

V. ZR. 132/57

Verkündet

am 7. Januar 1959

Hoffmeister, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

des Bankkaufmanns Horst G. [REDACTED] in
B. [REDACTED]-Gr. [REDACTED], I. [REDACTED] Straße [REDACTED] [REDACTED],

Klägers, Berufungsklägers und
Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

gegen

das Land B. [REDACTED], vertreten durch den Senator
für Finanzen in B. [REDACTED] [REDACTED], N. [REDACTED] Straße [REDACTED] - [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 7. Januar 1959 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Tasche und der Bundesrichter Dr. Augustin, Dr. Piepenbrock, Dr. Rothe und Dr. Freitag für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Kammergerichts vom 28. Mai 1957 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an den 4. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen, dem auch die Entscheidung über die Kosten der beiden Revisionsverfahren übertragen wird.

Von Rechts wegen

Tatbestande

Der Kläger G. hatte in einem Vorprozeß 100 000 DM Schadensersatz verlangt, weil das beklagte Land B. ihm die Gewerbeerlaubnis für den Betrieb eines Spielkasinos verweigert hatte. Der Prozeß wurde am 15. Juni 1951 durch einen außergerichtlichen Vergleich beendet, wonach der Beklagte 40 000 DM an den Kläger zahlte und sich verpflichtete,

"für den Fall, daß in Berlin bis zum 31.12.1953 ein Gesetz erlassen werden sollte, nach dem Glücksspiele und eine große Spielbank zugelassen werden, G. die Konzession für die Spielbank zu erteilen".

Nach Ansicht des Klägers soll das beklagte Land dadurch gegen diesen Vergleich verstoßen haben, daß es ihm nicht die Konzession für das 1952 durch Berliner Gesetz eingeführte Zahlenlotto angeboten hat. Er begehrt Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von 6 100 DM nebst Zinsen als Teilbetrag des ihm angeblich entgangenen Gewinns. Der Beklagte, der um Klageabweisung bittet, vertritt die Auffassung, das Zahlenlotto falle nicht unter den Vergleich; dieser beziehe sich nur auf die Konzession für den Betrieb einer großen Spielbank, wie sie in Berlin bisher nicht zugelassen worden sei.

Das Landgericht ist der Vergleichsauslegung des Beklagten beigetreten und hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers ist vom Kammergericht zurückgewiesen worden. Letzteres hat sich auf den Standpunkt gestellt, daß der Vergleich wegen versteckten Einigungsmangels der Rechtswirksamkeit entbehre; sein Wortlaut sei mehrdeutig und die Erklärungen der Vergleichsschließenden hätten

- 3 -

einander trotz scheinbarer Übereinstimmung inhaltlich nicht gedeckt.

Auf Revision des Klägers hat der erkennende Senat dieses Urteil am 16. Januar 1957 aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen (V ZR 82/55). Nach erneuter mündlicher Verhandlung hat das Kammergericht durch das jetzt angefochtene Urteil die Berufung wiederum zurückgewiesen.

Mit seiner Revision verfolgt der Kläger das bisherige Klagebegehren weiter; während der Beklagte Zurückweisung des Rechtsmittels beantragt.

Entscheidungsgründe:

1. Ebenso wie in seinem ersten, vom erkennenden Senat aufgehobenen Urteil hat das Berufungsgericht sich jetzt erneut auf den Standpunkt gestellt, daß der Vergleich vom 15. Juni 1951 objektiv mehrdeutig sei; es meint, die Verpflichtung des beklagten Landes, dem Kläger unter bestimmten Voraussetzungen "die Konzession für die Spielbank zu erteilen", könne sowohl im Sinne des Beklagten - Konzession nur für eine "große Spielbank" nach Art der Unternehmungen in Baden-Baden, Wiesbaden, Homburg usw. - als auch im Sinne des Klägers - Konzession für jedwedes in Berlin zugelassene Glücksspiel, z.B. Wetten, Lotto, Toto usw. - verstanden werden. In tatsächlicher Hinsicht ist auch das neue Berufungsurteil wiederum zu dem Ergebnis gelangt, die Parteien hätten bei den Verhandlungen vor Abschluß des Vergleichs, ohne dies zu bemerken, "aneinander vorbeigeredet", und es hat die rechtliche Folgerung gezogen, daß ein versteckter Eini-



gungsmangel im Sinne von § 155 BGB vorliege und daß deshalb der Kläger aus dem Vergleich, der nicht wirksam zustandegekommen sei, keinen Schadensersatzanspruch herzuleiten vermöge.

Die Revision bekämpft das als fehlerhaft. Ihr ist zugegeben, daß sich die klageabweisende Entscheidung mit der jetzigen Begründung ebenfalls nicht halten läßt.

2. Allerdings hat das Kammergericht den Fehler, der seinem ersten Urteil anhaftete - nämlich das Unterbleiben einer Beweismwürdigung und die irrige Verlegung der bei der Zeugenvernehmung der Verhandlungspartner hervorgetretenen Meinungsverschiedenheiten in das frühere Stadium der Vergleichsverhandlungen - diesmal vermieden. Entsprechend dem Hinweis des erkennenden Senats, daß es sich angesichts der miteinander nicht zu vereinbarenden Zeugenaussagen entscheiden müsse, wem zu glauben sei und wem nicht, hat das Berufungsgericht nunmehr das Beweisergebnis gewürdigt und den tatsächlichen Hergang der Vergleichsverhandlungen zu klären versucht. Die von ihm getroffenen Feststellungen laufen darauf hinaus, daß bereits bei der ersten Besprechung der Parteien vom 13. April 1951 ein "grundlegendes Mißverständnis" eingetreten sei und daß dieses dann auch während der späteren Besprechungen vom 24. April und 23. Mai 1951 unverändert weiterbestanden habe. Wie die Revision zutreffend rügt, beruhen jedoch diese neuen Feststellungen auf Verstößen gegen § 286 ZPO. Inwieweit das darauf zurückzuführen ist, daß das Berufungsgericht geglaubt hat, sich mit der bisherigen Beweisaufnahme begnügen und von einer nochmaligen Vernehmung und etwaigen Gegenüberstellung der Zeugen Abstand nehmen zu können, mag dahinstehen.

a) Hinsichtlich der ersten Besprechung vom 13. April 1951 geht das angefochtene Urteil davon aus, daß damals von einer Konzessionserteilung für Wetten, Lotto, Toto usw. gesprochen worden ist. Es schließt sich sodann der Schilderung des Zeugen St. an, der ausgesagt hat, die Vertreterin des Beklagten, die Zeugin Ristow, habe diesen von ihm als Vertreter des Klägers unterbreiteten "weitgehenden Vergleichsvorschlag" entgegengenommen, ohne ihn ausdrücklich abzulehnen. Die gegenteilige Bekundung der Zeugin R. - daß sie nämlich "einen derart weitgehenden Vergleich sofort abgelehnt" habe (S. 5 ihrer Zeugenaussage vom 8. Februar 1955) - erachtet das Berufungsgericht nicht als richtig; nach seiner Ansicht beruht sie lediglich auf einer Schlußfolgerung, welche die Zeugin nachträglich aus dem Inhalt des von ihr verfaßten Aktenvermerks (Umschlag Bl. 149 GA) gezogen habe. In Wirklichkeit sei indessen die Zeugin R. am 13. April 1951 der Meinung gewesen, es bedürfe keiner ausdrücklichen Ablehnung; denn sie habe angenommen, aus dem Wortlaut der Notizen, die sie sich während der Besprechung gemacht und dann am Schluß derselben verlesen habe, ergebe sich ohne weiteres eine Beschränkung des gegnerischen Vergleichsvorschlages auf die große Spielbank. Ihrer damaligen Überzeugung nach habe die Zeugin mit dieser schriftlichen Fixierung eindeutig zum Ausdruck gebracht, daß sich die Vergleichsverhandlungen nicht zugleich auf Lotto, Toto usw. erstreckt hätten. Der Zeuge St. dagegen habe aus der schriftlichen Fixierung seines Vergleichsvorschlages durch die Zeugin R. gerade umgekehrt geschlossen, Gegenstand der Verhandlung sei jedwedes in Berlin zur Zulassung kommende Glücksspiel. Keiner der beiden Verhandlungspartner habe also erkannt, daß die Gegenseite dem Vergleichsvorschlag einen anderen Sinn beilegte als er selbst.

Diese Ausführungen entbehren, wie die Revision mit Recht beanstandet, der tatsächlichen Grundlage. Wenn das Berufungsurteil von einer "Überzeugung" der Zeugin R. sowie davon spricht, sie habe dies oder jenes "angenommen" (es heißt dort im selben Zusammenhang ferner, die Zeugin habe "von ihrem Standpunkt aus" den weitgehenden Vergleichsvorschlag nicht "expressis verbis abzulehnen" brauchen), so werden damit innere Tatsachen festgestellt, von denen nicht ersichtlich ist, auf welche Weise sie zur Kenntnis des Gerichts gelangt sind. Daß die Zeugin geglaubt habe, es bedürfe aus dem Grunde keiner ausdrücklichen Ablehnung des gegnerischen Vergleichsvorschlages mehr, weil sie mit der Abfassung und Verlesung ihrer Notizen eindeutig die vom Kläger begehrte Konzession für Wetten, Lotto, Toto und ähnliche Glücksspiele aus dem Vorschlag "ausgeklammert" habe, war bislang, soweit sich aus den Akten entnehmen läßt, von keiner Seite behauptet worden. Auch die Zeugin selbst hatte bei ihrer Vernehmung vor dem Berufungsgericht ausweislich der Niederschrift des Berichterstatters vom 15. Februar 1955 (Bl. 147 a ff GA) von einer derartigen inneren Einstellung nichts bekundet.

Hievon abgesehen reicht die beanstandete Feststellung für sich allein nicht einmal aus, um die Schlußfolgerung des Berufungsgerichts, keiner der Vertragspartner habe das Abweichen der beiderseitigen Standpunkte erkannt, zu rechtfertigen. Dazu hätte vielmehr in tatsächlicher Hinsicht noch weiter festgestellt werden müssen, daß die Zeugin R. außerdem der Meinung gewesen sei, St. als Vertreter des Klägers habe im Verlauf der Besprechung vom 13. April 1951 seinen ursprünglichen Standpunkt geändert und seine Forderung, die ausgesprochenermaßen auf Konzessionserteilung auch für Wetten, Lotto, Toto usw. gerichtet war, im Sinne eines Nachgebens auf die Konzession für eine

große Spielbank eingeschränkt. Nur im letzteren Falle ließe sich ernstlich die Auffassung vertreten, die Zeugin R. habe "diese erste Besprechung in dem Bewußtsein beenden" können, "daß sich die Vergleichsverhandlungen nur auf die Konzessionserteilung für eine große Spielbank erstreckten" (Berufungsurteil S. 9), während andernfalls doch wohl zu verlangen gewesen wäre, daß sie am Schluß der Besprechung St. darüber hinausgehende Forderung noch mit ausdrücklichen Worten zurückwies. Ob das Berufungsgericht auch etwas Derartiges hat feststellen wollen, lassen seine Ausführungen nicht mit Sicherheit erkennen. Auf jeden Fall greift aber die Rüge der Revision durch, daß das angefochtene Urteil willkürlich von einer bestimmten Einstellung der Zeugin R. ausgegangen ist, ohne hierüber einwandfreie Feststellungen zu treffen (§ 286 ZPO). Daran ändert auch seine Erwägung nichts, das Abweichen der Zeugenaussage R. von der für glaubwürdig erachteten Schilderung des Zeugen St. sei darauf zurückzuführen, daß die Zeugin nachträgliche Folgerungen aus dem Inhalt ihres Aktenvermerks gezogen habe; denn dieser Erklärungsversuch bezieht sich auf die spätere Vernehmung im gegenwärtigen Prozeß, während die Ansicht der Zeugin an dem hier allein in Betracht kommenden 13. April 1951 nach wie vor ungeklärt bleibt.

b) Was die beiden späteren Besprechungen vom 24. April und 23. Mai 1951 anbetrifft, so folgt das Berufungsgericht hier den Aussagen der Zeugen St., Sch., K. und Kl. und stellt demgemäß fest, die Vertreter des Klägers hätten "immer wieder die Sprache auf den weitgehenden Vergleichsvorschlag gebracht", ohne daß die Zeugin R. diesen Vorschlag zurückgewiesen hätte. Sie habe das aus dem Grunde nicht getan, weil sie der Überzeugung gewe-

sen sei, aus der Art und Weise, wie sie in der ersten Besprechung vom 13. April 1951 den Vergleichsvorschlag des Klägers schriftlich formuliert und alsdann aus ihren Notizen verlesen habe, sei eindeutig die Beschränkung der Verhandlungen auf die Konzession für eine große Spielbank hervorgegangen und sie brauche deshalb den nunmehr von der Gegenseite erneut vorgebrachten Wünschen, sie auch auf die Konzession für jedwedes Glücksspiel zu erstrecken, nur dann zu widersprechen, wenn die Vertreter des Klägers ausdrücklich darauf beständen, daß der erweiterte Vorschlag mit in das schriftlich Fixierte aufgenommen werde. Da sie jedoch ein solches Verlangen nicht gestellt hätten, habe die Zeugin R. zu den erneut vorgebrachten Wünschen geschwiegen, - was sie von ihrem Standpunkt aus auch ohne die Gefahr einer Erstreckung der Vergleichsverhandlungen auf den weitgehenden Vorschlag habe tun können. Die Vertreter des Klägers ihrerseits seien der Ansicht gewesen, schon der bisher fixierte Vergleichsvorschlag umfasse auch ihre weitgehenden Wünsche. Die Verhandlungspartner hätten also - so führt das Berufungsgericht abschließend aus - bei den späteren Besprechungen wiederum ihre gegenseitigen Erklärungen mißverstanden.

Auch hiergegen wendet sich die Revision mit Grund. Es bedarf in diesem Zusammenhang keiner abschließenden Stellungnahme zu den Rechtsausführungen des Berufungsurteils. Dieses würdigt den von ihm für erwiesen erachteten Sachverhalt dahin, daß die Zeugin R. nicht verpflichtet gewesen sei, den immer wieder von neuem erhobenen Forderungen der Gegenseite zu widersprechen; sie habe vielmehr unbedenklich dazu schweigen und bei ihrer abweichenden Auffassung verharren dürfen, daß der Vergleichsvorschlag so, wie sie ihn nun einmal schriftlich niedergelegt habe,

die vom Kläger gewünschte Einbeziehung der Glücksspiele nicht enthalte; auch der Grundsatz von Treu und Glauben und die Rücksicht auf die Verkehrssitte (§ 242 BGB) führten zu keiner anderen rechtlichen Beurteilung. Ob diese Ansicht Zustimmung verdient oder ob nicht doch die Zeugin R. als Vertreterin des beklagten Landes - immer vorausgesetzt, daß sie tatsächlich die vom Berufungsgericht festgestellte innere Einstellung hatte - rechtlich gehalten gewesen wäre, dem Verhandlungspartner gegenüber offen zu sein und aus ihrem abweichenden Standpunkt kein Hehl zu machen, braucht hier, wie gesagt, nicht entschieden zu werden. Denn bereits die zu Grunde liegende Sachverhaltsfeststellung ist, wie die Revision zutreffend rügt, fehlerhaft und verstößt gegen § 286 ZPO. Nach dem bisherigen Beweisergebnis mangelt es in der Tat an jeglichem Anhaltspunkt dafür, daß und auf welche Weise die Zeugin R. auch bei den späteren Besprechungen wiederum zu der ihr vom Berufungsgericht unterstellten "Überzeugung" gelangt sein sollte. In ihrer Aussage vor dem Berufungsgericht vom 8. Februar 1955 hat sie darüber kein Wort verlauten lassen. Sie hat damals im Gegenteil bekundet (S. 5 der Niederschrift des Berichterstatters), daß bei den beiden späteren Besprechungen, anders als bei derjenigen vom 13. April 1951, von Wetten, Lotto, Toto usw. überhaupt nicht die Rede gewesen sei. Wie angesichts dieser Bekundung das Berufungsgericht, ohne die Zeugin erneut zu vernehmen, hat feststellen können, sie habe trotz beharrlichen Verlangens der Gegenseite nach Einbeziehung der Glücksspiele gleichwohl die Überzeugung gehabt, daß der gegnerische Vergleichsvorschlag sich nur auf die Konzession für eine große Spielbank erstreckte, ist nicht verständlich. Offen bleibt übrigens auch hier die Frage, ob die Zeugin R. zugleich der Meinung gewesen sei, die Vertreter des Klägers hätten,

nachdem sie "immer wieder", d.h. in jeder Besprechung von neuem ihre weitgehende Forderung erhoben hatten, dann jeweils im Verlauf der Verhandlung stillschweigend davon Abstand genommen und sich schließlich zu einer Einschränkung des Vergleichsvorschlages im Sinne des Beklagten bereit gefunden. Ohne eine dahingehende Feststellung könnte ein versteckter Einigungsmangel schwerlich bejaht werden. Erforderlich wäre also gewesen, daß sich vom Standpunkt der Zeugin R. aus der Vorgang eines stillschweigenden Nachgebens nicht weniger als dreimal (die erste Besprechung vom 13. April 1951 eingeschlossen) wiederholt hätte. Mit diesem ungewöhnlichen Umstand hätte das Berufungsgericht sich mindestens auseinandersetzen müssen.

3. Das angefochtene Urteil beruht sonach auf fehlerhaften Tatsachenfeststellungen. Es kann auch nicht gemäß § 563 ZPO mit anderer Begründung aufrechterhalten werden. Insbesondere kommt es für die Entscheidung des Revisionsgerichts nicht auf die vom Beklagten in der Revisionsverhandlung aufgeworfene Frage an, ob das Berliner Zahlenlotto strafrechtlich als Lotterie oder als Glücksspiel anzusehen ist (vgl. dazu Urteil des 5. Strafsenats des Bundesgerichtshofs vom 24. September 1957, 5 StR 519/56). Wenn andererseits die Revision meint, eine Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht erübrige sich, da das Revisionsgericht in der Lage sei, von sich aus abschließend im Sinne des Klägers zu entscheiden, so verdient auch das keine Zustimmung. Es ist nämlich keineswegs so, daß bereits feststände, wie ein "objektiver Dritter" - den die Revision in der Person des Zeugen K. gefunden zu haben glaubt - den Vergleichsvorschlag aufgefaßt haben würde; hierzu bedürfte es einer Würdigung, wie sie nur der Tatrichter vorzunehmen vermag. Ebensowenig lassen die bisherigen Feststel-

lungen den Schluß zu, der Beklagte verstoße, wenn er sich auf die Mehrdeutigkeit der beiderseitigen Erklärungen berufe, gegen Treu und Glauben (BGB RGRK 10. Aufl. § 155 Anm. 2, S. 321 oben); denn daß die Zeugin R. erkannt habe, wie der Kläger den Vergleichsvorschlag auffaßte, ist vom Berufungsgericht, entgegen der Ansicht der Revision, gerade nicht festgestellt worden.

Vielmehr war die Sache gemäß § 565 Abs. 1 ZPO zurückzuverweisen, wobei es dem Senat tunlich erschien, von der Befugnis des Satz 2 aaO Gebrauch zu machen.

4. Im Rahmen der erneuten mündlichen Verhandlung wird das Berufungsgericht Gelegenheit haben, die bisherige Auslegung des Vergleichs vom 15. Juni 1951 zu überprüfen. Auf diese Möglichkeit hat der erkennende Senat bereits in seinem früheren Urteil (Nr. 4 der Entscheidungsgründe) hingewiesen und Bedenken nach der Richtung angedeutet, ob der Vergleich wirklich seinem objektiven Inhalt nach mehrdeutig sei. Das Berufungsgericht ist dem nicht gefolgt und hat gemeint, an seiner Vergleichsauslegung festhalten zu müssen (Nr. 1 der Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils). Diese Ausführungen lassen indessen nach wie vor Zweifel offen. Aus ihnen geht z.B. nicht hervor, ob auch die Vorgeschichte des Vergleiches, auf die das Landgericht u.a. abgestellt hat (der Schadensersatzanspruch im Vorprozeß stützte sich auf die Verweigerung der Betriebserlaubnis gerade für ein Spielkasino), berücksichtigt worden ist. Von Bedeutung könnte ferner sein, daß in dem Aktenvermerk der Zeugin R. vom 13. April 1951 (Umschlag Bl. 149 GA), auf dessen Verlesung in der Besprechung vom gleichen Tage das Berufungsgericht in anderem Zusammenhang besonderen Wert gelegt hat, die entscheidenden Worte nicht, wie im Vergleich

"Konzession für die Spielbank" lauten, sondern "für diese Spielbank". Zweifelhaft ist auch, ob das Berufungsgericht sich darüber im klaren gewesen ist, daß in Nr. III Satz 2 des Vergleichs die Worte "nach Eröffnung der Spielbank" sich dem ganzen Zusammenhang nach allein auf die im vorhergehenden Satz erwähnte "große Spielbank" beziehen können, weil ohne die Eröffnung einer solchen, auch vom Standpunkt des Klägers aus, eine Rückzahlungspflicht überhaupt nicht bestanden hätte. Wenn endlich das angefochtene Urteil auf die "bedeutsame Unterteilung der Rückerstattungspflicht" in 10 000 DM und 40 000 DM verweist und daraus ein Argument für die Mehrdeutigkeit des Vergleiches entnehmen möchte, so bleibt immerhin fraglich, inwieweit es sich dabei vor Augen gehalten hat, daß lediglich die 40 000 DM eine "Rückzahlung" darstellten, nicht dagegen die 10 000 DM, und daß möglicherweise bereits diese Tatsache in Verbindung mit der weiteren Vereinbarung, wonach die 10 000 DM "nach Erteilung der Konzession", die 40 000 DM aber erst "3 Monate nach Eröffnung der Spielbank" zu zahlen waren, die "Unterteilung" hinreichend erklärt.

Im Falle einer abermaligen Bejahung der Mehrdeutigkeit wird das Berufungsgericht die tatsächlichen Vorgänge bei den Vergleichsverhandlungen so weit aufklären müssen, daß sich einwandfrei beurteilen läßt, ob wirklich ein versteckter Einigungsmangel vorgelegen hat.

5. Die Entscheidung über die Kosten der beiden Revisionsverfahren hängt von dem endgültigen Ausgang des Rechtsstreits ab. Sie war daher dem Berufungsgericht zu übertragen.

Dr. Tasche.

Rothe

Dr. Augustin

Dr. Freitag

Dr. Piepenbrock