

Verkündet
am 2. November 1960
Hirth, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der Ge-
schäftsstelle

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],
I. [REDACTED] Straße [REDACTED],

Klägers, Berufungsklägers und
Revisionsklägers,

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

gegen

das Land B e r l i n , vertreten durch den Senator für
Finanzen in Berlin W 30, N. [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 2. November 1960 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Tasche und der Bundesrichter
Dr. Hückinghaus, Dr. Piepenbrock, Dr. Rothe und
Dr. Mattern

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 4. Zivil-
senats des Kammergerichts in Berlin vom 22. Juni
1959 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Das beklagte Land Berlin hatte sich durch außergerichtlichen Vergleich vom 15. Juni 1951 verpflichtet, "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", dem Kläger "die Konzession für die Spielbank zu erteilen". Durch Gesetz vom 24. Juli 1952 (BlNGVBl S. 629) wurde in Westberlin die "Deutsche Klassenlotterie Berlin" errichtet, zu deren Aufgaben u.a. die Durchführung des sog. Zahlenlottos ("Berliner Zahlenlotterie") gehört. Der Kläger erblickt darin, daß man ihm nicht die Konzession für das Zahlenlotto angeboten und erteilt habe, eine Verletzung des Vergleichs und verlangt mit der Klage Schadensersatz, zunächst in Höhe eines Teilbetrages von 6 100 DM nebst Zinsen. Der Beklagte, der Klageabweisung beantragt, ist der Ansicht, das Zahlenlotto falle nicht unter den Vergleich; dieser beziehe sich nur auf die Konzession für den Betrieb einer "großen Spielbank", wie sie in Berlin nicht bestehe.

Das Landgericht ist der Vergleichsauslegung des Beklagten beigetreten und hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers ist vom Kammergericht mit der Begründung zurückgewiesen worden, daß der Vergleich wegen versteckten Einigungsmangels der Rechtswirksamkeit entbehre. Auf die Revision des Klägers hat der erkennende Senat das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zurückverwiesen (Urteil vom 16. Januar 1957, V ZR 82/55). Das Berufungsgericht hat erneut Einigungsmangel angenommen und seine frühere Entscheidung wiederholt. Die vom Kläger gegen dieses Urteil eingelegte Revision führte abermals zur Aufhebung und Zurückverweisung, diesmal an

einen anderen Senat des Berufungsgerichts (Urteil des erkennenden Senats vom 7. Januar 1959, V ZR 132/57).

Durch das jetzt angefochtene Urteil hat das Kammergericht die Berufung wiederum zurückgewiesen. Der Kläger verfolgt mit seiner Revision das bisherige Klagebegehren weiter. Der Beklagte bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

Die erneute Prüfung des Vergleichs vom 15. Juni 1951 durch den Tatrichter hat nunmehr zu dem Ergebnis geführt, daß bei seinem Abschluß kein Einigungsmangel vorgelegen habe und daß der Vergleich wirksam sei. Abweichend von der Auslegung des Landgerichts ist das Berufungsgericht der Auffassung, die Vereinbarung der Parteien - wonach der Kläger, wenn Glücksspiele in Berlin zugelassen würden, die Konzession erhalten sollte - habe sich möglicherweise auch auf das Zahlenlotto erstreckt; diese Möglichkeit müsse der Beklagte nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte gegen sich gelten lassen.

Gleichwohl entfällt nach Ansicht des Berufungsgerichts eine Schadensersatzpflicht, da der Beklagte den Vergleich nicht verletzt habe. Der darin vorgesehene Fall einer gesetzlichen Zulassung von Glücksspielen in Berlin sei durch das Gesetz vom 24. Juli 1952 nicht eingetreten, denn es habe das Zahlenlotto in Berlin nicht "zugelassen". Hierunter verstehe man nach allgemeiner Verkehrsauffassung, die insbesondere auch dem Kläger als Fachmann geläufig sei, die Gestattung gewerbsmäßigen



Glücksspielbetriebs durch private Unternehmer, denen dafür eine Konzession (Gewerbeerlaubnis) erteilt werde. Eine solche Konzessionserteilung komme auf Grund des genannten Gesetzes nicht in Betracht, durch dieses sei vielmehr die Deutsche Klassenlotterie Berlin als Anstalt des öffentlichen Rechts errichtet worden; das beklagte Land selbst führe somit das Zahlenlotto als eine Landeseinrichtung durch. Daß dies in der Tat der Inhalt der gesetzlichen Regelung sei, wird im angefochtenen Urteil näher dargelegt, wobei der Berufungsrichter auf einzelne Vorschriften des Gesetzes von 1952 sowie auf weitere, in Berlin später hierzu noch erlassene Gesetze verweist, zum Vergleich auch die einschlägigen, teils ähnlichen und teils inhaltlich abweichenden Gesetzesbestimmungen in anderen deutschen Ländern mit heranzieht und die geschichtliche Entwicklung des Zahlenlottos erörtert.

Der Kläger habe - meint das Kammergericht - bei Vergleichsabschluß nicht ohne weiteres damit rechnen können, wenn in Berlin einmal Zahlenlotto gespielt werden sollte, so werde dies durch ein privates Unternehmen geschehen, für das er dann die Konzession erhalte. Daß das beklagte Land den Spielbetrieb selbst durchführe, sei nichts Ungewöhnliches. Dafür sprächen durchaus nicht bloß fiskalische Erwägungen, sondern auch andere gewichtige Gründe: es gelte die Gefahren, die das Spiel allgemein und das Zahlenlotto mit seinen niedrigen Einsätzen im besonderen für die große Masse des Volkes mit sich brächten, wenigstens einzuschränken und Auswüchse zu verhindern. Ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung des Vergleichs stehe daher dem Kläger nicht zu. Das Klagebegehren werde aber auch

nicht durch § 826 BGB gerechtfertigt, da auf Seiten des Beklagten kein schuldhaftes sittenwidriges Verhalten vorliege. Ebensowenig könne der Kläger sich auf den Gesichtspunkt der arglistigen Täuschung berufen; denn abgesehen davon, daß es zweifelhaft erscheine, ob er überhaupt getäuscht worden sei, habe er den Vergleich nicht angefochten.

Gegen diese Ausführungen wendet sich die Revision. Sie rügt Verletzung des sachlichen Rechts, insbesondere der §§ 133, 157, 242 und 276 BGB sowie allgemeiner öffentlich-rechtlicher Grundsätze. Ihre Rügen vermögen jedoch das Berufungsurteil nicht zu erschüttern.

1. Beanstandet wird, daß das Kammergericht, obgleich es den Vergleich vom 15. Juni 1951 nunmehr im Sinne des Klägers ausgelegt habe, in Erwägungen darüber eingetreten sei, ob die getroffene Vereinbarung auch dann gelte, wenn die gesetzliche Zulassung des Glücksspiels nicht einem Gewerbebetrieb gewährt werde, sondern einer durch das Gesetz selbst errichteten Anstalt des öffentlichen Rechts. Der Beklagte habe sich während des gesamten Rechtsstreits niemals darauf berufen, daß er im letzteren Falle nicht an den Vergleich gebunden sei. Vielmehr hätten die Parteien lediglich darüber gestritten, ob die Konzessionserteilung an den Kläger die Errichtung einer großen, internationalen Spielbank voraussetze oder nicht.

Die Beanstandung ist unbegründet. Schon die Fragestellung der Revision geht fehl: eine "Zulassung" des Zahlenlottos zugunsten der Deutschen Klassenlotterie in Berlin lag nach der Auslegung, die das angefochtene Urteil dem Gesetz vom 24. Juli 1952 gegeben hat, gerade

nicht vor; der genannten Anstalt des öffentlichen Rechts ist keine Konzession erteilt worden, sondern der Beklagte selbst betreibt durch sie das Zahlenlotto in Form einer Landeseinrichtung. Vor allem aber ist es für die Entscheidung ohne Belang, ob der Gesichtspunkt, auf den das Urteil letztlich abstellt, in den Schriftsätzen der Parteien eine Erörterung gefunden hat. Denn der Streit ging insoweit um eine Rechtsfrage, d.h. um die Anwendung des Gesetzes auf einen unstreitigen Sachverhalt, und hierbei brauchte der Berufungsrichter sich nicht an die schriftsätzlich vorgetragenen Rechtsansichten der Prozeßbeteiligten zu halten.

2. Die Revision bekämpft mit eingehenden Ausführungen den Standpunkt des Berufungsurteils, wonach das Zahlenlotto in Berlin nicht gesetzlich zugelassen worden ist, sondern ohne Konzessionserteilung unmittelbar von dem beklagten Land durchgeführt wird, und macht demgegenüber geltend, daß die Deutsche Klassenlotterie Berlin, die laut § 1 des Gesetzes vom 24. Juli 1952 eigene Rechtspersönlichkeit habe, eine selbständige und vom Beklagten verschiedene Anstalt sei, daß ihre Ausspielungen einer Konzession oder Zulassung bedürften und daß letztere in dem genannten Gesetz - wenn sie dort auch nicht erwähnt werde - tatsächlich enthalten sei; entgegen der Meinung des Kammergerichts handle es sich bei der Deutschen Klassenlotterie Berlin auch um ein Unternehmen zum gewerbsmäßigen Glücksspiel-Betrieb, da es für die Frage der Gewerbsmäßigkeit nicht darauf ankomme, ob das Glücksspiel von einer Person des öffentlichen oder des bürgerlichen Rechts betrieben werde. Alle diese Revisionsan-

griffe gehen indessen ins Leere. Mit ihnen wird unrichtige Anwendung des Berliner Gesetzes vom 24. Juli 1952 gerügt. Aber dessen Geltungsbereich erstreckt sich nicht über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus; es gehört weder einem der im § 549 Abs. 1 ZPO aufgezählten besonderen Rechtsgebiete an, noch stimmt es mit einer durch Bundesgesetz getroffenen Regelung inhaltlich überein (BGHZ 6, 47). Auf seine Verletzung kann daher die Revision nicht gestützt werden (§§ 549, 550 ZPO).

3. Die Ansicht des Kammergerichts, daß keine Verletzung des Vergleichs vom 15. Juni 1951 vorliege, hält den Einwendungen der Revision stand. Wenn diese dem Beklagten zum Vorwurf macht, er habe entgegen seinen vertraglichen Pflichten einerseits eine Konzession für den Betrieb des Zahlenlottos in Berlin erteilt, aber andererseits diese Konzession dem Kläger nicht angeboten, so setzt sie sich damit nicht nur in Widerspruch zu der hier nicht nachprüfbaren Rechtsauffassung der Vorinstanz, wonach die Einführung des Berliner Zahlenlottos ohne Konzessionserteilung erfolgt ist (vgl. oben Nr. 2), sondern sie greift zugleich in verfahrensrechtlich unzulässiger Weise die tatrichterliche Vergleichsauslegung an. Laut Feststellung des angefochtenen Urteils haben die Parteien "klar und eindeutig" vereinbart, daß der Kläger nur dann Anspruch auf eine "Konzession für die Spielbank" haben sollte, wenn in Berlin bis Ende 1953 Glücksspiele gesetzlich zugelassen würden; die Voraussetzungen dieser Vereinbarung seien aber durch die Errichtung der Deutschen Klassenlotterie Berlin nicht erfüllt. Der außergerichtliche Vergleich stellt einen Individualvertrag dar, dessen Auslegung durch das Berufungsgericht, sofern sie gegen keine Gesetzesbestim-

mungen oder anerkannten Auslegungsgrundsätze verstößt, für die Revisionsinstanz bindend ist; Verstöße der genannten Art werden weder von der Revision behauptet, noch sind sie sonst ersichtlich.

Damit entfallen auch die Schlußfolgerungen, welche die Revision aus der vermeintlichen Vergleichsverletzung zu ziehen versucht. Soweit sie geltend macht, der Beklagte hätte, wenn ihm eine Beteiligung des Klägers an der Deutschen Klassenlotterie Berlin als einer selbständigen Anstalt des öffentlichen Rechts unmöglich sein sollte, dann eben keine solche Anstalt errichten dürfen und er müsse, da er dies doch getan habe, nunmehr den Kläger so stellen, als ob nicht der Anstalt, sondern ihm die Konzession erteilt worden wäre, wird dabei übersehen, daß die vertragliche Pflicht des Beklagten zur Konzessionserteilung nach der Auslegung, die das Kammergericht dem Vergleich gegeben hat, nur eine bedingte war: sie bestand lediglich für den Fall einer gesetzlichen "Zulassung" von Glücksspielen; diese Bedingung ist jedoch nicht eingetreten. Aus dem gleichen Grunde erweist sich die Meinung der Revision als verfehlt, es würde auf eine "Umkehrung des Vergleichs" hinauslaufen, falls sich der Beklagte auf das Vorhandensein eines vom Gesetz geschaffenen "ausschließlichen Konzessionsträgers" berufen könnte, er müsse vielmehr jetzt dafür sorgen, daß der Kläger als stiller Partner der ins Leben gerufenen öffentlichen Anstalt an dem "Gewerbebetrieb" in gleicher Weise beteiligt werde, als wenn ihm auf Grund eines Meistgebotes die Konzession erteilt worden wäre.

Gegen den Anspruch des Klägers, auf solche Weise schadlos gehalten zu werden, spricht übrigens auch die Feststellung des angefochtenen Urteils, es sei zweifel-

haft, ob er bei Vergleichsabschluß ernsthaft mit einer Zulassung von Glücksspielen gerechnet habe oder ob es ihm nicht nur darauf angekommen sei, gegebenenfalls die "Vorhand" zu haben, d.h. andere private Bewerber von der Zulassung auszuschließen. Das Berufungsgericht hätte in diesem Zusammenhang noch auf das - soweit ersichtlich, unbestritten gebliebene - schriftsätzliche Vorbringen des Beklagten verweisen können: dem Kläger sei mehr daran gelegen gewesen, "sich bei der evtl. späteren Vergabe einer Konzession für die große Spielbank einen Vorsprung zu sichern, als seine behauptete Schadensersatzforderung durchzusetzen" (Schriftsatz vom 27. Dezember 1954, S. 14); er habe erklärt, es liege ihm "nicht einmal unbedingt daran, daß die große Spielbank zustande käme, sondern in erster Linie daran, daß diese niemand anders bekomme" (aaO S. 17); "der Kläger wollte sich dagegen schützen, daß ihm andere Gewerbetreibende bei der Konzession einer Spielbank zuvor kamen" (Schriftsatz vom 28. Februar 1955, S. 13). Nach derselben Richtung ging auch der eigene Sachvortrag des Klägers: seinen Vertretern bei den Vergleichsverhandlungen sei es darauf angekommen, ihm "keine neuen Nachteile dadurch erwachsen zu lassen, daß in Berlin überhaupt Glücksspiele oder eine öffentliche große Spielbank zugelassen werden würden"; es sei ihnen also darum gegangen, "daß dem von Berlin finanziell geschädigten Kläger für diesen Fall keine Konkurrenz entstand" (Schriftsatz vom 16. Februar 1955, S. 4).

Für das Berufungsgericht bestand, entgegen dem Vorbringen der Revision in der mündlichen Verhandlung, auch kein Anlaß, den Vergleich ergänzend dahin auszulegen, daß der Beklagte, nachdem das Gesetz vom 24. Juli 1952

nun einmal ergangen sei, den Kläger am Zahlenlotto hätte beteiligen müssen. Ergänzende Vertragsauslegung setzt nach den Grundsätzen der höchstrichterlichen Rechtsprechung (BGHZ 9, 273; 23, 282) eine Lücke in der vertraglichen Regelung voraus. Daran fehlt es hier jedoch angesichts der vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen; die Parteien haben danach den vorliegenden Sachverhalt vollständig und abschließend geregelt, indem sie vereinbarten, daß dem Kläger ein Anspruch auf Konzessionserteilung zustehen sollte bei gesetzlicher "Zulassung" von Glücksspielen, in anderen Fällen dagegen nicht.

4. Die Revision versucht das Klagebegehren noch mit dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung zu rechtfertigen: Der Beklagte habe bei der Senatsvorlage, die zum Erlaß des Gesetzes vom 24. Juli 1952 führte, auf die Interessen des Klägers Rücksicht nehmen müssen und dem Parlament nicht verschweigen dürfen, daß dem Kläger, falls das Zahlenlotto in Berlin zugelassen würde, ein Anspruch auf Konzessionserteilung zustände; wenn der Beklagte diese Möglichkeit bewußt verhindert habe, so müsse nun der Kläger so gestellt werden, wie er stehen würde, wenn bei Erlaß des Gesetzes die Verpflichtung, ihn im Rahmen des Vergleichs zu beteiligen, beachtet worden wäre. Das ist indessen nicht stichhaltig. Abgesehen davon, daß dieses Vorbringen der erforderlichen Klarheit und Bestimmtheit entbehrt und nicht einmal erkennen läßt, wer denn eigentlich dem Parlament - das ebenso ein Organ des beklagten Landes ist wie der Senat - den Inhalt der Vereinbarungen mit dem Kläger "verschwiegen" und wer dessen Beteiligung am Zahlenlotto "bewußt verhindert" haben soll, handelt es sich auch um neue Tatsachenbe-

hauptungen, mit denen der Kläger im gegenwärtigen Stande des Rechtsstreits nicht mehr gehört werden kann (§ 561 ZPO).

5. Ob angesichts der Begründung des angefochtenen Urteils, wie die Revision meint, die Erwägungen des erkennenden Senatsⁱⁿ seinen beiden früheren Urteilen gegenstandslos geworden sind, mag auf sich beruhen. Wenn das zutreffen sollte, wäre es eine Folge der seither vorgenommenen, in der Revisionsinstanz nicht nachprüfbaren Auslegung des Berliner Gesetzes vom 24. Juli 1952 durch das Kammergericht.

6. Da sonach die Revisionsrügen nicht durchgreifen und das Berufungsurteil auch keine sonstigen, von Amts wegen zu berücksichtigenden Fehler zum Nachteil des Klägers aufweist, war die Revision mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO als unbegründet zurückzuweisen.

Dr. Tasche

Dr. Hückinghaus

Dr. Piepenbrock

Rothe

Dr. Mattern