

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB vor §§ 145, 826 Gd; SchlHSpielO (v. 14. Juni 1982,
GVOBl. S. 162) § 5

Spielbanken unterliegen nicht dem Kontrahierungszwang.

BGH, Urt. v. 7. Juli 1994 - III ZR 137/93 - OLG Schleswig
LG Lübeck

BUNDESGERICHTSHOF
IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

III ZR 137/93

Verkündet am:
7. Juli 1994
F r e i t a g
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

- 2 -

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 7. Juli 1994 durch
den Vorsitzenden Richter Dr. Rinne und die Richter
Dr. Engelhardt, Dr. Werp, Streck und Schlick

für Recht erkannt:

Die Revision der Kläger gegen das Ur-
teil des 8. Zivilsenats des Schleswig-
Holsteinischen Oberlandesgerichts vom
31. August 1993 wird zurückgewiesen.

Die Kläger haben die Kosten des Revi-
sionsrechtszuges zu tragen.

Von Rechts wegen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand

Die Beklagte betreibt in T[REDACTED] eine staatlich zugelassene öffentliche Spielbank. 1983 schloß sie die Kläger, die 18 Jahre lang unbeanstandet in der Spielbank der Beklagten gespielt hatten und nach ihren Angaben das Spiel als Beruf betreiben, unter Hinweis auf die Landesverordnung über die Spielordnung für die öffentlichen Spielbanken (Gesetz- und Verordnungsblatt für Schleswig-Holstein 1982 S. 162) ohne Angabe von Gründen von der Teilnahme am Spiel in ihrem Hause aus; das von den Klägern für die Jahreseintrittskarten gezahlte Entgelt vergütete sie anteilig. 1991 teilte die Beklagte den Klägern auf Anfrage mit, es bestehe für sie keine Veranlassung, die Sperre, die sich lediglich auf die Spielsäle, nicht auf das Restaurant erstrecke, aufzuheben.

Im vorliegenden Rechtsstreit beantragen die Kläger, die Beklagte zu verurteilen, ihnen die uneingeschränkte Teilnahme am Spielbetrieb in der Spielbank der Beklagten zu gestatten. Hilfsweise begehren sie die Feststellung, daß das 1983 ausgesprochene Spielverbot unwirksam sei.

Das Landgericht und das Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen.

Dagegen richtet sich die (zugelassene) Revision der Kläger, der die Beklagte entgegentritt.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist nicht begründet.

I.

Die Kläger haben keinen Anspruch auf Teilnahme am Spielbetrieb in der Spielbank der Beklagten.

1. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, daß sich die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien nach privatrechtlichen Grundsätzen beurteilen.

Der Betrieb öffentlicher Spielbanken liegt im allgemeinen in der Hand privater Gesellschaften (vgl. Berg MDR 1977, 277; Kummer/Kummer, Glücksspiele in Deutschland, 1986, S. 75). Auch die Beklagte ist ein privatwirtschaftliches Unternehmen in der Rechtsform einer Personenhandels-gesellschaft, das mit seinen Geschäfts- und insbesondere Vertragspartnern auf der Grundlage des Zivilrechts verkehrt. Der Umstand, daß die Beklagte zum Betrieb der Spielbank der staatlichen Zulassung bedarf (vgl. Art. I des schleswig-holsteinischen Gesetzes vom 23. März 1949, Schl.-H. GVObI. S. 76, zur Änderung des Gesetzes über die Zulassung öffentlicher Spielbanken vom 14. Juli 1933, RGBI. I S. 480), führt nicht dazu, daß das Unternehmen selbst oder das von ihm betriebene Geschäft dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist (vgl. OVG Koblenz NJW 1959, 2229 f.). Spielbanken erfüllen keine öffent-

lichen Aufgaben, und zwar selbst dann nicht, wenn der Staat an dem Unternehmen wirtschaftlich beteiligt sein sollte, wovon im Streitfall nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht ausgegangen werden kann. Weder handelt es sich bei dem Betrieb einer Spielbank um hoheitliche Verwaltung, noch ist die Veranstaltung des Spiels staatliche Daseinsvorsorge. Eine Spielbank kann nicht mit öffentlichen Einrichtungen wie Krankenhäusern, Schwimmbädern, Theatern, Versorgungsunternehmen oder ähnlichem verglichen werden, die häufig zwar ebenfalls in privatrechtlichen Formen betrieben werden, bei denen sich aber die Zugangsberechtigung nach öffentlichem Recht richtet.

Öffentliche Aufgabe sind nur die ordnungsrechtlich geprägte Konzessionierung und die Aufsicht über die Spielbanken. Sie haben den Zweck, die Veranstaltung der besonders risikoreichen Glücksspiele nur in beschränkter Zahl und nur durch zuverlässige Personen zuzulassen (vgl. BVerfGE 28, 119, 148; BayVerfGH BayVB1. 1990, 526, 528; BayObLGSt 1993, 8, 11; OVG Münster GewArch 1979, 329, 330; OVG Koblenz GewArch 1991, 99, 100 f.). Die staatliche Aufsicht beschränkt sich darauf, die Einhaltung der für die Spielbanken geltenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften sicherzustellen, damit sich der Spielbetrieb in geordneten Bahnen abwickelt und die im Allgemeininteresse gebotenen Beschränkungen eingehalten werden. Sie erstreckt sich nicht auf die Auswahl der Personen, mit denen die Spielbank Spielverträge eingeht (vgl. OVG Koblenz NJW 1959, 2229 f.). Aus der Erkenntnis, daß der Spieltrieb des Menschen nicht zu unterdrücken ist, stellt der Staat im Rahmen seiner öffentlichen Aufgabe, Recht und Ordnung zu erhalten, die zur Gefahrenabwehr erfor-

derlichen Schutzmechanismen bereit, die Ausnahmen vom repressiven Verbot des Glücksspiels um Geld zulassen. Die staatliche Kontrolle soll dem Spieler gewährleisten, daß Gewinn und Verlust nur von seinem Glück und nicht von Manipulationen des Unternehmers oder seiner Beschäftigten abhängen (vgl. BVerfGE 28, 119, 148).

Den Spielbanken ist durch die Erteilung der Konzession keine öffentlich-rechtliche Stellung eingeräumt. Sie werden dadurch nicht zu einer staatlichen Einrichtung. Ihre Stellung entspricht vielmehr der anderer Betriebe, die zur Aufnahme privatwirtschaftlicher Betätigung der staatlichen Zulassung bedürfen und bei denen die Notwendigkeit einer verwaltungsrechtlichen Konzession keine öffentlich-rechtliche Verpflichtung begründet, die Teilnahme am Betrieb zu eröffnen (vgl. OVG Koblenz NJW 1959, 2229 f.). Das könnte nur dann anders sein, wenn die Erlaubnis unter einer entsprechenden Auflage erteilt worden wäre (vgl. RGZ 133, 388, 390). Im vorliegenden Fall bestehen hierfür keine Anhaltspunkte.

2. Die Beklagte ist nicht verpflichtet, mit den Klägern Spielverträge abzuschließen. Sie kann nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit, der im Zivilrecht gilt und hier zudem in § 5 Abs. 6 der schleswig-holsteinischen Landesverordnung über die Spielordnung für die öffentlichen Spielbanken (SpielO) vom 14. Juni 1982 (Schl.-H. GVOBl. S. 162) seinen konkreten Ausdruck gefunden hat, selbst bestimmen, mit welchen Personen sie Spielverträge abschließt.

Nach dieser Vorschrift der Spielordnung, die aufgrund des § 8 Abs. 2 der Verordnung über öffentliche Spielbanken vom 27. Juli 1938 (RGBl. I S. 955) erlassen worden ist (vgl. auch Art. III des bereits genannten Gesetzes vom 23. März 1949, Schl.-H. GVOBl. S. 76), kann die Spielbankleitung den Zutritt zu den Spielsälen jederzeit ohne Angabe von Gründen verweigern. Bereits erteilte Eintrittskarten können entzogen werden, auch ohne Angabe von Gründen.

Rechtliche Bedenken gegen diese Regelung bestehen nicht. Das Spielbankenrecht gehört zum Recht der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (vgl. BVerfGE 28, 119). Es dient, wie ausgeführt, dem Schutz der natürlichen Spieltelebensschaft des Menschen vor Ausbeutung (BVerfG aaO S. 148). Wie der Staat die ihm insoweit zukommende Aufgabe der Gefahrenabwehr wahrnimmt, unterliegt dem gesetzgeberischen Ermessen (vgl. OVG Münster GewArch 1979, 329, 330; OVG Koblenz GewArch 1991, 99 ff.). Soweit er die in § 5 Abs. 6 SpielO getroffene Regelung gewählt hat, ist dies aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Die Regelung ermöglicht dem Spielbankbetreiber im Interesse eines geordneten Spielablaufs schnelle und klare Entscheidungen über das Zutrittsrecht. Ein Begründungszwang würde diesem von Gründen der Sicherheit und Ordnung getragenen Interesse in einem sensiblen Bereich zuwiderlaufen. Der Betreiber könnte genötigt sein, Umstände mitzuteilen, deren Offenbarung geeignet wäre, die öffentliche Sicherheit und Ordnung oder den geordneten Spielbetrieb zu beeinträchtigen. Mit der Zulassung von Spielbanken wird nicht ein öffentliches oder privates Recht zum Spiel gewährt. Die infolge der Zulassung bestehende Möglichkeit zum Glücksspiel, von der Spielbankunternehmer oder Spieler pro-

fitieren mögen, ist vielmehr nur ein Reflex der im Vordergrund stehenden öffentlich-rechtlichen Zielsetzung der Gefahrenabwehr.

3. Die Abschlußfreiheit der Beklagten ist entgegen der Annahme der Kläger nicht durch einen ausnahmsweise bestehenden Abschlußzwang eingeschränkt. Spielbanken unterliegen nicht dem Kontrahierungszwang.

Ein ausdrücklicher gesetzlicher Abschlußzwang ist für Spielbankunternehmer nicht festgelegt. Dagegen spricht hier auch bereits die Spielordnung, wie ausgeführt.

Die Beklagte unterliegt auch nicht einem allgemeinen zivilrechtlichen Kontrahierungszwang, wie er insbesondere aus § 826 i.V.m. § 249 Satz 1 BGB hergeleitet wird (vgl. auch § 26 Abs. 2 GWB und allgemein zum Abschlußzwang BGH Urteil vom 9. November 1989 - IX ZR 269/87 = NJW 1990, 761, 762 f. sowie aus der Literatur statt aller Erman/Hefermehl BGB 9. Aufl. Rn. 16 ff. vor § 145, jeweils m.w.N.) und wie das Berufungsgericht frei von Rechtsirrtum entschieden hat.

Das Berufungsgericht hat schon eine Monopolstellung der Beklagten rechtsfehlerfrei verneint. Zwischen den Parteien ist unstreitig, daß es in der Bundesrepublik Deutschland etwa 40 zugelassene öffentliche Spielbanken gibt (vgl. auch Kummer/Kummer aaO S. 74 ff., 84 ff.). Auch im regionalen Bereich hat das Berufungsgericht unter Berücksichtigung des Umstands, daß es unstreitig jedenfalls im Hainichen Umland weitere Spielbanken gibt, eine Monopolstellung der Beklagten nicht festzustellen vermocht. Das ist aus Rechtsgründen

nicht zu beanstanden. Die Kläger haben nicht dargetan, woraus sich ergeben könnte, daß sie in angemessener räumlicher Entfernung von ihrem Wohnort nicht spielen können. Ob die Zuordnung des Spielbankenrechts zum Bereich der öffentlichen Sicherheit und Ordnung es schon im Ansatz verbietet, einen Kontrahierungszwang aufgrund marktorientierter Erwägungen aus einer wirtschaftlichen Monopolstellung herzuleiten, braucht daher nicht erörtert zu werden.

Das Berufungsgericht hat auch im übrigen rechtsfehlerfrei verneint, daß die Teilnahme am Spielbankverkehr einem Abschlußzwang unterliegt. Es kann dahinstehen, ob ein Kontrahierungszwang nur bei lebensnotwendigen oder jedenfalls lebenswichtigen Leistungen in Betracht kommt oder bei jeder Bedarfsdeckung im Rahmen der normalen Lebensführung eines Durchschnittsmenschen (vgl. BGH Urteil vom 9. November 1989 aaO m.w.N.). Das Glücksspiel in einer Spielbank zählt nicht zu den Leistungen und Bedürfnissen, deren Gewährung und Befriedigung so schützenswert erscheinen, daß eine Einschränkung des Grundsatzes der Vertragsfreiheit geboten ist. Insoweit ist nicht das Interesse der Kläger als Spielinteressenten maßgebend. Es kommt vielmehr darauf an, ob es im wenn auch weitgefaßten Allgemeininteresse liegt, daß jedermann Zugang zum Glücksspiel hat. Davon kann nicht ausgegangen werden. Die gesetzliche Regelung des Spielbankverkehrs wird vom Grundsatz der Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung geprägt (vgl. BVerfGE 28, 119, 147 f.). Der Betrieb einer Spielbank bleibt als an sich unerwünschte Tätigkeit nach dem Gesetz betreffend die Schließung und Beschränkung der öffentlichen Spielbanken vom 1. Juli 1868 (BGBl. S. 367) generell verboten und wird nach dem Gesetz über die Zulas-

sung öffentlicher Spielbanken vom 14. Juli 1933 (RGBl. I S. 480), in Schleswig-Holstein in der Fassung des Gesetzes vom 23. März 1949 (GVOBl. S. 76), nur aus besonderen Gründen im Einzelfall zugelassen (vgl. auch §§ 284 ff. StGB). Das erlaubte Glücksspiel um Geld in einer Spielbank wird zwar nicht als verwerflich oder sittenwidrig angesehen (vgl. Staudinger/Engel BGB 12. Aufl. Vorbem. zu §§ 762-764 Rn. 4). Es liegt aber wegen der mit ihm verbundenen Gefahren nicht im allgemeinen Interesse und wird nur aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ausnahmsweise gestattet. Ein Kontrahierungszwang kann aus dieser gesetzlichen Ausgestaltung des Spielbankenrechts nicht abgeleitet werden. Insoweit unterscheidet sich das Glücksspiel grundsätzlich von der Inanspruchnahme kultureller Einrichtungen, insbesondere zur Bildung, Unterhaltung und Erholung oder sportlichen Betätigung, die wegen ihres ideellen Werts als wünschenswert erscheint.

Etwas anderes ergibt sich zugunsten der Kläger auch dann nicht, wenn man entsprechend ihrem Vortrag davon ausgeht, daß sie das Glücksspiel zu ihrem Beruf gemacht haben (vgl. insoweit auch Maunz/Dürig/Scholz GG Art. 12 Rn. 26), der ihnen - wie sie geltend machen - aufgrund des mit System betriebenen Spiels dauerhaft eine Lebensgrundlage bieten könne. In der Weigerung der Beklagten, die Kläger zum Spiel zuzulassen, kann auch unter Berücksichtigung des Art. 12 GG ein zum Abschlußzwang führendes sittenwidriges Verhalten (§§ 826, 249 Satz 1 BGB) nicht erblickt werden. Die staatliche Zulassung des Glücksspiels in der Spielbank der Beklagten ist nicht erfolgt, um für jedermann eine im Grundsatz erlaubte wirtschaftliche Betätigung zu eröffnen, sondern,

wie ausgeführt, um den Gefahren des illegalen Glücksspiels zu begegnen und den im Grund nicht zu verhindernden Spielbetrieb unter staatliche Kontrolle zu stellen. Dem Berufungsgericht ist darin zu folgen, daß der Staat und erst recht die privatwirtschaftlich handelnde Beklagte von Gesetzes oder Verfassungs wegen nicht verpflichtet sind, den Klägern die zu ihrer Spieltätigkeit erforderlichen sachlichen und persönlichen Mittel in Form einer Spielbank zur Verfügung zu stellen.

Aus der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 3. November 1993 (VIII ZR 106/93 = WM 1993, 2218, 2219, zur Veröffentlichung in BGHZ 124, 39 vorgesehen) kann die Revision nichts zu ihren Gunsten herleiten. Zwar bringt derjenige, der ein Geschäft für den allgemeinen Publikumsverkehr eröffnet, damit grundsätzlich zum Ausdruck, daß er an jeden Kunden Waren verkaufen oder Dienstleistungen erbringen will (BGH aaO). Mit dem dieser Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt ist der vorliegende Fall der Eröffnung einer Spielbank aber nicht vergleichbar. Die Beklagte macht in der durch Landesverordnung erlassenen Spielordnung die Teilnahme am Spiel von bestimmten Voraussetzungen abhängig und behält sich insbesondere das Recht vor, den Zutritt zu den Spielsälen jederzeit ohne Angabe von Gründen zu verweigern (§ 5 Abs. 6 SpielO). Dagegen sind, wie ausgeführt, rechtliche Bedenken nicht zu erheben. Schon durch diese Zugangsbeschränkung unterscheidet sich der vorliegende Sachverhalt von der Eröffnung eines Ladengeschäfts für den allgemeinen Publikumsverkehr. Im übrigen ist auch für den allgemeinen Geschäftsverkehr anerkannt, daß die generelle Erlaubnis zum Betreten der Geschäftsräume von bestimmten Bedingungen ab-

hängig gemacht und der Zutritt zum Geschäft im Einzelfall verwehrt werden kann (vgl. BGH aaO).

II.

Den erstmals im Berufungsrechtszug hilfsweise gestellten Antrag der Kläger auf Feststellung, daß das 1983 ausgesprochene Spielverbot unwirksam sei, hat das Berufungsgerecht wegen Fehlens eines Feststellungsinteresses zutreffend (schon) als unzulässig erachtet.

Soweit die Kläger damit die künftige Möglichkeit der Teilnahme am Spiel in der Spielbank der Beklagten erstreiten wollen, ist dieses Klageziel bereits in dem Hauptantrag auf Zulassung zum Spielbetrieb enthalten. Insoweit kommt dem Hilfsantrag eine darüber hinausgehende selbständige Bedeutung nicht zu.

Das 1983 von der Beklagten unter Entziehung der Jahreseintrittskarten ausgesprochene Spielverbot betrifft kein gegenwärtiges Rechtsverhältnis, das grundsätzlich Voraussetzung einer Feststellungsklage ist (vgl. Thomas/Putzo ZPO 18. Aufl. § 256 Rn. 8). Der Entzug der Jahreseintrittskarten hatte keine über deren Geltungszeitraum hinausreichende Wirkung. Die Kläger waren dadurch nicht für immer oder auf unbestimmte Zeit vom Spiel ausgeschlossen. Zwar kann auch eine Klage auf Feststellung eines Rechtsverhältnisses, das der Vergangenheit angehört, zulässig sein, wenn dieses Grundlage des verfolgten Anspruchs ist (vgl. BGHZ 27, 190, 196) oder

Folgewirkungen wenigstens mittelbar die Rechtsbeziehungen der Parteien beeinflussen (vgl. BGH Urteil vom 5. Juni 1981 - V ZR 80/80 = WM 1981, 1050 f.). So liegt es hier aber nicht. Die Kläger haben den Entzug ihrer Jahreskarten und den 1983 erfolgten Ausschluß vom Spielbetrieb hingenommen und ziehen hieraus für die zurückliegende Zeit auch keine Folgerungen. Ein Bezug besteht lediglich darin, daß die Beklagte 1991 den weiteren Ausschluß der Kläger vom Spielbetrieb wie damals ohne Angabe von Gründen erklärt hat und die Kläger dies beseitigen wollen. Das reicht für ein Feststellungsinteresse nicht aus. Soweit die Kläger mit dem Hilfsantrag letztlich die Entscheidung einer abstrakten Rechtsfrage begehren, nämlich ob § 5 Abs. 6 SpielO rechtmäßig ist, ist eine solche Klage unzulässig (vgl. Thomas/Putzo aaO Rn. 11).

Rinne

Engelhardt

Werp

Richter am Bundesgerichtshof
Schlick ist erkrankt und kann
daher nicht unterschreiben

Streck

Rinne