

Verkündet am 30. Mai 1963
Woitscheck, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2188 044

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

In dem Rechtsstreit

der Frau Anneliese W. [REDACTED] geb. M. [REDACTED], I. [REDACTED],
L. [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Frau Friedel S. [REDACTED] geb. W. [REDACTED], F. [REDACTED],
H. [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 30. Mai 1963 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel, Dr. Heilmann-Trosien, Hubert Meyer und Dr. Vogt

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frankfurt am Main vom 28. November 1961 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Ehemann der Klägerin und die Beklagte, vertreten durch ihren Ehemann Rolf S. [REDACTED], schlossen am 11. August 1958 einen Vertrag, der den Betrieb eines Spielkasinos in C. [REDACTED] zum Gegenstand hatte.

Die Beklagte garantierte darin dem Ehemann der Klägerin die ungestörte Ausübung des "Delphi-Geschicklichkeitsspiels" für mindestens 6 Monate. Hierfür sowie für die Mitwirkung des Herrn S. [REDACTED] bei der Erlangung der Konzession hatte der Ehemann der Klägerin an die Beklagte 20.000 DM zu zahlen. Außerdem war monatlich ein Betrag von 7.000 DM an die Beklagte abzuführen, wenn die behördlichen Abgaben nicht 30 % der Einnahmen überstiegen. Sollte der Spielbetrieb auf Grund behördlicher Anordnung vor Ablauf der Garantiezeit von 6 Monaten eingestellt werden, so sollte die Beklagte für jeden fehlenden Monat 1/6 der 20.000 DM zurückzahlen.

Die erforderlichen 20.000 DM hat die Kaufmanns-ehefrau Mia G. [REDACTED] in M. [REDACTED] dem Ehemann der Klägerin "darlehensweise" gegen Gewinnbeteiligung zur Verfügung gestellt und unmittelbar an die Beklagte gezahlt.

Mit Schreiben vom 12. September 1958 hat das Ordnungsamt der Stadt C. [REDACTED] den Betrieb des "Delphi"-Spiels untersagt. Trotzdem eröffnete der Ehemann der Klägerin am 13. September 1958 in C. [REDACTED] das Spielkasino. Es wurde einen Monat lang ohne Genehmigung betrieben und am 13. Oktober 1958 auf behördliche Anordnung geschlossen.

- 3 -

Die Klägerin, der ihr Ehemann seine Ansprüche aus dem Vertrag vom 11. August 1958 abgetreten hat, verlangte von der Beklagten die Rückzahlung der vergüteten 20.000 DM. Hiergegen hat die Beklagte schon vor Klageerhebung mit einer Forderung von 7.000 DM (vertraglicher Anteil an den Einnahmen des ersten Spielmonats) aufgerechnet.

Mit der Klage begehrte die Klägerin die Zahlung eines Teilbetrags von 7.000 DM nebst 6 % Zinsen seit dem 25. November 1958.

Die Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt. Dazu hat sie vorgetragen, daß sie im Spätherbst 1958 im Einverständnis mit dem Ehemann der Klägerin 10.000 DM zur Tilgung seiner "Darlehensschuld" an Frau Grammerstorf zurückgezahlt habe. Mit der sich hieraus ergebenden Gegenforderung rechne sie auf.

Das Landgericht hat durch Urteil vom 3. März 1960 die Beklagte zur Zahlung von 7.000 DM nebst Zinsen verurteilt und die Entscheidung über den zur Aufrechnung gestellten Gegenanspruch vorbehalten. Im Nachverfahren hat es die Klage abgewiesen, da die Gegenforderung von 10.000 DM begründet sei.

Gegen dieses Urteil hat die Klägerin Berufung eingelegt. Sie hat vorgetragen, daß sie die an die Beklagte gezahlten 20.000 DM voll zurückverlangen könne. Da die von der Beklagten garantierte Konzession nicht erteilt worden sei, könne diese weder von den zurückzuzahlenden 20.000 DM 1/6 einbehalten noch die Zahlung von 7.000 DM beanspruchen. Auch die Gegenforderung von 10.000 DM werde bestritten. Hilfsweise werde für den Fall, daß die Beklagte mit ihrer Aufrechnung in Höhe von 10.000 DM



Erfolg habe, der Klageantrag auf den bisher nicht geltend gemachten Teil des Gesamtanspruchs gestützt.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihren Anspruch auf Zahlung von 7.000 DM weiter. Die Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

1) Das Berufungsgericht hält den von der Beklagten zur Aufrechnung gestellten Gegenanspruch von 10.000 DM für begründet und sieht deshalb die von der Klägerin ursprünglich allein eingeklagte Teilforderung von 7.000 DM als erloschen an.

Diese Entscheidung wird mit der Revision nicht angefochten.

Die Klägerin hatte jedoch für diesen Fall in ihrer Berufungsbegründung vom 8. April 1961 S. 9 ihren Klageantrag hilfsweise auf den bisher nicht geltend gemachten

Teil ihrer Forderung erstreckt. Darin sieht das Berufungsgericht zutreffend eine nach § 268 Ziff. 2 ZPO zulässige Klageerweiterung (RGRK BGB Anm. 9 Abs. 2 vor § 387).

Es ist jedoch der Auffassung, daß auch dann die Klage unbegründet sei, da die Klägerin mit Rücksicht darauf, daß das Spielkasino einen Monat lang betrieben worden sei, nach dem Vertrag vom 11. August 1958 nur 5/6 der an die Beklagte bezahlten 20.000 DM, also 16.666,66 DM zurückverlangen könne und die Beklagte

schon vor Klageerhebung mit ihrem Anspruch von 7.000 DM wirksam aufgerechnet habe. Die Restforderung von 9.666,66 DM sei durch die Aufrechnung mit der Gegenforderung von 10.000 DM erloschen.

2) Die hiergegen gerichteten Revisionsangriffe der Klägerin sind begründet:

a) Die Rechtskraft des Vorbehaltsurteils vom 3. März 1960 steht einer sachlichen Nachprüfung der Rügen der Klägerin nicht entgegen.

Das Landgericht hat in den Gründen dieses Urteils zwar ausgeführt, daß der Klägerin nur ein Anspruch in Höhe von 16.666,66 DM zustehe und daß die Beklagte schon vor Klageerhebung mit ihrem Anspruch in Höhe von 7.000 DM wirksam aufgerechnet habe. Diese Rechtsauffassung des Landgerichts ist aber nicht in Rechtskraft erwachsen und bindet deshalb auch nicht das Revisionsgericht gem. § 318 ZPO. Die Klägerin hatte vor dem Landgericht nur einen Teilanspruch von 7.000 DM geltend gemacht; gegen diesen Anspruch hatte die Beklagte im Prozeß mit ihrer Gegenforderung von 10.000 DM aufgerechnet. Nur hierüber hatte das Landgericht zu entscheiden.

b) In der Sache selbst geht das Berufungsgericht offensichtlich davon aus, daß der zwischen dem Ehemann der Klägerin und S. [REDACTED] als Bevollmächtigtem seiner Ehefrau abgeschlossene Vertrag vom 11. August 1958 wirksam ist.

Das begegnet erheblichen Zweifeln.

Nach § 33 d GewO in der damals gültigen Fassung bedurfte der gewerbliche Betrieb eines solchen Spiels, sofern es sich nur um ein Geschicklichkeitsspiel handelte,

der Erlaubnis der zuständigen Behörde. Diese durfte nach § 1 der DVO zu § 33 d GewO in der Fassung vom 27. April 1954 (BGBl I 112) und vom 12. Dezember 1955 (BGBl I 75) nur erteilt werden, wenn u.a. seine Bauart von der Physikalisch-Technischen Bundesanstalt zugelassen und der Antragsteller im Besitz des nach § 7 DVO erforderlichen Zulassungszeichens und eines Abdrucks des Zulassungsscheins war. Diese Bestimmungen, mit denen die jetzt geltende Fassung des § 33 d GewO (Gesetz vom 5. Februar 1960, BGBl I 61) im wesentlichen übereinstimmt, waren den Beteiligten — offenbar bekannt, wie aus ihrem Vertrag vom 11. August 1958 hervorgeht.

Der Vertrag scheint aber der gesetzlichen Regelung zu widersprechen. Die Fassung seines Vorworts legt es nämlich trotz ihrer Unklarheit nahe, den Vertrag dahin auszulegen, daß der Ehemann der Klägerin zwar ein Konzessionsgesuch einreichen, den Spielbetrieb aber, ohne die Entscheidung über das Gesuch abzuwarten, sofort eröffnen, und daß S. auf Grund seiner angeblichen guten Beziehungen zu den zuständigen Behörden es erreichen sollte, daß diese den ungenehmigten Betrieb für eine gewisse Zeit stillschweigend duldeten.

Der Verdacht liegt sogar nahe, daß es sich bei dem Gerät um ein Glücksspiel handelte, bei dem eine Genehmigung nicht zu erwarten war (§ 284 StGB). Dafür spricht, daß eine Zulassung durch die Bundesanstalt niemals beigebracht worden ist. Die Annahme liegt daher nicht fern, daß die Beteiligten dies von vornherein wußten oder zumindest diese Möglichkeit in Kauf nahmen und daß sie deshalb mit einer Zulassung und einer späteren Genehmigung des Betriebs ernstlich überhaupt nicht rechneten, sondern ledig-

lich hofften, den ungenehmigten Spielbetrieb mit (gesetzwidriger) Duldung durch die Behörden für eine gewisse Zeit aufrechtzuerhalten. Damit stimmt das Verhalten des Ehemanns der Klägerin überein, der trotz der Verfügung des Ordnungsamts vom 12. September 1958, die die Erlaubnis von der Erfüllung verschiedener Auflagen, u.a. der Beibringung des Zulassungsscheines der Bundesanstalt, abhängig machte, den Spielbetrieb schon am nächsten Tage eröffnete und in der Tat auch einen Monat lang ungestört ausübte, ohne die Auflagen zu erfüllen, insbesondere sich um eine Zulassung zu bemühen.

Ein solcher, die gesetzwidrige Ausübung eines Spielbetriebs vorbereitender Vertrag wäre gem. §§ 134, 138 BGB nichtig. Dann hätte die Beklagte keinen Anspruch auf Zahlung der 20.000 DM und etwaiger Gewinnanteile aus dem Betrieb erworben. Dem Rückforderungsanspruch der Klägerin würde aber die Bestimmung des § 817 Satz 2 BGB entgegenstehen.

Die hierzu erforderlichen Feststellungen können nicht von dem Revisionsgericht getroffen werden, müssen vielmehr dem Tatrichter überlassen bleiben. Schon aus diesem Grunde muß das angefochtene Urteil aufgehoben werden.

c) Aber auch wenn man trotz der aufgezeigten Bedenken zu dem Ergebnis kommen sollte, daß der Vertrag rechtswirksam ist, könnte das Urteil mit der von dem Berufungsgericht gegebenen Begründung nicht aufrechterhalten werden.

Die Klägerin wendet sich für diesen Fall mit Recht gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, daß ihr nur ein Anspruch von 16.666,66 DM zustehe und die Beklagte wirksam mit ihrer Forderung von 7.000 DM aufgerechnet habe.

Der Ehemann der Beklagten hat als deren Bevollmächtigter in dem Vertrag vom 11. August 1958 ausdrücklich erklärt, "in der Lage zu sein, demjenigen, der in der Stadt C... die Konzession zur Betreibung des "Delphi"-Geschicklichkeitsspiels einreicht, garantieren zu können, daß dieses Geschicklichkeitsspiel mindestens 6 Monate unbeanstandet betrieben werden darf".

Diese Erklärung kann, - vorausgesetzt, daß es den Vertragsbeteiligten ernstlich um die Erlangung einer Konzession zu tun war - nicht anders aufgefaßt werden, als daß der Ehemann der Beklagten als deren Bevollmächtigter nicht nur für die Dauer des Spielbetriebs garantierte, sondern auch dafür, daß dem Ehemann der Klägerin überhaupt eine Konzession erteilt wurde. Da dies nicht geschah, ist die der Beklagten obliegende Leistung nicht nur nicht teilweise, sondern in vollem Umfang unmöglich geworden mit der Folge, daß ihr, gleichviel, ob sie daran ein Verschulden trifft oder nicht, kein, auch nicht ein teilweiser Anspruch auf die von dem Ehemann der Klägerin versprochenen Leistungen zusteht (§§ 323, 325 BGB).

Dem kann auch nicht entgegenggehalten werden, daß der Ehemann der Klägerin das Spielkasino einen Monat lang betrieben hat; denn dieser Betrieb erfolgte ohne behördliche Zulassung und auf seine eigene Gefahr. Aus diesem unerlaubten und nicht auf einer von dem Ehemann der Beklagten verschafften Konzession beruhenden Betrieb kann die Beklagte keine Rechte für sich herleiten.

Für etwaige erfolglose Bemühungen des Ehemanns der Beklagten um die Erteilung der Zulassung sieht der Vertrag keine Vergütung vor.

Die Beklagte hatte allerdings vorgetragen und unter Beweis gestellt, daß der Ehemann der Klägerin der ihm nach dem Vertrag obliegenden Pflicht, das Spiel fachlich korrekt zu betreiben und die behördlichen Auflagen sorgfältig zu erfüllen, nicht nachgekommen sei, insbesondere auch nicht die richtigen Spielgeräte benutzt habe. Wäre dies richtig, würde die Beklagte ihre Ansprüche aus dem Vertrag möglicherweise nicht verloren haben, weil die Unmöglichkeit ihrer Leistung dann auf einem Umstand beruhen würde, den der Ehemann der Klägerin zu vertreten hätte (§ 324 BGB).

Das Berufungsgericht hat auch hierzu keine Feststellungen getroffen.

3) Die Sache ist deshalb zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Dieses wird auch über die Kosten der Revision zu befinden haben.

Glanzmann

Rietschel

Heimann-Trosien

Meyer

Dr. Vogt