

Verkündet am
9. Juli 1952
Hirth, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle.

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

I n d e m R e c h t s s t r e i t

des Zimmermeisters Franz Xaver S. [REDACTED] in A. [REDACTED]
[REDACTED]

Beklagten, Berufungs- und Revisionsklägers,
- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

die Hans W. [REDACTED] GmbH in D. [REDACTED], S. [REDACTED] Strasse,

Klägerin, Berufungs- und Revisionsbeklagte,
- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]
Dr. [REDACTED] -

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 5. Juli 1952 unter Mitwir-
kung der Bundesrichter Dr. Drost, Dr. Haidinger,
Dr. Kuhn, Artl und Dr. Meyer

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das am 13. Okto-
ber 1951 an Verkündungs Statt zugestellte Urteil
des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in München
wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Am 30. November 1949 schlossen die Kaufleute H. [REDACTED] und W. [REDACTED], die Gesellschafter der Klägerin sind, mit dem Beklagten einen Vertrag, durch den ein erfolgsversprechendes System des Beklagten für Wetten beim Bayerischen Fussballtoto ausgenutzt werden sollte. Der Vertrag hat unter anderem folgenden Wortlaut:

"Nachdem Herr W. [REDACTED] und Herr H. [REDACTED] das Risiko eingehen und erstmals einen grossen Betrag zur Erprobung des Systems zur Verfügung stellen, sind diese Herren für dauernd berechtigt, auf der gleichen Basis, wie in diesem Vertrage niedergelegt, auch in Zukunft sich in gleicher Weise wöchentlich an den Wetten zu beteiligen. Sollte Herr S. [REDACTED] auf seinen Namen oder den Namen einer dritten Person selbständig Wetten abschliessen, ohne die Herren W. [REDACTED] und H. [REDACTED] zur Beteiligung aufgefordert zu haben, oder sollte er sein System anderen Personen zugänglich machen, so haben die Herren W. [REDACTED] und H. [REDACTED] für jeden Fall der Zuwiderhandlung einen Anspruch auf die Hälfte des jeweils erzielten Gewinnes, mindestens aber von 5.000 DM für jeden Fall."

H. [REDACTED] und W. [REDACTED] stellten zum 17. Wettbewerb des Bayerischen Fussballtotos am 3./4. Dezember 1949 4.500 DM und zum 18. Wettbewerb 4.505,70 DM zur Verfügung. Beim ersten Mal sollten 2.500 DM, beim zweiten Mal 1.500 DM als Darlehen des Beklagten gelten. Ein etwaiger Gewinn sollte beim 17. Wettbewerb zwischen den Geldgebern und dem Beklagten hälftig geteilt, ein Gewinn beim 18. Wettbewerb dagegen gedrittelt werden.

- 3 -

Der Beklagte nahm die Ausfüllung der Wettscheine beide Wetten gemeinsam mit Matthias Wi [REDACTED] vor, der auf diese Weise das System kennenlernte. Zum 18. Wettbewerb stellte Wi [REDACTED] ausserdem noch Wettscheine zum Einsatzbetrage von 2.610 DM auf seinen Namen aus, wobei er bei einigen Tips von der Spielaufstellung für die Gemeinschaftswetten H [REDACTED] / W [REDACTED] / Beklagter abwich. Auf 197 seiner Tipreihen entfielen Gewinne von insgesamt 170.670,50 DM. Hiervon erhielt der Beklagte von Wi [REDACTED] die Hälfte des sich nach Abzug der Kosten ergebenden Betrages.

H [REDACTED] und W [REDACTED] sind der Ansicht, dass ihnen die Hälfte davon (41.997,50 DM) auf Grund des Vertrages vom 30. November 1949 zustünde. Sie haben den Anspruch hierauf der Klägerin abgetreten. Diese hat den Anspruch gegen ein vom Beklagten erhaltenes, zur Rückzahlung aufgekündigtes Darlehen von 30.000 DM aufgerechnet und verlangt den danach verbleibenden Betrag von 11.997,50 DM.

Die Parteien streiten hauptsächlich über Inhalt und Tragweite des Vertrages vom 30. November 1949 und der vom Beklagten mit Wi [REDACTED] getroffenen Vereinbarung.

Das Landgericht hat den Beklagten verurteilt. Seine Berufung hatte keinen Erfolg. Mit der Revision verfolgt er den Klageabweisungsantrag weiter, während die Klägerin um Zurückweisung der Revision bittet.



Entscheidungsgründe:

Die Revision konnte keinen Erfolg haben.

I. Das Berufungsurteil ist dem Antrag beider Parteien entsprechend als schriftliche Entscheidung erlassen worden. Die Revision hält dieses Verfahren für unrechtmässig, weil 1.) im Termin vom 4. Juli 1951 durch Stellung der Anträge bereits mündlich verhandelt worden sei und ohne weiteres eine Entscheidung hätte ergehen können, 2.) dieser Termin vor anderen Richtern stattgefunden habe als denen, die die schriftliche Entscheidung füllten und 3.) das Einverständnis des Beklagten unwirksam sei, da sein Vorbehalt, auf die Berufsbeantwortung binnen 4 Wochen nach ihrem Eingang zu erwidern, keine Rücksicht darauf genommen habe, ob der notwendige Tatsachenstoff innerhalb dieser Frist habe vorgebracht werden können, und darum einen unzulässigen generellen Verzicht auf mündliche Verhandlung enthalte. Diese Angriffe sind unberechtigt.

1.) Es ist unrichtig, dass bereits im Termin vom 4. Juli 1951 Urteil hätte ergehen können. Die Berufung war schriftsätzlich noch nicht beantwortet und beide Parteien wünschten, sich noch zu erklären. Dem dienten die beiderseits gemachten Vorbehalte, sich in bestimmter Frist zu äussern. Die Annahme der Revision, die Sache sei bereits im Termin voll verhandelt gewesen, trifft nicht zu; die Parteivertreter haben die Anträge gerade nicht verlesen, sondern sich darauf beschränkt, schrift-

liche Entscheidung zu beantragen; im übrigen steht diese Ausführung der Revision im Widerspruch zu ihrer Annahme, dass 4 Wochen für eine sachentsprechende Erwiderung der Berufungsbeantwortung nicht ausgereicht haben könnten.

Die Sache eignet sich nicht für das Bestreben der Revision, der Handhabung beim Berufungsgericht, das mündliche Verfahren nahezu regelmässig durch das schriftliche zu ersetzen, entgegenzuwirken. Da es den Parteivertretern freisteht, ob sie der gerichtlichen Anregung, sich mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung einverstanden zu erklären, entsprechen wollen oder nicht, kann, wenn sie dieses Einverständnis erklärt haben, nicht geltend gemacht werden, das wäre besser unterblieben, weil die Sachentscheidung mehr durch mündliche Verhandlung hätte gefördert werden können und der mit dem Übergang zum schriftlichen Verfahren erstrebte Beschleunigungszweck nicht einmal erreicht worden sei.

2.) Das Reichsgericht (Bd 132, 336) hat den Standpunkt vertreten, dass im Falle des § 251 a ZPO ein Richterwechsel dann nicht unzulässig ist, wenn sich der Inhalt der früheren Verhandlung entweder aus den Schriftsätzen der Parteien erkennen lässt oder die Verhandlungsniederschrift ein Bild des damaligen Streitstandes gibt. Sind die Parteien in oder nach mündlicher Verhandlung damit einverstanden, dass das Gericht eine Entscheidung ohne (weitere) mündliche Verhandlung trifft (§ 128 Abs 2 ZPO), so ist ein Richterwechsel gleichfalls unschädlich. Da das Urteil

solchenfalls nicht auf Grund mündlicher Verhandlung ergeht, ist § 309 ZPO unanwendbar.

3.) Eine Entscheidung ohne mündliche Verhandlung kann unter dem Vorbehalt beantragt werden, dass innerhalb bestimmter Fristen beiderseits noch Schriftsätze eingereicht werden dürfen. Das hat das Reichsgericht (Bd 151, 195) unter Zustimmung nahezu der gesamten Literatur ausgesprochen. Es besteht kein Anlass, hiervon abzugehen.

Die Revision kann auch nicht damit durchdringen, dass die Einverständniserklärung ohne Rücksicht auf Umfang und Bedeutung des noch vorzutragenden Stoffes abgegeben worden sei. In der Hand des Prozessbevollmächtigten des Beklagten lag nicht nur, ob er sich überhaupt auf den Übergang vom mündlichen zum schriftlichen Verfahren einlassen, sondern auch, wann er den schriftsätzlichen Vortrag als abgeschlossen angesehen wissen wollte. Bemass der Prozessbevollmächtigte des Beklagten die zu schriftsätzlichem Vortrag benötigte Frist zu kurz, so mag gegen ihn ein Vorwurf berechtigt sein; das gerichtliche Verfahren hielt sich im Rahmen des zulässigen und nach freiem Ermessen erklärten Einverständnisses und war darum nicht unzulässig. Im übrigen hat sich der Beklagte in einem 21 Seiten langen Schriftsatz auf die Berufungsbeantwortung geäußert und 10 Blatt Anlagen beigelegt, und die Revision hat nicht geltend gemacht, dass die vorbehaltene Erklärungsfrist zum vollständigen Tatsachenvortrag nicht ausgereicht habe.

liche Entscheidung zu beantragen; im übrigen steht diese Ausführung der Revision im Widerspruch zu ihrer Annahme, dass 4 Wochen für eine sachentsprechende Erwiderung der Berufungsbeantwortung nicht ausgereicht haben könnten.

Die Sache eignet sich nicht für das Bestreben der Revision, der Handhabung beim Berufungsgericht, das mündliche Verfahren nahezu regelmässig durch das schriftliche zu ersetzen, entgegenzuwirken. Da es den Parteivertretern freisteht, ob sie der gerichtlichen Anregung, sich mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung einverstanden zu erklären, entsprechen wollen oder nicht, kann, wenn sie dieses Einverständnis erklärt haben, nicht geltend gemacht werden, das wäre besser unterblieben, weil die Sachentscheidung mehr durch mündliche Verhandlung hätte gefördert werden können und der mit dem Übergang zum schriftlichen Verfahren erstrebte Beschleunigungszweck nicht einmal erreicht worden sei.

2.) Das Reichsgericht (Bd 132, 336) hat den Standpunkt vertreten, dass im Falle des § 251 a ZPO ein Richterwechsel dann nicht unzulässig ist, wenn sich der Inhalt der früheren Verhandlung entweder aus den Schriftsätzen der Parteien erkennen lässt oder die Verhandlungsniederschrift ein Bild des damaligen Streitstandes gibt. Sind die Parteien in oder nach mündlicher Verhandlung damit einverstanden, dass das Gericht eine Entscheidung ohne (weitere) mündliche Verhandlung trifft (§ 128 Abs 2 ZPO), so ist ein Richterwechsel gleichfalls unschädlich. Da das Urteil

solchenfalls nicht auf Grund mündlicher Verhandlung ergeht, ist § 309 ZPO unanwendbar.

3.) Eine Entscheidung ohne mündliche Verhandlung kann unter dem Vorbehalt beantragt werden, dass innerhalb bestimmter Fristen beiderseits noch Schriftsätze eingereicht werden dürfen. Das hat das Reichsgericht (Bd 151, 195) unter Zustimmung nahezu der gesamten Literatur ausgesprochen. Es besteht kein Anlass, hiervon abzugehen.

Die Revision kann auch nicht damit durchdringen, dass die Einverständniserklärung ohne Rücksicht auf Umfang und Bedeutung des noch vorzutragenden Stoffes abgegeben worden sei. In der Hand des Prozessbevollmächtigten des Beklagten lag nicht nur, ob er sich überhaupt auf den Übergang vom mündlichen zum schriftlichen Verfahren einlassen, sondern auch, wann er den schriftsätzlichen Vortrag als abgeschlossen angesehen wissen wollte. Bemass der Prozessbevollmächtigte des Beklagten die zu schriftsätzlichem Vortrag benötigte Frist zu kurz, so mag gegen ihn ein Vorwurf berechtigt sein; das gerichtliche Verfahren hielt sich im Rahmen des zulässigen und nach freiem Ermessen erklärten Einverständnisses und war darum nicht unzulässig. Im übrigen hat sich der Beklagte in einem 21 Seiten langen Schriftsatz auf die Berufungsbeantwortung geäußert und 10 Blatt Anlagen beigelegt, und die Revision hat nicht geltend gemacht, dass die vorbehaltene Erklärungsfrist zum vollständigen Tatsachenvortrag nicht ausgereicht habe.

II. Die Revision meint, es liege eine Klageänderung darin, dass die Klägerin zunächst vorgetragen habe, der Beklagte habe eine Wette auf den Namen Wi. abgeschlossen, und dann, der Beklagte habe sich an Wetten Wi. beteiligt; da der Beklagte auf die letztere Behauptung nicht eingegangen sei, habe er der Klageänderung widersprochen; jedenfalls hätte er ihr widersprochen, wenn er hierüber nach § 139 ZPO befragt worden wäre. Mit Recht nimmt jedoch das Berufungsgericht an, dass es sich nur um eine Berichtigung von Anführungen handelt, die nach § 268 Ziff 1 ZPO nicht als Klageänderung anzusehen ist.

III. Der Revision ist zuzugeben, dass zum Begriff des Wettens eine irgendwie geartete Wetttätigkeit gehört und dass es daran fehlt, wenn sich jemand nach Wettschluss an der von einem anderen vorgenommenen Wette lediglich beteiligt. Nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit kann aber auch etwas anderes vereinbart werden. Das verkennt auch die Revision nicht; sie richtet ihre Angriffe daher einmal dagegen, dass das Berufungsgericht die Vereinbarung vom 30. November 1949 überhaupt ausgelegt hat, und zum anderen dagegen, dass das Berufungsurteil angenommen hat, dass unter das Verbot, "selbständig Wetten abzuschliessen", jede gleichviel wie geartete und gleichviel wann vollzogene Beteiligung an der Wette eines anderen zu verstehen sei.

Ein Verstoß gegen § 133 BGB ist dem Berufungsgericht nicht unterlaufen. Die Wortfassung der Abrede vom 30. November 1949 ist nicht zweifelsfrei, wie

allein der Streit der Parteien zeigt. Möglich und mit der Wortfassung vereinbar sind beide Parteivorträge. Es war daher die Aufgabe des Tatsachenrichters, festzustellen, was der Sinn des Vereinbarten ist.

Die Revision hat nicht recht, dass die Zedenten der Klägerin kein Interesse daran gehabt haben könnten, dem Beklagten zu verbieten, sich an einem bereits vollzogenen Wettabschluss eines anderen nach Wettschluss zu beteiligen. Richtig ist daran zwar, dass die Zedenten der Klägerin nicht verhindern konnten, dass jener andere überhaupt mitspielte und mit seinen abweichenden Tips die Gewinnchancen der Zedenten der Klägerin überhaupt nicht beeinträchtigte und sich mit seinen übereinstimmenden Tips lediglich eine Gewinnmöglichkeit wie jeder andere Spieler gleicher Tipreihen verschaffte. Sie waren aber daran interessiert, dass niemand das Wettsystem des Beklagten erfuhr und es seinerseits benutzte, und dass ihnen die Gelegenheit zur Beteiligung geboten wurde, wenn auch nur die Gefahr einer Ausnutzung entstand. Diese Gefahr eröffnete sich aber, wenn sich der Beklagte an fremder Wette beteiligte, da damit der Verdacht erweckt wurde, dass diese Wette unter Benutzung des Systems des Beklagten zustande gekommen sei; das Berufungsgericht weist mit Recht darauf hin, dass die Zedenten der Klägerin bei den in die Millionen gehenden Tipseintragungen der Nachprüfung, ob eine fremde Wette, die der Beklagte der Beteiligung für wert hielt, unter Benutzung des Systems des Beklagten zustande gekommen sei oder nicht, enthoben sein

sollten und dass dies der Grund dafür war, warum ihnen der Beklagte entweder Gelegenheit zur eigenen Beteiligung geben oder die Hälfte eines ihm anfallenden Gewinnes, mindestens aber 5.000 DM, zahlen sollte.

Der Revision kann auch nicht zugegeben werden, dass dem Berufungsgericht ein Denkfehler unterlaufen sei oder dass es wesentlichen Auslegungstoff unberücksichtigt gelassen habe. Die Revision bewegt sich mit diesen Ausführungen auf dem ihr nicht zugänglichen tatsächlichen Gebiet.

IV. Entgegen der Ansicht der Revision verstösst die Abrede vom 30. November 1949 weder gegen § 138 BGB noch gegen § 306 BGB. Von einem dem Tatbestand der Knebelung auch nur annähernd ähnlichen Sachverhalt kann keine Rede sein. Der Vertrag ist auch nicht deshalb auf eine Unmöglichkeit gerichtet, weil er die Ausbeutung eines Systems von Wettabschlüssen zum Gegenstand hat und es bei der Unzahl der Möglichkeiten kein System zu ihrer Ausbeutung gebe. Nach der Vereinbarung vom 30. November 1949 wollte der Beklagte im Besitze eines Wett-systems sein, das grosse Gewinnaussichten biete; mehr als die Ausnützung der vom Beklagten errechneten erhöhten Gewinnchancen war nicht Inhalt des Vertrages.

V. Das Berufungsgericht hält die Behauptung des Beklagten, er habe sich an den Wetten Wi [REDACTED] gar nicht beteiligt, für widerlegt. Es stellt weiter fest, dass Wi [REDACTED] die Hälfte seines Gewinns nicht freiwillig an den Beklagten abgeführt habe; sondern hierzu vertraglich

verpflichtet gewesen sei. Diese Erwägungen liegen auf tatsächlichem Gebiet, werden von der Revision nicht angegriffen und lassen zudem einen Rechtsfehler nicht erkennen.

VI. Das Berufungsgericht entnimmt dem, wie sich H. und W. nach Gewinnanfall verhalten haben, nicht, dass sie auf ihre Rechte aus der Vereinbarung vom 30. November 1949 verzichtet hätten. Es stellt fest, dass die beiden Geldgeber erst durch den vorliegenden Rechtsstreit Klarheit darüber erlangt hätten, dass der Beklagte zu W. in einem Beteiligungsverhältnis gestanden und Anspruch auf die Hälfte der W. angefallenen Gewinne gehabt habe. Auch insoweit ist dem Berufungsurteil ein Rechtsfehler nicht unterlaufen.

Der Beklagte ist daher zu Recht verurteilt worden.
Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Dr. Drost Dr. Haidinger Dr. Kuhn Artl Dr.K.E.Meyer