

026 15  
II ZR 173/56

Verkündet

am 10. April 1958

Pfauz, Justizange-  
stellter

als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Zimmermeisters Franz Xaver S. in A.,

Beklagten, Berufungs-  
und Revisionsklägers,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

gegen

die Karl S. GmbH., Fleischwaren- und Konservenfabrik in D., S. straße, vertreten durch ihren Geschäftsführer Karl S.

Klägerin, Berufungs-  
und Revisionsbeklagte,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt -

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 10. April 1958 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Nastelski und der Bundesrichter Dr. Fischer, Dr. Kuhn, Dr. Haager und Dr. Reinicke

für Recht erkannt:

Das Versäumnisurteil des Senats vom 2. Dezember 1957 wird aufrechterhalten.

Der Beklagte hat auch die weiteren Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Sache befindet sich im zweiten Revisionszuge. Wegen des Sachverhalts wird auf das Urteil des erkennen- den Senats vom 27.1.1955 - II ZR 306/53 - Bezug genom- men, durch das das am 3. Dezember 1955 verkündete Urteil des Oberlandesgerichts in München aufgehoben und die Sa- che zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen wurde. Die Klägerin hat ihre Firma geändert. Nach Beweisaufnahme hat das Beru- fungsgericht die Berufung des Beklagten erneut zurück- gewiesen. Mit der Revision hat er seinen Klagabweisungs- antrag weiter verfolgt. Das Rechtsmittel ist durch Ver- säumnisurteil vom 2. Dezember 1957 zurückgewiesen worden. Der Beklagte hat gegen dieses am 7. Dezember 1957 zugestell- te Urteil am 19. Dezember 1957 Einspruch eingelegt und beantragt, die Klage unter Aufhebung des Versäumnisur- teils abzuweisen. Die Klägerin hat demgegenüber um Auf- rechterhaltung des Versäumnisurteils gebeten.

Entscheidungsgründe:

1. Das Berufungsgericht stellt fest: Der erklärte Wille der an der Vereinbarung vom 30. November 1949 Be- teiligten sei dahin gegangen, die gesamte Wetttätigkeit des Beklagten der Kontrolle seiner Vertragspartner zu unterstellen, ganz gleich, ob er mit alleinigem Risiko wettete oder mit einem Dritten eine beliebige Partner- schaft einging, zu welchem Zeitpunkt der Beklagte sich vor Ablauf des Wettbewerbs an der Wette beteiligte und ob die Einsätze bei einer Verbindung der Gewinnchancen des Beklagten mit denen eines Dritten verrechnet wurden oder nicht. Die Zedenten der Klägerin hätten nicht ge-

wünscht, daß der Beklagte mit anderen Partnern die gleichen Wetten nochmals anlege und dadurch ihre Gewinnchancen verwässere oder mit einem anderen die Tips der Gemeinschaftswette erweitere und so seine Gewinnchancen ohne Beteiligung seiner Vertragspartner verlängere. Der Beklagte habe gehalten sein sollen, den Zedenten der Klägerin jede anderweitige Wette zur Beteiligung anzubieten. Dies sei sowohl vor der schriftlichen Abfassung des Vertrages wie auch noch vor der Unterschriftsleistung besprochen worden.

Zu diesen Feststellungen setzt sich die Revision in Widerspruch, wenn sie geltend macht, eine Einigung liege gar nicht vor, da der Beklagte die Vereinbarung vom 30. November 1949 dahin verstanden habe, daß er jede Wette, die nach einem anderen System zustande komme, ja sogar jede Wette, die nach dem System S [REDACTED] unter Zugrundelegung einer anderen Tipaufstellung erfolge, allein, oder mit einem anderen spielen könne, ohne die Zedenten der Klägerin beteiligen oder mit ihnen den Gewinn teilen oder ihnen mindestens 5 000 DM zahlen zu müssen. Außerdem hat das Berufungsgericht festgestellt, daß der Beklagte entgegen seiner Behauptung den Inhalt der Vereinbarung vom 30. November 1949 vor deren Abschluß nicht in der von ihm behaupteten Weise klargestellt habe. Demzufolge kommt es entgegen der Ansicht der Revision weder auf die Beweislast noch auf die Unklarheitenregel an.

2. Das Berufungsgericht wertet die Erklärungen der Zedenten der Klägerin vom 13. Dezember 1949 und 25. Mai 1950 (Bl. 30 d.A.) sowie ihr Einverständnis zum Abschluß der sogen. Liberalitätswette nicht als einen Verzicht.



Entgegen der Ansicht der Revision ist das nicht deshalb denkgesetzlich ausgeschlossen, weil die Zedenten der Klägerin wußten, daß ihnen infolge der Beteiligung des Beklagten an den Wetten W[REDACTED]'s ein Anspruch zustand. Wie das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit dem ersten Berufungsurteil angenommen hat, enthielt die Erklärung vom 25. Mai 1950 bloß die Feststellung, daß die Verträge vom 30. November und 8. Dezember 1949 für die Zukunft hinfällig und außer Kraft gesetzt seien, und die Erklärung vom 13. Dezember 1949 nur eine Erklärung über die Ordnungsmäßigkeit der Abrechnung der kleineren Gewinne und keinen darüber hinausgehenden Verzicht. Daß der Beklagte und Wittmer die Zedenten der Klägerin in deren Einverständnis beim 25. Wettbewerb des Bayerischen Fußballtotos 1949/50 ohne Einsatz zur Hälfte beteiligt haben - das ist die von ihnen als Liberalitätswette bezeichnete Wette -, gab den Zedenten der Klägerin nur eine Chance, gegen die sie den ihnen bereits erwachsenen Anspruch von nahezu 42 000 DM nicht eingetauscht haben werden. Diese Überlegung ist nicht, wie die Revision meint, denkgesetzlich unmöglich, sondern drängt sich einem geradezu auf, wenn die Zedenten der Klägerin ihre Abmachungen mit dem Beklagten von vornherein in dem vom Berufungsgericht festgestellten Sinn aufgefaßt haben und bei Erteilung ihres Einverständnisses zur sogen. Liberalitätswette die Beteiligung des Beklagten an den Wetten W[REDACTED]'s kannten.

3. Der Beklagte hat im Vorprozeß selbst vorgetragen (Bl. 9 d.A. 4 O 443/50 LG München II), er und W[REDACTED] hätten am 14. oder 15. Dezember 1949 gegenüber den Zedenten der Klägerin zunächst behauptet, W[REDACTED] habe auf Grund eigener Tipaufstellung, alleiniger Kostentragung und mit alleinigem Risiko ohne Beteiligung des Beklagten getipt,

dabei 170 600 DM gewonnen und den Beklagten von sich aus, ohne hierzu vertraglich verpflichtet zu sein, nach Erzielung des Gewinns zur Hälfte beteiligt. Das Berufungsgericht hat diese Einlassung zur Widerlegung der vom Beklagten erst im zweiten Berufungsverfahren aufgestellten Behauptung mit verwendet, der Zedent Wü[REDACTED] habe sich am 10. Dezember 1949 gegenüber W[REDACTED] damit einverstanden erklärt, daß sich der Beklagte an den Wetten W[REDACTED]'s beteilige.

Die Revision macht dem Berufungsgericht zum Vorwurf, daß es die zuvor wiedergegebene Einlassung des Beklagten verwertet habe, ohne die im vorliegenden Rechtsstreit angeordneten Beweise erhoben zu haben.

a) Mathias Kern sollte nach dem Beweisantritt des Schriftsatzes vom 5. März 1953 (Bl. 52 d.A.) darüber gehört werden, die Zedenten der Klägerin am 12. oder 13. Dezember 1949 darüber unterrichtet zu haben, daß W[REDACTED] Gewinne von 170 bis 180 000 DM zugefallen seien und dem Beklagten davon laut Gewinnvertrag die Hälfte zustehe. Dieser Beweisantritt ist unerheblich, da die Zedenten der Klägerin durch eine derartige Unterrichtung nicht darüber aufgeklärt waren, daß eine Wettbeteiligung vorlag, die gegen die getroffene Vereinbarung verstieß.

b) Der Beklagte hat im Schriftsatz vom 27. Januar 1953 in das Wissen von Franz R[REDACTED] und Anton H[REDACTED] gestellt, daß er und W[REDACTED] in einer Gastwirtschaft erzählt hätten, die Zedenten der Klägerin davon verständigt zu haben, daß der Beklagte an dem Gewinn W[REDACTED]'s hälftig beteiligt sei. Wenn damit, wie die Revision unter Berufung auf § 139 ZPO geltend macht, unter Beweis ge-

1

stellt sein sollte, daß die Erzählung die Mitteilung des tatsächlich zwischen dem Beklagten und W[REDACTED] abgeschlossenen Beteiligungsvertrages und nicht bloß die nach dem eigenen Sachvortrag des Beklagten begangene Vortäuschung einer erst nach Gewinnanfall freiwillig vorgenommenen Gewinnbeteiligung betraf, brauchte diesen Beweisantritten nicht nachgegangen zu werden, da sie angesichts der festgestellten Unglaubwürdigkeit W[REDACTED]'s und der wechselnden Angaben des Beklagten nicht dazu ausreichen, um die Einlassung des Beklagten im Vorprozeß zu widerlegen.

4. Das Berufungsgericht hat sich unter sorgfältiger Abwägung aller Umstände nicht für überzeugt erachtet, daß die eidesstattliche Versicherung W[REDACTED]'s, seine Abmachung mit dem Beklagten betreffe eine die Zedenten der Klägerin angehende Zusatzwette, falsch sei, obwohl Huber dafür 10 000 DM für den Fall eines ihm günstigen Prozeßausganges geboten habe. Denn, so meint das Berufungsgericht, es sei nicht auszuschließen, daß H[REDACTED] angesichts der zwiespältigen Rolle und der Persönlichkeit W[REDACTED]'s sowie dessen verwandtschaftlichen Verhältnisses zum Beklagten nur nach Erhalt einer eidesstattlichen Versicherung eine Klage habe riskieren wollen und daß W[REDACTED] seine eidesstattliche Versicherung widerrufen habe, weil ihn der Beklagte unter Druck gesetzt habe, die ganze Verwandtschaft gegen ihn aufgebracht gewesen sei und er zu Hause "keine gute Stunde" mehr gehabt habe.

Die Revision meint demgegenüber, das Berufungsgericht habe zu dieser Beurteilung nicht kommen dürfen, ohne Marianne S[REDACTED] über die in ihr Zeugnis gestellte Behauptung zu vernehmen, W[REDACTED] habe geäußert, die eidesstattliche Versicherung aus Rache gegenüber dem Beklagten

abgegeben zu haben. Denn, auch wenn man eine solche Äußerung unterstellt, kann die Revision keinen Erfolg haben, da das Berufungsgericht ausdrücklich festgestellt hat, daß Äußerungen W[REDACTED]'s nicht für bare Münze genommen werden könnten, und darum davon auszugehen ist, daß das Berufungsgericht die eidesstattliche Versicherung nicht anders als geschehen beurteilt hätte, wenn W[REDACTED] seine eidesstattliche Versicherung als einen Racheakt bezeichnet haben sollte.

5. Auch sonst ist kein Rechtsverstoß erkennbar.

Die Revision war daher unbegründet. Demzufolge war das Versäumnisurteil gemäß § 343 ZPO aufrechtzuerhalten. Die weiteren Kosten des Revisionsverfahrens waren dem Beklagten aufzuerlegen (§ 97 ZPO).

Dr. Nastelski Dr. Fischer Dr. Kuhn Dr. Haager Dr. Reinicke