiviertes Kriterium* ohne Berücksichtigung persönlicher Ziele wäre im Alltag deshalb bedeutend praktikabler und liesse sich mit dem Gesetzes- text gut vereinbaren. Es herrscht ein breiter Konsens, dass die gängigen Derivate nicht unter den Differenzeinwand fallen sollen. Das richtige Abgrenzungskriterium sollte deshalb nicht nach den Motiven der Parteien fragen. Die richtige, objektivierte Frage lautet meines Erachtens einzig, *ob es seriöse und plausible Erklärungen für diesen Vertragsschluss als solchen gibt*. Zumeist kann man sich ein Risiko vorstellen, das man mit einem Derivat absichern könnte. Dass die *konkrete Vertragspartei* vielleicht gar kein solches Risiko abzusichern hat, spielt keine Rolle. Bei der objektiven Beurteilung des Vertrags darf der kritische Experte jedoch nicht zu genau hinsehen, denn der *ganze Derivatehandel* ist objektiv betrachtet grober Unfug¹⁸. Der Nennwert aller derivativen Finanzprodukte erreicht mittlerweile den *zwölffachen Betrag* des weltweiten Bruttoinlandproduktes, was den Spielcharakter und den fehlenden Bezug zur Realwirtschaft praktisch aller Derivate entlarvt¹⁹. Wer aber weiß, ob nicht gerade der konkrete Vertragspartner tatsächlich ein solches oder ähn-

liches Geschäft oder Risiko besichern muss? Deshalb ist es richtig, nach einer *wirtschaftlich sinnvollen, abstrakten Begründbarkeit* des Vertrags zu suchen, die sich losgelöst von den konkreten Umständen ergibt: Könnte ein Teilnehmer des Güter- und Kapitalmarkts ein realistisches Risiko durch diesen Vertragsschluss wirksam beseitigen oder eindämmen? Noch abstrakter fragen REINER/SCHACHT, ob «*mindestens eine Partei ihren subjektiven Mehrwert unabhängig vom Ausgang des Risikos erreichen kann. Dann nämlich ist es – je nach Ausgang des Risikos – zumindest möglich, dass beide Parteien gleichzeitig einen subjektiven Mehrwert erlangen; das Scheitern des Vertrags steht dann jedenfalls nicht von vornherein fest, von einem perplexen Vertragszweck kann keine Rede mehr sein.*»²⁰ Kann mindestens eine Partei den subjektiven Mehrwert unabhängig vom Bedingungseintritt erreichen, weil sie damit zumindest abstrakt ein Risiko versichern kann, von dem sie hofft, dass es nicht eintritt, wäre die wirtschaftliche Begründbarkeit des Geschäfts schon gegeben. Dieses vielversprechende Kriterium könnte an Stelle der früher relevanten Effektivlieferung «*die Beziehung zum Güterumsatz*»²¹ sicherstellen und den Differenzeinwand durch eine abstrakte Begründbarkeit ausschliessen. Tatsächlich kennt Österreich eine ähnliche Rechtsprechung, indem der OGH lediglich nach dem Typ des Geschäfts fragt, ohne auf die konkreten Absichten der einzelnen Personen einzugehen²². Auch in den USA wenden die Behörden für

¹⁷ Vgl. die Kritik bei HONSELL (FN 5), 429.

¹⁸ Vgl. die Beschreibung bei HONSELL (FN 5), 428 f.

¹⁹ Vgl. die Kritik bei CHK-HOCHSTRASSER (FN 2), OR 513–514 N 13, mit Verweis auf HONSELL (FN 5), 428; vgl. MARC CHESNEY in der NZZ online: «*Der Nennwert aller derivativen Finanzprodukte entspricht rund dem 12fachen des weltweiten Bruttoinlandproduktes (BIP). Das ist viel zu viel. Wenn diese Produkte nur als Absicherung dienen würden, wie es in den Lehrbüchern vorgesehen ist, dann sollten sie einen Anteil von vielleicht 10 bis 20 Prozent des BIP ausmachen. Aber sicher nicht 1200 Prozent.*» (Internet: http://www.nzz.ch/finanzen_alt/nachrichten/die-finanzphaeresolte-der-realwirtschaft-dienen-1.16260879, 2. Oktober 2013) und MARC CHESNEY, Der Liberalismus und die Logik des Finanzsektors, NZZ 1. Juli 2013, 15; vgl. die Angaben bei GÜNTER REINER/JOHANN A. SCHACHT, Credit Default Swaps und verbriezte Kreditforderungen in der Finanzmarktkrise – Bemerkungen zum Wesen verbindlicher und unverbindlicher Risikoverträge, WM 2010, 337 ff. und 385 ff., 338; vgl. zum Spielindiz des *Abschlusses über nicht erhältliche Mengen* DIETER C. HAUSER, Spekulative Warentermingeschäfte, Diss. Zürich 1987 138.

²⁰ REINER/SCHACHT (FN 19), WM 2010, 342.

²¹ BK-BECKER (FN 12), OR 513 N 18 beschreibt dies als wesentliches Kriterium und bejaht den Bezug zum Güterumsatz bei Differenzgeschäften, die der Absicherung (engl. *hedging*) dienen; auch Kreditrisiken lassen sich versichern und sinnvoll begründen, vgl. dazu REINER/SCHACHT (FN 19), WM 2010, 388 f.

²² Vgl. OGH, Urteil vom 25. August 1998, 1Ob81/98p: «*Der Schutzzweck der Bestimmungen der §§ 1270 ff ABGB ist dahin einzuschränken, dass nur Geschäften ohne wirtschaftliche Berechtigung, die somit als «Wette» oder «Spiel» ausschliesslich zum Zweck der Kursspekulation geschlossen werden, die gerichtliche Durchsetzbarkeit verwehrt bleiben soll (...). Dass unter diesem Gesichtspunkt nicht nur jener Teil des Geschäfts privilegiert sein kann, der unmittelbar dem wirtschaftlich gerechtfertigten Sicherungszweck dient (...), ergibt sich aus der engen Verbindung des Absicherungs- mit dem Spekulationsgeschäft: Während der «Hedger» das Risiko künftiger Preisschwankungen durch Abkopplung vom Effektivgeschäft auf andere Marktteilnehmer abwälzt und dadurch vermeidet, übernimmt der «Trader» dieses Risiko mit der Erwartung Gewinne zu erzielen. Die Existenz der Trader ist aber Voraussetzung dafür, dass der Risikotransfer reibungslos erfolgen kann. Sie bilden die Marktgegenseite zu jenen, die hedgen, und gewährleisten durch ihr hohes Transaktionsvolumen die erforderliche Liquidität (...). Die erwünschte Absicherung gegen Zins- oder Kursschwankungen erfordert daher nicht nur das Vorhandensein von Hedgern, sondern zwingend auch die Existenz von Tradern, weil nur deren Nachfrage die von den Hedgern erwünschte Absicherung herbeiführen kann.*

die Börsenzulassung einen ähnlichen «*economic purpose test*» an²³.

Die Schwächen der bisherigen Rechtsprechung liegen auf der Hand. Die Vermutung gegen den Spielcharakter ist sicher richtig, doch geht sie nicht weit genug und lässt viele Fragen offen. *Weshalb sollen die erkennbaren Umstände nur einer der beteiligten Parteien²⁴ für den Spielcharakter massgeblich sein?* Derjenige, der spielen will, spielt in Wahrheit nicht, wenn sein Geschäft der anderen Partei als Absicherung dient²⁵! Die Motive eines Vertrags gehören nicht zum Konsens und dürfen sich unterscheiden. Es würde genügen, das Spiel nur bei beiderseitigem, deutlichem Spielwunsch zu befähigen²⁶, wenn es also auf beiden Seiten um das Eingehen von Wagnis um seiner selbst willen geht²⁷. Aber auch dies lässt sich *ex post* kaum nachweisen, wenn sich der reuige Spekulant auf den Spieleinwand besinnt²⁸. *Weshalb sollten nur Neulinge Schutz erfahren, während erfahrene Spieler spielen dürfen²⁹?* Die Finanzkrise hat gezeigt, dass gerade Profis in den Banken die Risiken nicht erfassen konnten oder wollten. Art. 513 OR will nicht primär die schwächere Partei schützen – der Differenzeinwand steht beiden Parteien offen –, sondern *unsinnige Geschäfte* und die *Spieleucht* eindämmen³⁰. Dass der aufgeblähte Markt für Derivate ein volkswirtschaftliches Unding darstellt, ruft nicht nach der Unklagbarkeit, die man durch Vorauszahlung in vielen Fällen einfach umgehen kann³¹, sondern nach (bereits existenten) Beratungs- und Informationspflichten bei der Vermittlung von Derivaten³², einer schärferen Regulie-

rung der Derivate-Anbieter oder einem Verbot des Eigenhandels für Banken, um die schädliche Wirkung in vernünftigen Grenzen zu halten.

Dass Art. 513 Abs. 1 OR auch bei den hier vorgeschlagenen, objektivierten Kriterien noch greifen kann, zeigen neuartige Finanzprodukte wie z.B. ein «*note*», dessen Rückzahlung vom Börsenwert der zugrunde liegenden Werte abhängt und dessen Zinshöhe sich nach dem Erfolg der Schweizer Fussball-Nationalmannschaft richtet. Der zweite Teil ist reiner Unfug, den man wirtschaftlich nicht erklären kann und den das Gesetz ganz sicher erfassen wollte. Das Bundesgericht hat die Wette zu Recht bejaht³³, doch wäre die Lösung mit der vorne skizzierten Fragestellung einfacher zu finden. Ebenso unsinnig sind Derivate auf den Ausgang der US-Präsidentenwahl, weil kein vernünftiger Mensch auf diese Weise ein Güter- oder Finanzgeschäft absichert³⁴. Wer dies trotzdem tun will, muss auf seriöse und transparente Weise einen oder mehrere Basiswerte definieren, von denen er glaubt, dass sie bei einem bestimmten Wahlausgang im Wert steigen oder fallen. Diesbezüglich wären Differenzkontrakte wirtschaftlich begründbar.

3. Zweite These: Aleatorische Verträge unter entgegengesetzten Bedingungen sind entgeltlich

Nach dem Wortlaut des Art. 513 Abs. 1 OR entsteht aus Spiel und Wette keine *Forderung*. Gemeint ist keine klagbare Forderung, was man aus Art. 514 Abs. 2 OR herlei-

Für beide Gruppen von Marktteilnehmern ist daher der wirtschaftliche Hintergrund ihres Geschäfts die von weiten Wirtschaftskreisen gewünschte, aber auch von der Rechtsordnung nicht verpönte Absicherung von Veranlagungen. Demgemäß hat daher auch das Börsegesetz 1989 in seinem § 28 Abs. 2 eine Unterscheidung nicht getroffen, sondern Optionen und Finanzterminkontrakte unterschiedslos von dem «von wem auch immer» erhobenen Einwand, es liege Spiel oder Wette vor, ausgenommen. Auch jenem Teil des von der Klägerin gewährten Kredits, der möglicherweise zur Abdeckung von Verlusten verwendet wurde, die vor dem Inkrafttreten des Börsegesetzes 1989 entstanden, kann daher die Klagbarkeit nicht versagt werden.».

²³ Vgl. dazu die Angaben hinten, Fn. 34.

²⁴ BGE 120 II 42 ff., 44 f.

²⁵ Vgl. die Überlegungen im OGH-Urteil (in Fn. 22).

²⁶ Die Expertenkommission lehnte einen ähnlichen Vorschlag ab, vgl. Prot. der Expertenkommission, 20. Oktober 1908, 11.

²⁷ Vgl. dazu HAUSER (FN 19), 148 f.

²⁸ Vgl. AMONN (FN 6), SPR VII/2, 469 f.

²⁹ Dieses Kriterium in BGE 120 II 42 ff., 44.

³⁰ CHK-HOCHSTRASSER (FN 2), OR 513–514 N 3; HONSELL (FN 5), 429.

³¹ HONSELL (FN 5), 429.

³² BSK-BAUER (FN 5), OR 513 N 12.

³³ BGE 133 III 68 ff., 79 f.; vgl. auch den bei SERVIUS (FN 1), WM 2004, 1804 ff., insb. 1805 beschriebenen Sachverhalt eines Sparkontos, dessen Zins sich nach den Erfolgen des FC Bayern richtet – unter entgegengesetzten Bedingungen versprechen sich folglich Bank und Kunde, das Geld billiger oder teurer zur Verfügung zu stellen bzw. zu verzinsen; a.M. (allerdings zum strafrechtlich definierten «*Einsatz*») MARK JENS HOFMANN/ANDREAS MOSBACHER, Finanzprodukte für den Fussballfan: strafbares Glücksspiel? NStZ 2006, 249 ff., 251 f.

³⁴ Vgl. die Verfügung «*Order prohibiting the listing or trading of political event contracts*» der amerikanischen *Commodity Futures Trading Commission* (CFTC) vom 2. April 2012, 3: «*WHEREAS, the restored economic purpose test calls for an evaluation of an event contract's utility for hedging and price basing purposes; WHEREAS, the unpredictability of the specific economic consequences of an election means that the Political Event Contracts cannot reasonably be expected to be used for hedging purposes; WHEREAS, there is no situation in which the Political Event Contracts' prices could form the basis for the pricing of a commercial transaction involving a physical commodity, financial asset or service, which demonstrates that the Political Event Contracts have no price basing utility; (...).*».

ten kann. Wer freiwillig geleistet hat, kann nicht kondizieren. Das bedeutet, dass sehr wohl eine *causa*, wenn auch in unvollkommenen Form, vorliegen muss³⁵. Diese Situation ähnelt zwar der Heilung des formungültigen Schenkungsversprechens³⁶, doch liegt die *causa* nicht in einer Schenkung, sondern im Spiel. Dem Wesen von Spiel und Wette und vielen aleatorischen Verträgen ist das Versprechen *unter entgegengesetzten Bedingungen* eigen. Tritt die Bedingung ein, muss der «Verlierer» nur vordergründig leisten, ohne etwas zu erhalten. Er hat bei Vertragsschluss die Chance erhalten, in den Genuss des selben Gewinns zu kommen. Genauso würde niemand behaupten, dass der Verlierer bei einem Optionsgeschäft seinem Vertragspartner etwas schenkt. Darauf richtet sich jetzt der Fokus der nachfolgenden Erwägungen.

3.1. Zuweisung von Abfindungsansprüchen im Gesellschaftsrecht

Ein Beispiel aus dem Gesellschaftsrecht kann zeigen, dass ein aleatorischer Vertrag entgeltlich ist. Stirbt ein einfacher Gesellschafter, so stellt dies einen Auflösungsgrund dar, sofern die Gesellschafter nicht schon vorher die Weiterführung mit den Erben vereinbart haben (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 2 OR). Ohne diese Regelung ergibt sich ein Anspruch der Erben auf den Liquidationsanteil (Art. 549 Abs. 1 OR). Es ist aber wie bei der Kollektivgesellschaft (Art. 576, 580 OR) auch bei der einfachen Gesellschaft möglich, die Weiterführung ohne Erben vorzusehen³⁷ und den Abfindungsanspruch der Erben des Gesellschafters zu modifizieren oder ganz zu derogieren³⁸. Es stellt sich bei reduzierten Ansprüchen oder gar bei Anspruchsverzicht die Frage, ob dies unter die Schenkung und damit unter Art. 245 Abs. 2 OR fällt. Der Vollzug auf den Tod hin liegt zweifellos vor, doch fehlt der *animus donandi*. Immerhin wollen *alle* Gesellschafter, dass sich im Falle ihres Todes

der Abfindungsanspruch ihrer Erben danach richtet. Aufgrund dieses *aleatorischen Elements des Vorversterbens* hat auch jeder grundsätzlich die gleiche Chance, beim todesfallbedingten Ausscheiden eines Gesellschafters die einfache Gesellschaft mit weniger Gesellschaftern und einer günstigen oder ausbleibenden Abfindung der Erben weiterzuführen. Das Bundesgericht hat deshalb in einem steuerrechtlichen Entscheid die Schenkung und damit auch die Unentgeltlichkeit verneint: «*Als der Gesellschaftsvertrag geschlossen wurde, hatte in diesem Beispiel keiner der Gesellschafter den Willen unentgeltlicher Zuwendung. Jeder besass für den Fall eines Ausscheidens infolge Todes nach menschlichem Ermessen praktisch die gleiche Chance, dass er den Vorteil erhält, und das gleiche Risiko, dass er bzw. seine Erben den Nachteil erleiden. Der aleatorische Charakter der Klausel schliesst die Annahme einer Schenkung aus (...).*»³⁹ Einzig bei grossen Altersunterschieden oder bald zu erwartendem Tod eines Gesellschafters könnte eine Ausnahme gerechtfertigt sein⁴⁰. Das Bundesgericht hat indes diese Rechtsprechung analog zur Zuweisung im Eheguterrecht⁴¹ geändert und bejaht mittlerweile deren unentgeltlichen Charakter. Als Folge davon fallen die Abfindungsklauseln auf den Todestfall hin unter Art. 245 Abs. 2 OR⁴², was erbrechtliche Formvorschriften (Art. 498 ff. ZGB) und die prioritäre Behandlung bei der Herabsetzung (Art. 532 ZGB) zur Folge hat. Dies ist eindeutig abzulehnen. Der Wille der Parteien richtet sich nicht auf eine Schenkung. Vielmehr liegt diesen Klauseln das Interesse der Gesellschaft und damit aller Gesellschafter zugrunde⁴³. Weiter lässt sich aus der *Entgeltlichkeit* des aleatorischen Abfindungsaus-

³⁵ ANDREAS VON TUHR/HANS PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3. A., Zürich 1979, 33 f.

³⁶ EVA GRASSL-PALTEN, Zum Anwendungsbereich des § 1271 ABGB, in: Helmut Koziol/Peter Rummel (Hrsg.), Im Dienste der Gerechtigkeit, Festschrift für Franz Bydlinski, Wien 2002, 153 ff., 159, zieht die Parallele zum Schenkungsrecht und lokalisiert die *ratio legis* des ähnlichen § 1271 ABGB im Übereilungsschutz; dies sieht SERVATIUS (FN 1), WM 2004, 1809 f. auch so, allerdings ohne Bezug zur Schenkung.

³⁷ DANIEL STAHELIN, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530–964 OR, 4. A., Basel 2012 (zit. BSK-VERFASSER), OR 545/546 N 12; BGE 100 II 376 ff., 379; die für die Kollektivgesellschaften geltenden Regeln sind auch bei der einfachen Gesellschaft anwendbar, vgl. Urteil BGer 4A_31/2009, E. 5.1.1.

³⁸ BSK-STAHELIN (FN 37), OR 545/546 N 12 und OR 580 N 2.

³⁹ BGE 98 Ia 258 ff., 264 f., m.w.H. In Deutschland entspricht dies der h.l., vgl. die Übersicht bei JENS KOCH, Münchener Kommentar zu § 516 BGB, 6. A., München 2012, BGB 516 N 96.

⁴⁰ Das Bundesgericht sieht grosszügig über Altersunterschiede hinweg, vgl. BGE 98 Ia 258 ff., 265: «*Auch wenn zwischen den beiden andern Gesellschaftern und dem jüngern Beschwerdeführer ein wesentlicher Altersunterschied bestand, so wusste doch im Zeitpunkt der Abmachung keiner von ihnen, ob er der Benachteiligte oder Begünstigte sein werde.*».

⁴¹ BGE 102 II 313 ff., 326 und BGE 106 II 272 ff., 277.

⁴² BGE 113 II 270 ff., 272 f.; die Anwendbarkeit des Art. 245 Abs. 2 OR bejahen auch CHK-STRIITMATTER (FN 2), OR 580 N 7, BSK-STAHELIN (FN 37), OR 545/546 N 12 und OR 580 N 2, FRANÇOIS CHAIX, in: Pierre Tercier/Marc Amstutz (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des obligations II, Art. 530–1186 CO, Basel 2008 (zit. CR-VERFASSER), OR 545–547 N 9, CR-VULLIÉTY, OR 580 N 4, SANDRA MAISSEN, Der Schenkungsvertrag im schweizerischen Recht, Diss. Fribourg 1996, N 562.

⁴³ PETER WEIMAR, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band III, 1. Abteilung, 1. Teilband, Art. 457–480 ZGB, Bern 2000 (zit. BK-WEIMAR), Verfügungen von Todes wegen, Einl., N 111, m.w.H.

schlusses ableiten, dass darin niemals ein Ausgleichungs- oder Herabsetzungstatbestand liegen kann.

3.2. Zuweisung des Vorschlags

Art. 216 ZGB ermöglicht eine vom Gesetz abweichen- de Zuweisung des Vorschlags. Strittig ist, ob diese Vor- schlagszuweisung unter Art. 245 Abs. 2 OR fällt⁴⁴. Das Bundesgericht bejaht dies seit BGE 102 II 313 ff⁴⁵. Diese Ansicht wird hier nicht geteilt. Weisen sich die Eheleute gegenseitig den Vorschlag für den Fall des Vorversterbens zu, so fehlt wie bei der Modifikation oder Derogation des gesellschaftsrechtlichen Abfindungsanspruchs die Unent- geltlichkeit, da jeder Ehegatte aufgrund des aleatorischen Charakters auch potentiell davon begünstigt ist⁴⁶. Ausnahmen wären wiederum dann gerechtfertigt, wenn mit dem baldigen Tod eines Ehegatten zu rechnen wäre⁴⁷. Die An- wendbarkeit des Art. 245 Abs. 2 OR und damit das Vor- liegen einer Verfügung von Todes wegen führt wiederum zu einer prioritären Herabsetzung (Art. 532 ZGB)⁴⁸ und würde die Vereinbarung eigentlich erbrechtlichen Form- vorschriften unterwerfen, doch hat das Bundesgericht von der Einhaltung der Form dispensiert⁴⁹. Damit bleibt die Anwendung des Schenkungs- und damit des Erbrechts auf halbem Wege stecken – gerechtfertigt ist sie aber auch in diesem beschränkten Umfang keinesfalls.

⁴⁴ PHILIP R. BORNHAUSER, Der Ehe- und Erbvertrag, Diss. Zürich 2012, N 87 ff., ALEXANDRA RUMO-JUNGO, Die Vorschlagszuweisung an den überlebenden Ehegatten als Rechtsgeschäft unter Lebenden: eine Qualifikation mit weitreichenden Folgen, successio 2007, 158 ff., 160 ff. und BK-WEIMAR (FN 43), Verfügungen von Todes wegen, Einl., N 106, treten alle für die Einordnung als Rechtsgeschäft unter Lebenden ein, je m.w.H. auf Rechtsprechung und Lehre.

⁴⁵ Vgl. die frühere Rechtsprechung in BGE 58 II 1 ff., BGE 82 II 477 ff., 490, BGE 99 II 9 ff., 11 ff., BGE 100 II 270 ff., 277 f.

⁴⁶ BK-WEIMAR (FN 43), Verfügungen von Todes wegen, Einl., N 108, verneint Entgeltlichkeit *und* Unentgeltlichkeit.

⁴⁷ BK-WEIMAR (FN 43), Verfügungen von Todes wegen, Einl., N 107.

⁴⁸ CHK-RUMO-JUNGO (FN 2), ZGB 216–217 N 15.

⁴⁹ BGE 137 III 113 ff., 116 f.