

Das Gesellschaftsrecht der Tippgemeinschaft – ein Lehrstück zur Innengesellschaft bürgerlichen Rechts

Von Holger Fleischer und Jakob Hahn, Hamburg

- I. Einführung
- II. Einordnung als Gesellschaft bürgerlichen Rechts
 1. Rechtsstand in Deutschland
 - a) Vertragsschluss
 - b) Gemeinsamer Zweck
 - c) Förderpflicht
 2. Rechtsvergleichender Rundblick
 - a) Tippgemeinschaft als (Innen-)Gesellschaft
 - b) Tippgemeinschaft als bloßer Schuldvertrag
 3. Zwischenbefund
- III. Zustandekommen des Spiel- oder Wettvertrags
- IV. Bildung von Gesamthandsvermögen
- V. Gewinnverteilung
- VI. Haftungsrechtliche Verantwortung
 1. Rechtsstand in Deutschland
 2. Rechtsvergleichender Rundblick
 3. Zwischenbefund
- VII. Änderung des Gesellschaftsvertrags
- VIII. Auflösung der Gesellschaft
- IX. Zusammenfassung

1 **Das Gesellschaftsrecht der Tippgemeinschaft – ein Lehrstück zur Innengesellschaft bürgerlichen Rechts**

Professor Dr. Dr. h. c. Holger Fleischer, LL. M., und Jakob Hahn*

Der Beitrag setzt sich mit den gesellschaftsrechtlichen Problemen einer Tippgemeinschaft auseinander. Er erschließt erstmals das reichhaltige Fallmaterial aus dem In- und Ausland und zeigt auf, dass eine Tippgemeinschaft bei bestehendem Rechtsbindungswillen regelmäßig eine Innengesellschaft bürgerlichen Rechts bildet. Anschließend entwickelt er aus den §§ 705 ff. BGB Lösungen für zahlreiche Zweifelsfragen, angefangen von dem Zustandekommen des Spiel- oder Wettvertrags über den Gewinnanspruch eines Mitspielers, der seinen Wetteinsatz ausgerechnet vor dem gewinnbringenden Tipp nicht rechtzeitig geleistet hat, bis hin zur möglichen Haftung eines Gesellschafters, der den Tippschein mit den richtigen Zahlen fahrlässig nicht abgegeben hat.

I. Einführung

Tippgemeinschaften gehören seit den frühen Zeiten der Klassenlotterie¹ zu vertrauten Erscheinungen des täglichen Lebens. Dass sie Gesellschaften im Rechtssinne sein können, dürfte viele Tippfreunde indes überraschen. Der folgende Beitrag widmet sich den gesellschaftsrechtlichen Grundlagen solcher Tippgemeinschaften, die man griffig als „Losgesellschaften“² bezeichnet hat. Zu diesem Zweck erschließt er das reichhaltige Fallmaterial zu Lottospiel- oder Sportwettengemeinschaften aus dem In- und Ausland. Dem Lebensprozess einer Gesellschaft folgend, erläutert er zunächst, unter welchen Voraussetzungen Tippgemeinschaften als Gesellschaften bürgerlichen Rechts anzusehen sind (II), wie der Spiel- oder Wettvertrag zu Stande kommt (III) und ob Gesamthandsvermögen gebildet wird (IV). Anschließend geht es um die Gewinn- und Verlustbeteiligung (V), die Haftung eines Gesellschafters, wenn er den Tippschein fahrlässig nicht oder fehlerhaft ausgefüllt abgibt (VI), die konkludente Änderung des Gesellschaftsvertrags hinsichtlich der Gewinnberechtigung (VII) sowie eine etwaige Auflösung oder Kündigung der Gesellschaft, wenn ein Gesellschafter stirbt, ausscheidet oder seinen Einsatz länger nicht zahlt (VIII). Bei alledem wird sich zeigen, dass das Gesellschaftsrecht der Tippgemeinschaft nicht nur eine bunte Kuriositätensammlung bildet, sondern auch und vor allem ein Lehrstück zur Innengesellschaft bürgerlichen Rechts.

II. Einordnung als Gesellschaft bürgerlichen Rechts

1. Rechtsstand in Deutschland

Die §§ 705 ff. BGB bieten einen geschmeidigen Regelungsrahmen, der nicht nur auf Erwerbsgesellschaften passt, son-

* Der Autor *Fleischer* ist Direktor des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg, der Autor *Hahn* ist dort als Wissenschaftlicher Assistent tätig.

1 Eingehend dazu *Schönbein*, Das Millionenspiel mit Tradition – Die Geschichte der Klassenlotterie, 2008.

2 *Enneccerus/Nipperdey*, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl. 1958, S. 726 mit Fn. 1.

- 2 dem ebenso Gelegenheitsgesellschaften des täglichen Lebens zu akkommodieren vermag.³ Dass hierunter auch Tippgemeinschaften fallen können, hat man früh erkannt.⁴ Das *RG* hatte sie bereits unter Geltung des Preußischen Allgemeinen Landrechts und des gemeinen Rechts als Gesellschaftsverhältnis⁵ bzw. *societas*⁶ eingeordnet und hieran nach Inkrafttreten des BGB festgehalten.⁷ In der Nachkriegszeit setzte die Spruchpraxis diese Rechtsprechungslinie überwiegend fort,⁸ wenngleich es auch gegenteilige Entscheidungen gibt.⁹ In der Kommentarliteratur werden Spiel- oder Wettgemeinschaften häufig als Beispiel für eine Gelegenheitsgesellschaft genannt.¹⁰ Ob dies im konkreten Fall zutrifft, ist anhand der konstitutiven Merkmale einer BGB-Gesellschaft zu untersuchen.

a) Vertragsschluss

Ein BGB-Gesellschaftsvertrag bedarf keiner bestimmten Form. Er kann daher auch konkludent geschlossen werden.¹¹ Auf das Bewusstsein der Beteiligten, sich zu einer BGB-Gesellschaft zusammenzuschließen, kommt es nicht an.¹² Mithin können auch Abreden zu gemeinsamem Spiel zwischen Familienangehörigen, Berufskollegen oder Bekannten¹³ die Voraussetzungen eines (Gesellschafts-)Vertrags erfüllen. Notwendig

-
- 3 Zu dieser Auffang- und Lückenfüllungsfunktion des deutschen und österreichischen Rechts der Gesellschaft bürgerlichen Rechts *Fleischer/Heinrich/Pendl*, NZG 2016, 1001 (1003).
- 4 Schon vorher mit Blick auf die Preußische Klassenlotterie, die 1767 entstanden war, *Bornemann*, Preussisches Civilrecht, Bd. 3, 1835, S. 218: „Von gesellschaftlichen Vereinigungen zum Lotteriespiel nimmt die Lotterie-Direction keine Notiz, sondern betrachtet immer denjenigen als rechtmäßigen Spieler, welcher das Loos zur Erneuerung oder Gewinnzahlung präsentiert. Die Mitspieler eines gemeinschaftlichen erworbenen Looses müssen sich daher an denjenigen halten, welcher im Besitz des Looses gewesen ist und den darauf gefallenen Gewinn eingezogen hat. Ihr Verhältnis unter einander muss aber nach den Regeln von Sozietätsverträgen beurtheilt werden. Denn der Begriff dieser Verträge paßt vollkommen auf den vorliegenden Fall, in dem mehrere Personen zu einem gemeinschaftlichen Geschäft ihr Geld zusammenlegen und dafür ein Loos kaufen.“
- 5 Dies erwägend *RGZ* 28, 327 (328): „Ob danach mit Recht das Zustandekommen eines Gesellschaftsvertrags zwischen den Vertragsschließenden angenommen ist, kann dahingestellt bleiben. [...] In allen für den gegenwärtigen Rechtsstreit erheblichen Beziehungen würden M. R. oder seine Ehefrau als Bevollmächtigte der Mitspielenden die gleichen Rechte und Pflichten übernommen haben, welche sich bei einem Gesellschaftsvertrage für den geschäftsführenden Gesellschafter ergeben.“
- 6 Vgl. *RGZ* 43, 148 (149): „Dem Berufungsgerichte muss darin beigetreten werden, daß das zwischen den Parteien durch die fragliche Übereinkunft geschaffene Verhältnis als Gesellschaftsvertrag zu beurteilen ist und demgemäß die gemeinrechtlichen Grundsätze über die *societas* zur Anwendung kommen.“
- 7 Vgl. *RG*, Gruch. 48 (1904), 797, 800: „Von der in dieser Rechtsprechung zum Ausdrucke gebrachten Auffassung des rechtlichen Verhältnisses der Mitspieler einer derartigen Spielgemeinschaft abzugehen, liegt auch nach Einführung des B. G. B., wie das Berufungsgericht mit Recht angenommen hat, keine Veranlassung vor“; ferner *RG*, DJZ 1906, Sp. 878.
- 8 Das Vorliegen einer BGB-Gesellschaft wird angenommen von *OLG Braunschweig*, MDR 1954, 354; *BayObLG*, NJW 1971, 1664 (1665); *OLG Düsseldorf*, WM 1982, 969 (970); *OLG Karlsruhe*, NJW-RR 1988, 1266 (1267); *OLG München*, NJW-RR 1988, 1268; offenlassend *BGH*, NJW 1974, 1705 (1706).
- 9 Gegen das Vorliegen einer BGB-Gesellschaft in einem besonders gelagerten Fall *BGH*, DB 1955, 47; wohl auch *BGH*, WM 1968, 376.
- 10 Vgl. *Erman/Westermann*, BGB, 14. Aufl. 2014, vor § 705 Rn. 29; *MüKoBGB/Schäfer*, 6. Aufl. 2013, vor § 705 BGB Rn. 117.
- 11 Vgl. *BGH*, NZG 1999, 293; für eine Tippgemeinschaft *BayObLG*, NJW 1971, 1664.
- 12 Vgl. *Palandt/Sprau*, BGB, 75. Aufl. 2016, § 705 Rn. 11.
- 13 Vgl. *BGH*, WM 1968, 376: Geschwister; *BayObLG*, NJW 1971, 1664: Soldaten; *OLG Karlsruhe*, NJW-RR 1988, 1266: Stammtischrunde.

ist aber stets ein Rechtsbindungswille, der zugleich die Trennlinie zu bloßen Gefälligkeitsverhältnissen zieht.¹⁴ Ob er vorliegt, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls. Dabei sind eine Reihe von – teils gegenläufigen – Kriterien zu berücksichtigen, namentlich die Art der Tätigkeit, ihr Grund und Zweck, ihre wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung (insbesondere für den Empfänger), die Umstände, unter denen sie erbracht wird und die Interessenlage der Parteien.¹⁵

Viel Beachtung hat ein Urteil des *BGH* aus dem Jahre 1974 gefunden, das sich mit dem Rechtsbindungswillen bei einer Lottotippgemeinschaft auseinandersetzte. Fünf Personen hatten sich zum gemeinsamen Lottospiel zusammengeschlossen, jeder zahlte wöchentlich 10 DM. Der Beklagte nahm das Geld entgegen und hatte die Aufgabe, die Tippscheine mit vorher festgelegten Zahlenreihen einzureichen. An einem Tag versäumte es der Beklagte aus beruflichen Gründen, die Tippscheine vor Schließung der Annahmestelle abzugeben. Auf die vereinbarten Zahlenreihen wäre ein Gewinn von 10.550 DM entfallen, den drei der Mitspieler anteilig einklagten. Der *BGH* stellte fest, dass zwischen den Mitgliedern einer mündlich verabredeten Lotto- oder Totospielgemeinschaft rechtliche Beziehungen bestünden, ließ aber offen, ob es sich um eine BGB-Gesellschaft handle.¹⁶ Jedenfalls gebe es eine Rechtspflicht, die Gewinne wie vereinbart zu teilen. Damit sei aber noch nicht gesagt, dass auch hinsichtlich der Abgabe des Tippscheins eine rechtliche Bindung bestehe. Da ein ausdrücklicher Wille der Beteiligten nicht feststellbar war, zog der *BGH* die wechselseitige Interessenlage heran: Die Kläger würden einen im Verhältnis zum möglichen Gewinn geringen Einsatz leisten. Dem Beklagten hingegen sei eine Haftung aufgrund der Unentgeltlichkeit seiner Tätigkeit, seines geringen Verschuldens und der durch eine Haftung drohenden Existenzvernichtung nicht zuzumuten. Hätten die Beteiligten dieses Haftungsrisiko vorher bedacht, so hätte es keiner von ihnen übernommen. Daher verneinte der *BGH* eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung des Beklagten zur Abgabe des Tippscheins und wies die Klage ab.¹⁷

Im Ergebnis gelangte der *BGH* so zu einer eigenartigen Kombination von Schuldvertrag und sozialer Gefälligkeit: Hinsichtlich der Gewinnverteilung soll zwischen den Mitspielern einer Lottospielgemeinschaft eine vertragliche Verpflichtung bestehen, hinsichtlich der Abgabe des Tippscheins dagegen eine bloße Gefälligkeit.¹⁸ Diese Aufspaltung ist fragwürdig, weil die Abgabe des Tippscheins Voraussetzung für die Gewinnverteilung ist und beide Handlungen damit aus Sicht der Spieler ein einheitliches Lebensverhältnis bilden. Auch sonst vermag die Argumentation des *BGH* zum fehlenden Rechtsbindungswillen nicht vollständig zu überzeugen. Aus der Unentgeltlichkeit der übernommenen Tätigkeit allein ergibt sich noch kein Gefälligkeitscharakter, da das BGB mit Leihe, Schenkung, Auftrag und Verwahrung auch unentgeltliche Vertragstypen kennt. Für ein Gefälligkeitsverhältnis bedarf es vielmehr weiterer Indizien.¹⁹ Auch der Gesichtspunkt der Existenzvernichtung trägt für sich nicht. Existenzvernichtende Folgen können mit jeder Haftung einhergehen. Das ergibt sich aus dem schadensrechtlichen Grundsatz der Totalreparation, ohne dass sich hieraus Aussagen zum Rechtsbindungswillen ableiten ließen.²⁰ Wenig überzeugend ist ferner der Hin-

14 Dazu *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 25. Aufl. 2015, Rn. 367.

15 Grundlegend *BGHZ* 21, 102 (106 f.).

16 Vgl. *BGH*, NJW 1974, 1705 (1706).

17 Vgl. *BGH*, NJW 1974, 1705 (1706); zustimmend *Schlund*, JR 1975, 21; kritisch *Kornblum*, JuS 1976, 571; *Plander*, AcP 176 (1976), 447.

18 Dazu *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, 1989, § 7 I 1 a), S. 123; *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, Rn. 372.

19 Vgl. *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, S. 125; *Wolf/Neuner*, BGB Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2016, § 28 Rn. 19.

20 So auch *Plander*, AcP 176 (1976), 425, 433 f.

weis darauf, dass dem möglichen Lottogewinn aus Sicht der Mitspieler ein verhältnismäßig geringes Risiko gegenüberstand. Die Aussicht, mit kleinem Einsatz zu großem Vermögen zu gelangen, ist gerade tragende Motivation des Lottospiels. Aus dieser Motivation auf rechtliche Unverbindlichkeit zu schließen, widerspräche der Wertung des § 763 S. 1 BGB, der den Lotterievertrag bei staatlicher Genehmigung für rechtlich verbindlich erklärt.²¹

- 3 Wiewohl die Einzelargumente des *BGH* gegen einen Rechtsbindungswillen nicht überzeugen, wird man seinen Schlussfolgerungen auf den hypothetischen Parteiwillen in einer Gesamtwürdigung beitreten können: Die drohende Haftung für einen entgangenen Hauptgewinn steht sowohl zum persönlichen Nutzen des Tippenden als auch zum geringen Risiko der Mitspieler außer Verhältnis. Kein Spieler hätte dieses Haftungsrisiko selbst übernommen, wenn er es vorher bedacht hätte; ebenso wenig hätte er redlicherweise erwarten können, dass ein Mitspieler es übernimmt. Mit dieser Erkenntnis muss jedoch nicht schon der Rechtsbindungswille und damit das Bestehen einer BGB-Gesellschaft abgelehnt werden. Vielmehr kann der hypothetische Parteiwille auch herangezogen werden, um den gesellschaftsvertraglichen Pflichteninhalt zu konkretisieren oder den Verschuldensmaßstab zu modifizieren. Darauf ist weiter unten einzugehen.²²

b) Gemeinsamer Zweck

Nach § 705 BGB müssen die Parteien einen gemeinsamen Zweck verfolgen, um eine BGB-Gesellschaft zu bilden. Dieses Tatbestandsmerkmal unterscheidet die BGB-Gesellschaft von anderen Vertragstypen wie etwa Auftrag und Geschäftsbesorgung.²³ Der gemeinsame Zweck einer Tippgemeinschaft liegt in der gemeinschaftlichen Teilnahme am Wettspiel zur Erhöhung der Gewinnchancen bei gleich bleibenden Aufwendungen.²⁴

Der *BGH* hat eine Tippgemeinschaft auch schon als Bruchteilsgemeinschaft nach §§ 741 ff. BGB qualifiziert.²⁵ Die Bruchteilsgemeinschaft ist dadurch gekennzeichnet, dass mehreren Personen in Bezug auf eine Sache ein Recht zusteht.²⁶ Ein darüber hinausgehender gemeinsamer Zweck ist nicht erforderlich.²⁷ Bruchteilsgemeinschaft und BGB-Gesellschaft bilden aber keine einander ausschließenden Gegensätze. Gibt es einen gemeinsamen Zweck außer der gemeinsamen Innehabung eines Rechts, bestehen BGB-Gesellschaft und Bruchteilsgemeinschaft vielmehr nebeneinander.²⁸ Das ist etwa der Fall, wenn die Gesellschafter vereinbaren, in Ansehung bestimmter Gegenstände Miteigentum statt Gesamthandsvermögen zu bilden.²⁹ So können auch die Spieler einer Tippgemeinschaft vereinbaren, das Los als Miteigentum zu halten und damit eine Bruchteilsgemeinschaft zu bilden. Für eine solche Vereinbarung bedarf es allerdings besonderer Anhaltspunkte im Einzelfall. Da sich eine Tippgemeinschaft nicht in der Innehabung des Loses erschöpft, sondern zudem die gemeinsame Teilnahme am Wettspiel bezweckt, ist sie niemals nur Bruchteilsgemeinschaft, sondern immer auch Gesellschaft.

21 Vgl. *Plander*, AcP 176 (1976), 425, 434 f.

22 Näher unter VI.

23 Vgl. *BGH*, FamRZ 1987, 676 (678) = BeckRS 1987, 31066563; *Erman/Westermann*, BGB, vor § 705 BGB Rn. 8.

24 Vgl. *MüKoBGB/Ulmer/Schäfer*, 6. Aufl. 2013, vor § 705 Rn. 117.

25 Vgl. *BGH*, WM 1968, 376, wobei das Urteil auf die Abgrenzung zur BGB-Gesellschaft nicht näher eingeht. Für möglich erachtet wird eine Bruchteilsgemeinschaft auch in *BayObLG*, NJW 1971, 1664 (1665), und *LG Kassel*, MDR 1954, 38. Beide lassen die Frage aber offen.

26 Dazu *Schnorr*, Die Gemeinschaft nach Bruchteilen (§§ 741–758 BGB), 2004, S. 153 f.

27 Vgl. *Soergel/Hadding/Kießling*, BGB, 13. Aufl. 2012, vor § 705 BGB Rn. 4.

28 Vgl. *Fest*, AcP 215 (2015), 765, 789.

29 Vgl. *MüKoBGB/Karsten Schmidt*, 6. Aufl. 2013, § 741 Rn. 4 ff.

Man könnte ferner daran denken, die Tippgemeinschaft als nicht rechtsfähigen Verein einzuordnen. Weil das Recht der BGB-Gesellschaft nach § 54 S. 1 BGB auf den nicht rechtsfähigen Verein Anwendung findet, kommt der – typologisch vorzunehmenden – Abgrenzung zwischen beiden praktisch keine große Rolle zu; theoretisch bleibt sie gleichwohl reizvoll. Im Gegensatz zur BGB-Gesellschaft ist der nicht rechtsfähige Verein körperschaftlich strukturiert. Für eine körperschaftliche Struktur sprechen: große Mitgliederzahl, vereinsmäßige Satzung, Fremdorganschaft, Mehrheitsentscheidungen, freier Ein- und Austritt und das Auftreten unter einem Vereinsnamen.³⁰ Tippgemeinschaften beschränken sich meist auf einen kleinen Kreis von Teilnehmern, die sich persönlich nahestehen. Sie verfügen in der Regel nicht über eine Satzung oder einen Vereinsnamen. Es mag vorkommen, dass Entscheidungen mit einfacher Mehrheit gefällt werden und die Spieler aus ihnen frei ein- und austreten können, doch dürfte dies eher selten sein. Typische Tippgemeinschaften weisen darum keine körperschaftliche Struktur auf. Weniger klar liegt es bei Tippgemeinschaften mit einer großen Zahl stetig wechselnder Spieler.³¹ Doch auch hier fehlt es regelmäßig an einem freien Mitgliederwechsel und Mehrheitsentscheidungen, meistens auch an vereinsmäßiger Satzung und Vereinsnamen. Die Rechtsform des nicht rechtsfähigen Vereins passt daher allenfalls für atypische Tippgemeinschaften.

c) Förderpflicht

Die Pflicht eines jeden Beteiligten, den gemeinsamen Zweck zu fördern, bildet nach § 705 BGB das dritte Kernelement einer BGB-Gesellschaft. Die Förderpflicht kann alle Handlungen und Unterlassungen zum Gegenstand haben.³² In einer Tippgemeinschaft besteht sie im Allgemeinen darin, dass die Spieler Beiträge für die benötigten Wetteinsätze leisten müssen.³³ Doch kann es hieran auch fehlen, so dass mangels Förderpflicht keine Gesellschaft vorliegt. Dies veranschaulicht eine Entscheidung des *BGH* aus dem Jahre 1955: Drei Personen hatten regelmäßig jeweils in eigenem Namen und auf eigene Rechnung an Sportwetten teilgenommen und vereinbart, einen Gewinn mit den anderen Spielern zu teilen. Niemand war allerdings verpflichtet, überhaupt einen Wetschein abzugeben. Die einzige Verpflichtung der Beteiligten bestand darin, allfällige Gewinne mit den anderen zu teilen. Darin liegt mehr als ein schlichtes Schenkungsversprechen, mangels Förderpflicht aber keine Gesellschaft.³⁴

2. Rechtsvergleichender Rundblick

Auch im Ausland haben Tippgemeinschaften häufig die Gerichte beschäftigt. Ihre rechtliche Einordnung variiert und vermittelt einem deutschen Beobachter lehrreiche Einsichten zur Grundstruktur des Personengesellschaftsrechts in anderen Ländern.

a) Tippgemeinschaft als (Innen-)Gesellschaft

Die französische *Cour de cassation* stuft Tippgemeinschaften in ständiger Rechtsprechung nicht als *société civile*, sondern als *société en participation* ein.³⁵ Anders als jene ist diese nicht im Handelsregister eingetragen, besitzt keine eigene Rechtspersön-

30 Vgl. *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 25 I 2 b, S. 735; *Palandt/Sprau*, § 705 BGB Rn. 4.

31 Vgl. etwa *OLG Karlsruhe*, NJW-RR 1988, 1266: Stammtischrunde mit 22 Spielern.

32 Vgl. *Ballerstedt*, JuS 1963, 253.

33 Vgl. *MüKoBGB/Ulmer/Schäfer*, vor § 705 BGB Rn. 117.

34 So *BGH*, DB 1955, 47.

4 lichkeit und auch kein eigenes Gesellschaftsvermögen.³⁶ Seit 1978 in Art. 1871 ff. des *Code civil* (C. civ.) geregelt, hat sie einen weiten Anwendungsbereich, der vom gemeinsamen Kauf eines Lotterieloses über ein Emissionskonsortium bis hin zu Forschungsoperationen zwischen Unternehmen reicht.³⁷ Soweit sie keine kommerziellen Zwecke verfolgt, sind auf sie gem. Art. 1871–1 C. civ. die Vorschriften über die *société civile* anwendbar.

Die italienische *Corte di cassazione* hat eine Lottospielgemeinschaft einmal als Gelegenheitsgesellschaft eingeordnet³⁸, doch ist umstritten, inwieweit sich solche *società occasionali* als Gesellschaften ohne Unternehmen (*società senza impresa*) unter die Vorschriften des Personengesellschaftsrechts subsumieren lassen.³⁹

Das oberste schwedische Gericht in Straf- und Zivilsachen (*Högsta domstolen*) behandelte eine Tippgemeinschaft als einfache Gesellschaft (*enkelt bolag*).⁴⁰ Eine solche ist nach Kap. 1 § 3 des Gesetzes über Handelsgesellschaften und einfache Gesellschaften gegeben, wenn mehrere Personen vereinbaren, eine Tätigkeit in einer Gesellschaft auszuüben, ohne dass eine Handelsgesellschaft vorliegt. Die *enkelt bolag* hat keine eigene Rechtspersönlichkeit, sondern beschränkt sich auf ein rein schuldrechtliches Verhältnis ihrer Gesellschafter.⁴¹ In den Niederlanden wurde eine Tippgemeinschaft in einer frühen obergerichtlichen Entscheidung als *bijzondere maatschap* behandelt.⁴² Die *maatschap* ist das Gegenstück zur deutschen BGB-Gesellschaft und kann sowohl Außen- (*openbaar*) wie Innengesellschaft (*stil*) sein. Eine „besondere“ *maatschap* zeichnet sich nach Art. 1660 des Niederländischen BGB dadurch aus, dass ihr Zweck in einer genau bestimmten Unternehmung liegt. Praktische Konsequenzen sind hiermit aber nicht verbunden. In Spanien ist die Spruchpraxis uneinheitlich. Ein obergerichtliches Urteil behandelte eine Tippgemeinschaft als *sociedad civil*,⁴³ die bürgerlich-rechtliche Grundform der Personengesellschaft, die ihrerseits Außen- (*externa*) oder – wie hier – Innengesellschaft (*sociedad interna* oder *sociedad civil irregular*) sein kann. Der *Tribunal Supremo* ließ die juristische Qualifizierung meistens offen.⁴⁴ In einem jüngeren Urteil ordnete er eine nichteheliche Lebensgemeinschaft, in der die Partner gemeinsam Lotto spielten, aber als Gütergemeinschaft (*comunidad de bienes*) ein.⁴⁵ Besonders lag es schließlich in einer Entscheidung des Antwerpener Berufungsgerichts (*Hof van beroep Antwerpen*), das eine Tippgemeinschaft nicht als Gesellschaft ansah, sondern in der betreffenden Vereinbarung ein Schuldanerkenntnis erblickte.⁴⁶ Sie leitet über zu einer zweiten Gruppe von Rechtsordnungen, die einer rein schuldrechtlichen Einordnung der Tippgemeinschaft zuneigen.

-
- 35 Vgl. *Cass. Ière*, 14.1.2003, JCP E 2003, 763 mit Anm. *Lucas*; aus strafrechtlicher Sicht etwa *Cass. crim.*, 20.5.1985, Bull. crim. n° 189, mit Anm. *Hémar/Bouloc*, RTD com. 1986, 292.
- 36 Vgl. *Merle*, *Sociétés commerciales*, 18. Aufl. 2015, Rn. 708.
- 37 Vgl. *Cozian/Viandier/Deboissy*, *Droit des sociétés*, 28. Aufl. 2015, Rn. 1336 ff.
- 38 Vgl. *Cass.*, 11.11.1959, n. 3343, *Banca borsa* 1960, II, 37.
- 39 Ablehnend im konkreten Fall *Figà-Talamanca/Spada*, *Società occasionali*, in *Enciclopedia del diritto*, Band III, 1999, S. 989, 991; eingehend *Fleischer/Agstner*, *RabelsZ* 81 (2017), Heft 2.
- 40 Vgl. *Högsta domstolen*, NJA 1986, 402.
- 41 Vgl. *Doteval*, *Samarbete i bolag, Om personbolag*, 3. Aufl. 2015, S. 123.
- 42 Vgl. *Rechtbank Arnhem*, NJ 1939, 198.
- 43 Vgl. *AP Málaga*, 9.4.1999, AC\1999\1217.
- 44 Vgl. *Tribunal Supremo*, ECLI:ES:TS:1996:6029; ECLI:ES:TS 2000:5063.
- 45 Vgl. *Tribunal Supremo*, ECLI:ES:TS:1999:890.
- 46 Vgl. *Hof van beroep Antwerpen*, 4.11.2003, berichtet von *Geldhof*, *Juristenkrant* 83 (2014), 6; näher zum Sachverhalt unten im Text zu Fn. 100.

b) Tippgemeinschaft als bloßer Schuldvertrag

Entscheidungen aus dem angelsächsischen Rechtskreis behandeln Tippgemeinschaften wegen des anders zugeschnittenen Personengesellschaftsrechts überwiegend als *agreement* oder *promise*. In England erfasst die *partnership* gemäß s. 1 des *Partnership Act* nur Rechtsbeziehungen zwischen Personen, die gemeinsam ein Geschäft mit Gewinnerzielungsabsicht betreiben. Spiel- oder Wettgemeinschaften werden daher, wenn überhaupt, schuldrechtlich eingeordnet. Ein vielzitiertes Fall, in dem sich drei Hausbewohnerinnen an dem Wettbewerb einer Sonntagszeitung beteiligt und den Hauptpreis von 750 £ gewonnen hatten, drehte sich um die Grenzziehung zwischen Vertrag und Gefälligkeitsverhältnis.⁴⁷ Spektakulärer lag es in einem australischen Fall, in dem sich drei Frauen über Jahre an einer Lotterie beteiligt hatten. Eines Tages entfiel ein Gewinn von 218 000 AU-Dollar auf ein Los, das auf den Namen der Beklagten lautete. Eine Mitspielerin, die ein Viertel des Lospreises bezahlt hatte, verlangte einen entsprechenden Anteil am Gewinn. Nach einer wechselvollen Prozessgeschichte gab der *High Court of Australia* ihrer Klage in dritter Instanz statt.⁴⁸ US-amerikanische Urteile haben bei mündlichen Abreden über Loskäufe häufig einen *informal contract* und die erforderliche *consideration* bejaht.⁴⁹ Zu nennen ist etwa eine neuere Entscheidung des *Texas Court of Appeals* über eine Lottospielgemeinschaft unter Arbeitskollegen, die über die Aufteilung eines Gewinns von 20,9 Mio. US-Dollar stritt.⁵⁰ Eine personengesellschaftsrechtliche Einordnung hat der *Appellate Court of Illinois* in einem Fall vorgenommen, der allerdings keine klassische Tippgemeinschaft betraf. Der Beklagte hatte den Klägern versprochen, mit ihnen die Gewinne aus von ihm selbst gekauften und bezahlten Rubbellosen zu teilen, wenn sie ihm beim Freirubbeln der Felder helfen. Das Gericht erkannte in dem Rechtsverhältnis der Beteiligten ein *joint venture*, also ein informelles *partnership agreement*, das eine einzelne Unternehmung mit Gewinnerzielungsabsicht zum Gegenstand hat.⁵¹ Das Urteil blieb nicht ohne Kritik.⁵²

3. Zwischenbefund

In Deutschland bildet eine Tippgemeinschaft bei bestehendem Rechtsbindungswillen der Beteiligten regelmäßig eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Hierfür bedarf es

47 Vgl. *Simpkins v. Pay* [1955] 1 W. L. R. 975; dazu und zu weiteren Fällen *Gibson/Fraser*, *Business Law*, 8. Aufl. 2014, S. 372 f., unter der Überschrift „Social arrangements – lotteries and competition“.

48 Vgl. *Trevey v. Grubb* (1982) 44 ALR 20: „In all the circumstances, there was an enforceable contract to share the winnings in the same proportion as the proportion of costs paid by each party.“

49 Vgl. die Zusammenstellung einschlägiger Entscheidungen bei *Leacock*, 46 *John Marshall L. Rev.* 37, 94 ff. (2012).

50 Vgl. *Domingo v. Mitchell*, 257 S.W.3d 34, 41 (Tex. App. 2008): „Regarding the element of consideration, the evidence shows that Mitchell agreed to advance Domingo’s share of the lottery tickets and Domingo agreed to reimburse Mitchell. This exchange of promises is sufficient consideration to create a binding contract“; dazu und zu weiteren Fällen *Tepper*, *The Law of Contracts and the Uniform Commercial Code*, 3. Aufl. 2014, S. 45 f.

51 Vgl. *Fitchie v. Yurko*, 570 N.E.2d 892, 900 (Ill. App. Ct. 1991): „In this case the trial court found that the parties had formed a partnership of some sort. In our opinion the evidence indicates that the arrangement between defendant and plaintiffs constituted a joint venture. A joint venture, as a practical matter, is essentially a partnership carried on for a single enterprise.“

52 In einem Minderheitsvotum bemängelte der Vorsitzende Richter, dass es bereits an einer Gegenleistung (*consideration*) fehle, weshalb das Rechtsverhältnis nicht einmal einen Vertrag darstelle, 570 N.E.2d 892, 901 (Ill. App. Ct. 1991). Nach *Gries*, 44 *Duke L. J.* 1000, 1009 (1995), soll es sich statt eines *joint venture* um ein Schenkungsversprechen handeln, da für die Beteiligten nicht die Gewinnerzielung, sondern das gemeinsame soziale Erlebnis im Vordergrund stand.

- keiner schriftlichen Vereinbarung, die auch nur selten vorliegen dürfte.⁵³ Die §§ 705 ff. BGB halten für stillschweigend geschlossene (Gelegenheits-)Gesellschaften vielmehr eine gesetzliche Auffangregelung bereit.⁵⁴ Ausnahmsweise kann eine Tippgemeinschaft bei körperschaftlicher Struktur auch als nicht rechtsfähiger Verein anzusehen sein oder sich mangels Förderpflicht in einem Schenkungsversprechen erschöpfen. Viele andere kontinentaleuropäische Rechtsordnungen ordnen Tippgemeinschaften ebenfalls als Varianten der Gesellschaft bürgerlichen Rechts ein, sei es als *société en participation* (Frankreich), *enkelt bolag* (Schweden), *bijzondere maatschap* (Niederlande) oder *sociedad civil irregular* (Spanien). Dagegen ist den meisten angelsächsischen Rechtsordnungen die Auffangrechtsform der Gelegenheitsgesellschaft fremd. Tippgemeinschaften werden daher bei einer *intention to create legal relationships* zumeist rein schuldrechtlich gewürdigt (England, Australien). Vereinzelt hat man aber auch ein *informal partnership agreement* in Gestalt eines *joint venture*, also einer Gelegenheitsgesellschaft, angenommen (Vereinigte Staaten).

III. Zustandekommen des Spiel- oder Wettvertrags

Die Abgabe des ausgefüllten Tippscheins bei der Annahmestelle stellt einen Antrag auf Abschluss des Spiel- oder Wettvertrags dar. Der Vertrag kommt mit dem Wettanbieter und nicht etwa mit dritten Spielern zu Stande.⁵⁵ Bei dem Los, das der Spieler erhält, handelt es sich um eine Inhaberschuldverschreibung, die einen aufschiebend bedingten Leistungsanspruch in unbestimmter Höhe verbrieft.⁵⁶ Nach § 793 I BGB ist der Wettanbieter darum allein dem Inhaber des Loses zur Auszahlung des Gewinns verpflichtet und wird auch durch Leistung an einen nichtberechtigten Losinhaber von seiner Schuld frei.

Bei Tippgemeinschaften können sich die Vertragsbeziehungen unterschiedlich gestalten. Der den Tippschein aufgebende Spieler kann den Vertrag im eigenen Namen schließen. Er ist dann lediglich im Verhältnis zu den anderen Gesellschaftern verpflichtet, den Gewinn auszukehren. Denkbar ist aber auch, dass ein Spieler die Tippgemeinschaft als Außengesellschaft beim Abschluss des Spielvertrags vertritt, mit der Folge, dass diese nach § 164 I 1 BGB aus dem Vertrag berechtigt und verpflichtet wird. So verfahren etwa gewerbliche Spielevermittler, die einzelne Tippgemeinschaften organisieren und sie als Außengesellschaft beim Abschluss des Wettvertrags vertreten.⁵⁷ Diese Konstruktion hat handfeste praktische Folgen: Wenn die Gesellschaft Partei des Wettvertrags wird, zählt der Gewinnanspruch zu ihrem Gesellschaftsvermögen.⁵⁸ Nur dann können die Mitspieler gegen die Zwangsvollstreckung in den Gewinnanspruch Drittwiderspruchsklage erheben (§ 771 ZPO) oder Aussonderung (§ 47 InsO) in der Insolvenz des den Tippschein abgebenden Spielers verlangen.

Für die Abgrenzung ist maßgeblich, ob bei Abgabe des Tippscheins die Stellvertretungsvoraussetzungen vorliegen. Insbesondere muss erkennbar sein, dass der Spie-

53 Für ein Vertragsmuster aber *Marsch-Barner in Heidenhain/Meister*, Münchener Vertragshandbuch, Band 1: Gesellschaftsrecht, 7. Aufl. 2011, Formular I.2.

54 Für ein anderes anschauliches Beispiel aus jüngerer Zeit *LG Detmold*, NZG 2015, 951 (Abiturballkomitee); dazu *Oechsler/Mihaylova*, JURA 2016, 833.

55 Näher *Schlund*, Das Zahlenlotto, 1972, S. 80 ff.

56 Vgl. *RG*, JW 1912, 861 (862); JW 1929, 362; *MüKoBGB/Habersack*, 6. Aufl. 2013, § 793 Rn. 10; *Staudinger/Marburger*, BGB, Neubearbeitung 2009, vor § 793 Rn. 66.

57 Dazu *MüKoBGB/Habersack*, § 762 BGB Rn. 32. Ein Beispiel findet sich in den AGB von Tipp24 vom 17.2.2016, abrufbar unter <http://www.tipp24.com/agb> (Abruf vom 26.5.2016).

58 Vgl. *OLG Braunschweig*, MDR 1954, 354.

ler den Tipp im Namen der Gesellschaft abgibt.⁵⁹ Dieses Offenkundigkeitsprinzip wird gewahrt, wenn der Spieler den Tippschein mit „Tippgemeinschaft“, „TG“⁶⁰ oder „Spiel in fremden Namen“ ausfüllt. Im Regelfall wird der Spieler aber nicht offenlegen, dass hinter ihm eine Tippgemeinschaft steht.⁶¹ Daraus wird in Literatur und Rechtsprechung gefolgert, dass er im eigenen Namen handelt und der Wettvertrag folglich nur mit ihm zu Stande kommt.⁶² Dieser Schluss ist jedoch weniger zwingend, als er zunächst scheint. Die Abgabe des Tippscheins könnte nämlich ein verdecktes Geschäft für den, den es angeht, sein. In diese Kategorie fallen vor allem Bargeschäfte des täglichen Lebens, bei denen der Schuldner die Leistung sofort bewirkt und seine Identität für den Gläubiger daher ohne Belang ist.⁶³ In diesen erschöpft sich der Anwendungsbereich des Geschäfts für den, den es angeht, jedoch nicht.⁶⁴ Bei Lottospiel oder Sportwette zahlt der Wettende seinen Einsatz zwar unmittelbar bei Vertragsschluss, doch leistet der Wettanbieter erst im Fall des Gewinns. Da seine Schuld eine Millionensumme erreichen kann, könnte man annehmen, dass dem Wettanbieter sein Vertragspartner nicht gleichgültig ist.⁶⁵ Die Legitimationsfunktion des Loses trägt diesem Interesse aber hinreichend Rechnung: Der Wettanbieter wird nach § 793 I 2 BGB auch durch Leistung an einen Nichtberechtigten von seiner Schuld frei. Somit lässt sich eine Stellvertretung der Tippgemeinschaft als Außen-GbR durchaus konstruieren. Nach wohl herrschender Lehre müssen aber bei einem verdeckten Geschäft für den, den es angeht, objektive Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Handelnde das Geschäft für einen Dritten wirken lassen möchte. Dieser Wille muss zwar nicht für den Vertragspartner, aber aus Verkehrsschutzgründen für einen mit den Verhältnissen vertrauten Beobachter erkennbar sein.⁶⁶ Gibt der Spieler lediglich einen Tippschein ab, ohne dass Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Tippgemeinschaft aus dem Spielvertrag berechtigt werden soll, so nimmt er ein Eigengeschäft vor. Dies wird der Regelfall sein.⁶⁷ Tippgemeinschaften sind daher im Allgemeinen keine Außen-, sondern Innengesellschaften bürgerlichen Rechts.

IV. Bildung von Gesamthandsvermögen

Betrachtet man die Vermögensorganisation der Tippgemeinschaft, fällt der Blick sofort auf das Los als zentralen Vermögensgegenstand. Es stellt sich die Frage, ob dieses im Alleineigentum des Tippenden steht oder allen Mitspielern zur gesamten Hand

59 Vgl. *Palandt/Ellenberger*, § 164 Rn. 1.

60 *OLG München*, NJW-RR 1988, 1268.

61 Vgl. dazu schon sehr früh *Bornemann*, Preussisches Civilrecht, S. 218; ferner *BayObLG*, NJW 1971, 1664 (1665).

62 So *OLG Düsseldorf*, WM 1982, 969; *OLG Karlsruhe*, NJW-RR 1988, 1266; *MüKoBGB/Schubert*, 7. Aufl. 2015, § 164 Rn. 140.

63 Vgl. *BGHZ* 114, 74 (80) = NJW 1991, 2283; *Bork*, BGB Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2016, Rn. 1400.

64 Vgl. *Bamberger/Roth/Valentini*, BGB, 3. Aufl. 2012, § 164 Rn. 27.

65 Vgl. allgemein zum Ausschluss des echten Geschäfts für den, den es angeht, bei größeren Leistungsgeschäften *OLG Stuttgart*, NJW 1951, 446 (447); *Staudinger/Schilken*, BGB, Neubearbeitung 2014, vor § 164 Rn. 54.

66 Vgl. *RGZ* 140, 223, 229; *Staudinger/Schilken*, vor § 164 BGB Rn. 53; *Karsten Schmidt*, JuS 1987, 425 (429); *MüKoBGB/Schubert*, § 164 BGB Rn. 130; abw. *Bork*, BGB Allgemeiner Teil, Rn. 1399; *Bamberger/Roth/Valentini*, BGB, § 164 Rn. 27.

67 So auch die kautelarjuristische Empfehlung bei *Marsch-Barner in Heidenhain/Meister*, Münchener Vertragshandbuch, Formular I.2., § 2 II und Rn. 6.

gehört.⁶⁸ Diese Frage mag verwundern, wurde doch gerade festgestellt, dass Tippgemeinschaften regelmäßig Innengesellschaften sind, die nach Auffassung des *BGH* kein Gesamthandsvermögen bilden können.⁶⁹

Historisch stellte sich die Rechtslage allerdings anders dar. Zu Zeiten der preußischen Klassenlotterie setzten sich das Preußische Obertribunal und das *RG* in Entscheidungen zum Preußischen Allgemeinen Landrecht und zum gemeinen
6 Recht eingehend mit der Vermögensorganisation einer Tippgemeinschaft auseinander. Nach ständiger Rechtsprechung wurde durch die Abrede mehrerer Personen, zusammen ein Los in der preußischen Klassenlotterie zu spielen, gemeinschaftliches Eigentum an dem Los begründet.⁷⁰ Mit diesem Los war ein bedingtes Anrecht verbunden, es gegen abermaligen Einsatz für spätere Ziehungen zu erneuern. Das gemeinschaftliche Eigentum am Los sollte dieses Anrecht und auch einen etwaigen Gewinn aus einer weiteren Ziehung als Surrogat umfassen.⁷¹ Eine Abrede, nach der ein Spieler seinen Anteil am Los verliert, wenn er seinen Beitrag nicht entrichtet, wurde jedoch als wirksam erachtet.⁷² Diese Rechtsprechung übertrug das *RG* nach Inkrafttreten des BGB in das Gesellschaftsrecht. Danach gehörte das Los zum gesamthänderischen Vermögen der Tippgemeinschaft. Wurde das Los in späteren Ziehungen erneuert, gehörte auch ein daraus resultierender Gewinn kraft Surrogation nach § 718 II BGB zum Gesellschaftsvermögen.⁷³

Jüngere obergerichtliche Entscheidungen gehen hingegen davon aus, dass der Gewinnanspruch gegen die Lotteriegesellschaft nur dann zum Gesellschaftsvermögen gehört, wenn die Tippgemeinschaft selbst aus dem Lotterievertrag verpflichtet wird,⁷⁴ also Außengesellschaft ist. Danach hat eine Tippgemeinschaft als Innengesellschaft kein Gesamthandsvermögen, die Gesellschafter sind lediglich schuldrechtlich untereinander wie Gesamthänder zu stellen.⁷⁵ Welche Auffassung im dogmatischen Grundsatzstreit um die Vermögensfähigkeit der Innengesellschaft den Vorzug verdient, kann hier nicht behandelt werden. Darüber wird jedenfalls im Schrifttum nach wie vor lebhaft gestritten.⁷⁶

V. Gewinnverteilung

Entfällt auf einen Tipp der erhoffte Gewinn, zahlt ihn der Wettanbieter gegen Vorlage des Loses an den tippenden Spieler aus. Dieser muss seine Mitspieler hiervon aufgrund seiner Geschäftsführerplichten⁷⁷ unverzüglich unterrichten und den Gewinn anteilig an sie auskehren.⁷⁸ Dass insoweit ein Rechtsbindungswille besteht, nimmt –

68 Zur weiteren Möglichkeit des Miteigentums am Los bereits oben II 1 b.

69 Vgl. *BGH*, WM 1965, 793 (794); NJW 1982, 99 (100).

70 Vgl. *RG*, Gruch. 25 (1881), 740, 741; *RG*, Gruch. 28 (1884), 948, 949.

71 Vgl. *PrObTri*, 2, 133; *RG*, Gruch. 25 (1881), 740, 741.

72 Vgl. *RG*, Gruch. 28 (1884), 948, 949.

73 Vgl. *RG*, Gruch. 48 (1904), 797, 800. Der Tatbestand des Urteils legt nahe, dass es sich um eine Innengesellschaft handelte.

74 Vgl. *OLG Braunschweig*, MDR 1954, 354.

75 So *OLG Düsseldorf*, WM 1982, 969 (970); ferner *Marsch-Barner* in *Heidenhain/Meister*, Münchener Vertragshandbuch, Formular I.2, § 3 II und Rn. 6.

76 Vgl. zum geltenden und künftigen Recht *Schäfer*, Gutachten E für den 71. Deutschen Juristentag 2016, E 29 f.; *Beuthien*, NZG 2011, 161; *Westermann*, NJW 2016, 2625 (2628).

77 Dazu *BayObLG*, NJW 1971, 1664 (1665): „geschäftsführerähnliche Stellung des Angeklagten innerhalb der hier gegebenen Tippgemeinschaft“; *Marsch-Barner* in *Heidenhain/Meister*, Münchener Vertragshandbuch, Formular I.2, Rn. 10.

78 Vgl. *BayObLG*, NJW 1971, 1664 (1665).

wie eingangs erläutert – auch der *BGH* an, obwohl er eine Rechtspflicht zur Abgabe des Tippscheins verneint.⁷⁹ Verheimlicht der tippende Spieler den Gewinn vor seinen Mitspielern, so kann er sich gem. § 266 StGB wegen Untreue strafbar machen.⁸⁰ Solche Fälle kommen offenbar nicht nur in Deutschland vor.⁸¹

Zu klären bleiben die Modalitäten der Gewinnverteilung, insbesondere deren Zeitpunkt und der Verteilungsschlüssel. Gemäß § 721 I BGB kann die Gewinnverteilung erst nach Auflösung der Gesellschaft verlangt werden. Dies entspricht jedoch typischerweise nicht dem Interesse der Gesellschafter. Insbesondere wenn die Tippgemeinschaft auf einen längeren Zeitraum eingegangen ist, wird die Auslegung des hypothetischen Parteiwillens ergeben, dass die Spieler eine unverzügliche Gewinnverteilung wünschen.⁸² § 721 BGB ist dann stillschweigend abbedungen.⁸³ Treffen die Spieler über den Gewinnverteilungsschlüssel keine ausdrückliche Abrede, so gibt die Höhe ihrer Einsätze einen wichtigen Fingerzeig. Eine hieran orientierte Gewinnverteilung dürfte regelmäßig dem hypothetischen Parteiwillen entsprechen.⁸⁴ Daher wird die Auffangregel des § 722 I BGB, wonach jeder Spieler ohne Rücksicht auf die Art und Größe seines Beitrags den gleichen Anteil am Gewinn hat, praktisch nur selten zum Tragen kommen.⁸⁵

Hat es ein Gesellschafter ausgerechnet vor dem gewinnbringenden Tipp versäumt, seinen Einsatz zu zahlen, stellt sich die Frage, ob er dennoch am Gewinn zu beteiligen ist. Gelegentlich vereinbaren die Spieler ausdrücklich eine Nachzahlungsmöglichkeit.⁸⁶ Fehlt es daran, so bleibt sein gesellschaftsvertraglicher Anspruch auf Gewinnbeteiligung jedenfalls dann bestehen, wenn – wie beim Zahlenlotto – mit fixem Einsatz gespielt wird und ein anderer Spieler den Einsatz des säumigen Gesellschafters vorgestreckt hat. Dies zeigt die Kontrollüberlegung, dass ursprünglich nicht entrichtete Einsätze von den Mitgesellschaftern nach einer erfolglosen Spielrunde weiter eingefordert werden können. Den Verzug eines Beitragsschuldners regeln auch im BGB-Gesellschaftsrecht die §§ 286–290 BGB. Ist den Mitgesellschaftern die Fortsetzung der Tippgemeinschaft mit einem säumigen Mitspieler nicht (mehr) zumutbar, so steht ihnen nach §§ 723, 737 BGB ein Kündigungs- oder Ausschlussrecht zu.⁸⁷ Ob in Fällen, in denen ein Spieler seine Einsätze längere Zeit nicht gezahlt hat, eine konkludente Kündigung nach § 723 I 1 BGB anzunehmen ist, wird gesondert erörtert.⁸⁸ Anders kann es bei Sportwetten liegen, bei denen nur die tatsächlich vor dem Tipp aufgebrauchten Gelder eingesetzt werden. Weil ein Gewinn dann entsprechend geringer ausfällt, dürfte es häufig dem hypothetischen Parteiwillen zuwiderlaufen, den säumigen Spieler am Gewinn zu beteiligen. Sein Gewinnanspruch ist dann konkludent ausgeschlossen.

79 Vgl. *BGH*, NJW 1974, 1705 (1706).

80 Vgl. *BayObLG*, NJW 1971, 1664, wo der Angeklagte mit dem verheimlichten Gewinn von 98.000 DM ein Einfamilienhaus für sich gekauft hatte; ferner *Perron* in *Schönke/Schröder*, StGB, 29. Aufl. 2014, § 266 Rn. 25.

81 Vgl. aus Frankreich *Cass. crim.*, 20.5.1985, Bull. crim. n° 189, mit Anm. *Hémar/Bouloc*, RTD com. 1986, 292: Verurteilung wegen *abus de confiance*.

82 Vgl. *Marsch-Barner* in *Heidenhain/Meister*, Münchener Vertragshandbuch, Formular I.2., § 4 II; allgemein zum Zeitpunkt der Gewinnverteilung bei länger bestehenden Gelegenheitsgesellschaften *RG*, JR 1927, Nr. 1388; *Staudinger/Habermeier*, BGB, Neubearbeitung 2003, § 721 Rn. 2.

83 Zum dispositiven Charakter der Vorschrift *Palandt/Sprau*, § 721 BGB Rn. 2.

84 Vgl. *OLG München*, NJW-RR 1988, 1268; offengelassen von *BayObLG*, NJW 1971, 1664 (1665).

85 Vgl. *LG Kassel*, MDR 1954, 38.

86 So lag es in *OLG Karlsruhe*, NJW-RR 1988, 1266 (1267).

87 Allgemein dazu *MüKoBGB/Ulmer/Schäfer*, § 706 BGB Rn. 25.

88 Näher dazu unter VIII.

VI. Haftungsrechtliche Verantwortung

Nicht minder brisant ist die Frage der haftungsrechtlichen Verantwortung, wenn ein Spieler den Tippschein nicht abgibt oder fehlerhaft ausfüllt. Sie bildete den Gegenstand der schon erörterten *BGH*-Entscheidung aus dem Jahre 1974.⁸⁹

1. Rechtsstand in Deutschland

Lehnt man die Ansicht des *BGH* ab, das Problem über den fehlenden Rechtsbindungswillen zu lösen, stellt sich die Frage nach alternativen Lösungsmöglichkeiten. An sich sind die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs nach § 280 I BGB gegeben: Gibt der verantwortliche Spieler den Tippschein nicht oder fehlerhaft ausgefüllt ab, begeht er eine Pflichtverletzung. Beim Vertretenmüssen sieht § 708 BGB zwar vor, dass ein Gesellschafter bei der Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtungen nur für diejenige Sorgfalt einzustehen hat, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Dieser abgemilderte Sorgfaltsmaßstab kann die Haftungsproblematik aber nicht befriedigend lösen,⁹⁰ weil er nur einem notorisch unzuverlässigen Spieler hilft.⁹¹ Schließlich besteht ein ersatzfähiger Schaden in Form des entgangenen (Lotterie-)Gewinns, § 252 S. 1 BGB.

Sofern die Spieler nicht ausnahmsweise einen ausdrücklichen Haftungsausschluss oder eine Haftungshöchstgrenze vereinbart haben,⁹² müssen andere Konstruktionen zur Erreichung einer Haftungsbeschränkung erwogen werden. Einen denkbaren Ansatzpunkt bieten die gesetzlichen Wertungen zur Wette. Nach § 762 I 1 BGB begründen Spiel und Wette keine Verbindlichkeit. Eine Ausnahme hiervon statuiert § 763 S. 1 BGB für staatlich genehmigte Spielverträge. Nebengeschäfte zum staatlich genehmigten Spiel, wie etwa der Zusammenschluss zu einer Tippgemeinschaft, sind danach erst recht verbindlich.⁹³ Zusammen sollen beide Vorschriften die Spieler vor unkalkulierbaren und mitunter existenzbedrohenden Risiken des Glücksspiels schützen.⁹⁴ Eine Literaturstimme will hieraus eine gesetzliche Vermutung ableiten: Im Zweifel solle ein Spieler nicht zu einer Zahlung aus seinem eigenen Vermögen verpflichtet werden. Falls nichts anderes vereinbart sei, hafte er darum nicht, wenn er einen Wettauftrag nicht ordnungsgemäß ausführe.⁹⁵

89 Vgl. oben unter II 1 a.

90 Für eine ähnliche Einschätzung *Marsch-Barner in Heidenhain/Meister*, Münchener Vertragshandbuch, Formular I.2 Rn. 10: „Jedoch würde A trotz Geltung dieses Maßstabs im Falle fehlerhaften Ausfüllens oder nicht rechtzeitigen Einreichens der Lottozettel hohen Schadensersatzrisiken unterliegen.“

91 Vgl. *Fleischer/Danninger*, NZG 2016, 481 (490): „Der beklagte Personengeschafter muss sich vor Gericht als leichtsinnigen, nachlässigen und notorisch unzuverlässigen Menschen hinstellen, während ihn seine Mitspieler als ordentlichen und verständigen Mann schildern müssen, der nur einmal verkehrt handelte.“

92 Dies empfehlend *Marsch-Barner in Heidenhain/Meister*, Münchener Vertragshandbuch, Formular I.2, § 5: „Die Haftung der Gesellschafter untereinander, zB des A für fehlerhaftes Ausfüllen oder schuldhaftes Nichtabgeben der Lottozettel, ist auf Höchstbeträge von je insgesamt 1000 Euro pro Schadensfall beschränkt.“

93 Vgl. *RGZ* 93, 348, 350; *BGH*, NJW 1974, 1705 (1706); *OLG Hamburg*, SeuffA. 76, Nr. 83; *Staudinger/Engel*, BGB, Neubearbeitung 2008, § 763 Rn. 16; *MüKoBGB/Habersack*, § 762 BGB Rn. 32; abw. nur *Schuster*, Das gemeinsame Spiel, 1976, S. 108 ff.

94 Vgl. *Staudinger/Engel*, vor § 762 BGB Rn. 4 ff.

95 So *Pfister in ders.*, Rechtsprobleme der Sportwette, 1989, S. 75, 89 f.; vgl. auch *MüKoBGB/Pecher*, 2. Aufl. 1986, § 762 Rn. 30.

Ob diese weit ausholende Begründung trägt, erscheint zweifelhaft, kann aber dahinstehen. Eine objektiv angemessene Haftungsbeschränkung lässt sich nämlich im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung viel einfacher begründen. Hätten die Spieler das enorme Haftungsrisiko vorher bedacht, so hätte es keiner von ihnen übernommen oder dies redlicherweise von anderen Spielern erwarten können. In dogmatische Kategorien übersetzt, sprechen damit überzeugende Gründe für einen stillschweigenden Haftungsausschluss, wenn der Tippschein fahrlässig nicht oder fehlerhaft ausgefüllt abgegeben wird.⁹⁶ Dies läuft keineswegs auf eine Fiktion hinaus,⁹⁷ sondern ergibt sich zwanglos aus einer Interessenanalyse der Beteiligten.⁹⁸

2. Rechtsvergleichender Rundblick

Dass ein großer Gewinn ausgerechnet dann anfällt, wenn es der Verantwortliche versäumt, den vereinbarten Tipp abzugeben, klingt unwahrscheinlich. Gleichwohl haben sich auch ausländische Gerichte schon mit ähnlichen Fällen auseinandergesetzt und sind dabei zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangt.

Das höchste schwedische Zivilgericht hat im Jahre 1986 eine Schadensersatzpflicht mit Hilfe einer haftungsrechtlichen Billigkeitsvorschrift verneint. Zwar habe der Spieler, der für die Einreichung des Tippscheins verantwortlich war, seinen Mitgesellschaftern fahrlässig einen Schaden zugefügt, indem er es versäumte, den Tippschein abzugeben. Diesen Schaden müsse er grundsätzlich ersetzen. Jedoch erlaube Kap. 4 § 2 iVm Kap. 2 § 14 I des Gesetzes über Handelsgesellschaften und einfache Gesellschaften eine Anpassung der Haftung im Hinblick auf die Art der Handlung, den Schadensumfang und die übrigen Umstände. Vorliegend sei die Haftung aus Billigkeitsgründen auszuschließen, da es sich um einen Freundschaftsdienst gehandelt habe, bei dem es verzeihlich sei, die Abgabe des Tippscheins zu unterlassen.⁹⁹

Schlechter erging es einem Spieler in Belgien, der einen Tippschein mit einer anderen als der vereinbarten Zahlenkombination abgegeben hatte. Dies mag jedoch der Eigenheit des Falls geschuldet sein. Er hatte sich in schriftlicher Urkunde einem anderen gegenüber verpflichtet, ihm die Hälfte des auf die vereinbarte Zahlenkombination entfallenden Gewinns zu zahlen. Das Antwerpener Berufungsgericht würdigte dies im Jahre 2003 als abstraktes Schuldanerkenntnis. Der Beklagte sei hieraus zur Zahlung des hälftigen Gewinns verpflichtet. Für seine Zahlungspflicht bleibe es ohne Belang, ob er den Tippschein tatsächlich abgegeben habe.¹⁰⁰

3. Zwischenbefund

Die geschilderten Haftungsfälle veranschaulichen nicht nur, dass beim Geld die (Lotto-)Freundschaft aufhört. Sie zeigen auch, welche Anstrengungen vielerorts unternommen werden, um eine unverhältnismäßige oder gar existenzvernichtende Haftung zu vermeiden. Am leichtesten tut sich hier das schwedische Recht, das wie die Niederlande oder die Schweiz über eine schadensrechtliche Billigkeitsklausel verfügt, aufgrund derer das Gericht Ersatzansprüche nach billigem Ermessen auf einen zumutba-

96 In diesem Sinne bereits *Kornblum*, JuS 1976, 571 (574 f.); zustimmend *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 59 III 2 c, S. 1747.

97 Kritisch aber *Schäfer*, Gutachten E für den 71. Deutschen Juristentag 2016, E 88: methodisch zweifelhafte Figur des stillschweigenden Haftungsausschlusses.

98 Vgl. bereits *Fleischer/Danninger*, NZG 2016, 481 (491).

99 So *Högsta domstolen*, NJA 1986, 402.

100 Vgl. *Hof van beroep Antwerpen*, 4.11.2003, berichtet von *Geldhof*, Juristenkrant 83 (2014).

ren Betrag herabsetzen kann.¹⁰¹ Hierzulande hatte ein Referentenentwurf aus dem Jahre 1967 eine ähnliche Reduktionsklausel vorgesehen,¹⁰² doch ist sie aus Sorge vor einer konturenlosen Billigkeitsjurisprudenz letztlich nicht Gesetz geworden. Für die Haftung bei Lottospielgemeinschaften bedarf es ihrer nicht, weil die Figur eines stillschweigenden Haftungsausschlusses eine tragfähige Lösung bietet. Damit erübrigen sich weitere Überlegungen, eine Haftungsreduktion aus der Treuepflicht herzuleiten, wie dies für Fälle ruinöser Managerhaftung erwogen wird.¹⁰³ Wer sich eingehender mit dem Recht der römischen *societas* beschäftigt, findet sogar noch einen anderen Ansatz: das – gemeinrechtlich so genannte – *beneficium competentiae*, die Rechtswohlthat des Notbedarfs, dh die Verurteilung eines *socius* bloß auf das, was er zu leisten vermag.¹⁰⁴

VII. Änderung des Gesellschaftsvertrags

8 Als Gelegenheitsgesellschaften verfügen die meisten Tippgemeinschaften über keinen schriftlichen Gesellschaftsvertrag. Die Spieler treffen aber häufig mündliche Abreden über Einsätze und Gewinnverteilung. Eine nachträgliche Änderung dieser Abreden stellt ein Grundlagengeschäft dar, das eines einstimmigen Beschlusses aller Gesellschafter bedarf.¹⁰⁵ Selbst bei entsprechender Vereinbarung sind nicht alle Beschlussgegenstände einer Mehrheitsentscheidung zugänglich. Nach althergebrachter Lehre ist ein Kernbereich an Mitgliedsrechten unentziehbar, der das Stimmrecht, die Gewinnbeteiligung, das Recht auf die Liquidationsquote und Informationsrechte umfasst.¹⁰⁶ Das *OLG Karlsruhe* wandte die Kernbereichslehre im Fall einer Stammtischrunde an, die regelmäßig gemeinsam am Zahlenlotto und an Sportwetten teilnahm. Die Spieler hatten einen wöchentlichen Einsatz von 3 DM vereinbart, der auch nachträglich entrichtet werden konnte. Mit einem Tipp, bei dem mehrere Spieler ihren Einsatz nicht geleistet hatten, erzielten sie einen Gewinn von über 1 Mio. DM. Als die säumigen Spieler ihren Einsatz nachzahlen wollten und ihren Anteil am Gewinn verlangten, beriefen sich die übrigen Teilnehmer darauf, sie hätten zuvor in deren Abwesenheit eine Änderung der Teilnahmebedingungen beschlossen. Gewinnberechtigt sei danach nur, wer zuvor seinen Einsatz entrichtet habe. Das *OLG Karlsruhe* hielt die Änderung der Teilnahmebedingungen für unwirksam, da sie von allen Spielern einstimmig hätte beschlossen werden müssen. Selbst wenn gesellschaftsvertraglich eine Mehrheitsentscheidung vereinbart worden wäre, gehöre die Regelung zur Gewinnverteilung dem unentziehbaren Kernbereich an.¹⁰⁷

Die jüngere Rechtsprechung orientiert sich demgegenüber an der konkreten Struktur der Gesellschaft und einer etwaigen Sonderstellung des betroffenen Gesellschafters. Danach kann ein Mitgliedsrecht durch Mehrheitsbeschluss (nur) entzogen werden,

-
- 101 Rechtsvergleichend *Finke*, Die Minderung der Schadensersatzpflicht in Europa, 2006, S. 79 ff.; *Fleischer*, ZIP 2014, 1305 (1313 f.).
- 102 Vgl. § 255 a RefE 1967, abgedruckt und weiter fortentwickelt von *Hohloch* in *BMJ*, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band I, 1981, S. 459 ff.
- 103 Dafür etwa *Hüffer/Koch*, AktG, 12. Aufl. 2016, § 93 Rn. 51; kritisch dazu für das geltende Recht *Fleischer*, ZIP 2014, 1305 (1307 f.).
- 104 Näher dazu *Meissel*, Societas. Struktur und Typenvielfalt des römischen Gesellschaftsvertrags, 2004, S. 18 f.; allgemein auch *Litewski*, Studi Volterra IV, 1971, S. 469, 576 ff.
- 105 Vgl. *OLG Karlsruhe*, NJW-RR 1988, 1266 (1267); allgemein *MüKoBGB/Schäfer*, § 709 BGB Rn. 10 f. Unzutreffend ist es, die Änderung der Spielregeln als Geschäftsführungsmaßnahme zu behandeln, so aber *OLG München*, NJW-RR 1988, 1268.
- 106 Vgl. *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 16 III 3 b, S. 471 ff.
- 107 So *OLG Karlsruhe*, NJW-RR 1988, 1266 (1267).

wenn der Eingriff in die individuelle Rechtsstellung des Gesellschafters geboten und diesem unter Berücksichtigung seiner eigenen schutzwerten Belange zumutbar ist.¹⁰⁸ Eine abweichende Beurteilung für den durch das *OLG Karlsruhe* entschiedenen Fall ergibt sich daraus allerdings nicht. Änderungen des Gesellschaftsvertrags einer Tippgemeinschaft bedürfen mithin im Regelfall weiterhin eines Beschlusses aller Spieler.

VIII. Auflösung der Gesellschaft

Mehrere Ereignisse können die Auflösung einer Gesellschaft nach sich ziehen: die Kündigung (§§ 723 ff. BGB), das Erreichen oder Unmöglichwerden des Gesellschaftszwecks (§ 726 BGB), der Tod eines Gesellschafters (§ 727 BGB) und die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters oder der Gesellschaft (§ 728 BGB). Weitere Auflösungsgründe sind Zeitablauf, Rückgang der Mitgliederzahl auf einen Gesellschafter, ein Auflösungsbeschluss der Gesellschafter und der Eintritt einer auflösenden Bedingung.¹⁰⁹

Nach § 723 I 1 BGB kann jeder Gesellschafter die Gesellschaft kündigen. Die Kündigungserklärung stellt eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung dar, die allen anderen Gesellschaftern zugehen muss,¹¹⁰ aber auch konkludent erfolgen kann.¹¹¹ Mangels abweichender Vereinbarung ist sie jederzeit möglich.¹¹² In einer Tippgemeinschaft kann sich daher die Frage stellen, ob ein Spieler, der wiederholt seinen Einsatz nicht entrichtet, damit zugleich konkludent kündigt. Sie lässt sich nicht pauschal, sondern nur unter Berücksichtigung aller Fallumstände beantworten. Insbesondere ist Rücksicht darauf zu nehmen, wie strikt die Tippgemeinschaft die Beitragszahlungspflicht in der Vergangenheit gehandhabt hat. Wurde das Ausbleiben von Beiträgen häufiger akzeptiert, kann aus der abermaligen Nichtzahlung nicht auf den Kündigungswillen eines Gesellschafters geschlossen werden.¹¹³ Gleiches gilt, wenn es gelegentlich vorkam, dass einzelne Gesellschafter einmal nicht zahlten, weil unter den sich persönlich nahestehenden Mitspielern ohnehin nie genau abgerechnet wurde.¹¹⁴ Dagegen kann in der Abtretung aller Gewinnansprüche an einen Dritten eine konkludente Kündigung liegen.¹¹⁵

Eine Tippgemeinschaft hat meist nicht nur die Teilnahme an einem einzigen Spiel zum Gegenstand, sondern ist auf eine fortlaufende Spielteilnahme gerichtet.¹¹⁶ Daher tritt regelmäßig nicht schon nach einer Ausspielung Zweckerreichung gem. § 726 Alt. 1 BGB ein. Eine abweichende Bewertung kommt nur in Betracht, wenn nach jedem Spiel eine Abwicklung der Geschäfte und eine Aufteilung des vorhandenen Vermögens stattfinden.¹¹⁷

Das Ausscheiden eines Spielers aus der Tippgemeinschaft hat nicht zwingend deren Auflösung zur Folge. Die Spieler können das Fortbestehen der Gesellschaft so-

-
- 108 Vgl. *BGH*, NJW 1995, 194 (195) = ZIP 1994, 1942 (1943); *BGHZ* 203, 77 (90) = NZG 2014, 1296 (1300).
- 109 Vgl. *MüKoBGB/Schäfer*, vor § 723 BGB Rn. 13 ff.
- 110 Vgl. *Soergel/Hadding/Kießling*, § 723 BGB Rn. 14.
- 111 *Erman/Westermann*, § 723 BGB Rn. 9.
- 112 Vgl. *OLG Düsseldorf*, WM 1982, 969 (970).
- 113 Vgl. *OLG Düsseldorf*, WM 1982, 969 (970).
- 114 Vgl. *BGH*, WM 1968, 376 (377): Bruder und Schwester.
- 115 Vgl. *OLG Düsseldorf*, WM 1982, 969 (970).
- 116 Einschränkend der Formulierungsvorschlag von *Marsch-Barner* in *Heidenhain/Meister*, Münchener Vertragshandbuch, Formular I.2, § 1: „Hiermit gründen wir eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts zum Zwecke des gemeinsamen Lottospiels an den nächsten acht Wochenenden.“
- 117 So *OLG Karlsruhe*, NJW-RR 1988, 1266 (1267).

wohl beim Aus- und Eintritt von Gesellschaftern (konkludent) beschließen.¹¹⁸ Stirbt ein Spieler, wird die Tippgemeinschaft nach § 727 I BGB aufgelöst, sofern nicht vorher oder *ad hoc* ihre Fortsetzung beschlossen wird. Eine Besonderheit ergab sich aber zu Zeiten der preußischen Klassenlotterie. Nach einem Urteil des *RG* bezweckte eine Tippgemeinschaft die Beteiligung an sämtlichen Klassen. Starb ein Spieler vor Auspielung der letzten Klasse, galt die Gesellschaft nach § 727 II 3 BGB bis dahin als fortbestehend.¹¹⁹

IX. Zusammenfassung

1. Eine Tippgemeinschaft bildet bei bestehendem Rechtsbindungswillen regelmäßig eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Die §§ 705 ff. BGB halten für solche – zumeist stillschweigend geschlossenen – (Gelegenheits-)Gesellschaften eine Auffangrechtsform bereit. Ausnahmsweise kann eine Tippgemeinschaft bei körperschaftlicher Struktur auch als nicht rechtsfähiger Verein anzusehen sein oder sich mangels Förderpflicht in einem Schenkungsversprechen erschöpfen.

2. Viele andere kontinentaleuropäische Rechtsordnungen ordnen Tippgemeinschaften ebenfalls als Varianten der Gesellschaft bürgerlichen Rechts ein, sei es als *société en participation* (Frankreich), *enkelt bolag* (Schweden), *bijzondere maatschap* (Niederlande) oder *sociedad civil irregular* (Spanien). Dagegen ist den meisten angelsächsischen Rechtsordnungen die Auffangrechtsform der Gelegenheitsgesellschaft fremd. Tippgemeinschaften werden daher bei einer *intention to create legal relationships* zumeist rein schuldrechtlich gewürdigt (England, Australien). Vereinzelt hat man aber auch ein *informal partnership agreement* in Gestalt eines *joint venture*, also einer Gelegenheitsgesellschaft, angenommen (Vereinigte Staaten).

9

3. Der den Tippschein abgebende Spieler wird den Spiel- oder Wettvertrag regelmäßig im eigenen Namen abschließen. Die Tippgemeinschaft tritt dann nach außen nicht in Erscheinung, bleibt also bloße Innengesellschaft. Ein Auftreten der Tippgemeinschaft als Außengesellschaft ist jedoch bei Wahrung des Offenkundigkeitsprinzips rechtlich nicht ausgeschlossen.

4. Als Innengesellschaft verfügt die Tippgemeinschaft nach heute herrschender Meinung über kein eigenes Gesellschaftsvermögen. Dagegen hatte das *RG* ein erworbenes Los noch als Gesamthandsvermögen der Tippgemeinschaft angesehen und einen Gewinn gem. § 718 II BGB kraft Surrogation ebenfalls ihrem Gesamthandsvermögen zugeordnet.

5. Der den Spiel- oder Wettvertrag abschließende Spieler muss seine Mitspieler aufgrund seiner Geschäftsführerplichten unverzüglich von einem Gewinn unterrichten und diesen anteilig an sie auskehren. Verheimlicht er den Gewinn, so kann er sich nach § 266 StGB wegen Untreue strafbar machen. Hinsichtlich der Modalitäten der Gewinnverteilung werden §§ 721 I, 722 I BGB zumeist stillschweigend abbedungen. Ein Gewinn ist daher gemäß dem hypothetischen Parteiwillen nicht erst nach Auflösung der Tippgemeinschaft, sondern sofort auszuzahlen, und zwar im Zweifel nicht nach Kopfteilen, sondern im Verhältnis zu den geleisteten Einsätzen.

6. Hat es ein Gesellschafter ausgerechnet vor dem gewinnbringenden Tipp versäumt, seinen Einsatz rechtzeitig zu bezahlen, so bleibt sein gesellschaftsvertraglicher Anspruch auf Gewinnbeteiligung jedenfalls dann bestehen, wenn mit fixem Einsatz ge-

118 Vgl. *BayObLG*, NJW 1971, 1664 (1665).

119 Vgl. *RG*, DJZ 1906, Sp. 878 f.

spielt wird und ein anderer Spieler den Einsatz des säumigen Gesellschafters vorge-
streckt hat. Ist den Mitgesellschaftern die Fortsetzung der Tippgemeinschaft mit dem
säumigen Gesellschafter nicht (mehr) zumutbar, steht ihnen gem. §§ 723, 737 BGB
ein Kündigungs- oder Ausschlussrecht zu. Hat ein Spieler seine Einsätze längere Zeit
nicht gezahlt, so kann im Einzelfall eine konkludente Kündigung nach § 723 I 1 BGB
vorliegen. Dagegen kann bei Wettformaten, bei denen nur die vor dem Tipp aufge-
brachten Gelder eingesetzt werden, der Gewinnanspruch des säumigen Gesellschafters
konkludent ausgeschlossen sein.

7. Hat der verantwortliche Spieler den Tippschein fahrlässig nicht oder fehlerhaft aus-
gefüllt abgegeben, so liegen die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs nach
§ 280 I BGB an sich vor. Im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung wird man je-
doch regelmäßig zu einem stillschweigenden Haftungsausschluss gelangen. Damit
erübrigen sich weitere Überlegungen zur Begründung einer objektiv angemessenen
Haftungsbeschränkung, etwa die Herleitung einer Haftungsreduktion aus der Treue-
pflicht, wie sie mitunter für Fälle ruinöser Managerhaftung befürwortet wird, die Ein-
führung einer allgemeinen schadensrechtlichen Reduktionsklausel nach ausländischen
Vorbildern oder die Anerkennung der Rechtswohltat des Notbedarfs (*beneficium com-
petentiae*) wie im Recht der römischen *societas*.

8. Nachträgliche Änderungen der Einsatzmodalitäten oder des Gewinnverteilungs-
schlüssels in einer Tippgemeinschaft bedürfen beim Fehlen besonderer Abreden eines
Einstimmigen Beschlusses aller Mitspieler.

9. Eine Tippgemeinschaft ist regelmäßig auf eine fortlaufende Spielteilnahme gerich-
tet, so dass nicht schon nach einer Spielrunde Zweckerreichung gem. § 726 Alt. 1
BGB eintritt. Stirbt ein Mitspieler, so wird die Tippgemeinschaft im Zweifel nach
§ 727 I BGB aufgelöst, doch kann vorher oder *ad hoc* die Fortsetzung der Gesellschaft
beschlossen werden.
