

V_ZR 82/55

Verkündet

2353 091

am 16. Januar 1957
Symalla, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der Geschäfts-
stelle

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, Nürnberger Straße 53-55,

Beklagten, Berufungsbeklagten
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 16. Januar 1957 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Dr. Tasche und der Bundesrichter
Dr. Augustin, Dr. Oechßler, Dr. Rothe und Dr. Freitag
für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das
Urteil des 9. Zivilsenats des Kammergerichts
vom 8. März 1955 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhand-
lung und Entscheidung an das Berufungsgericht
zurückverwiesen, dem auch die Entscheidung
über die Kosten des Revisionsverfahrens über-
tragen wird.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger Horst G. [REDACTED] hatte im Jahre 1950 um Gewerbeerlaubnis für den Betrieb eines Spielkasinos in West-Berlin nachgesucht; sein Gesuch war von den Berliner Behörden zunächst abgelehnt worden, er hatte jedoch dann in einem Verwaltungsgerichtsprozeß schließlich die Aufhebung des abschlägigen Bescheides erreicht. Nunmehr verklagte der Kläger mit der Behauptung, daß ihm durch die zeitweilige Versagung der Gewerbeerlaubnis ein beträchtlicher Schaden entstanden sei, das Land Berlin auf Zahlung von 100 000 DM Schadensersatz (10 O 14/51 LG Berlin). Nach Klageerhebung kam es zwischen den Parteien zu Vergleichsverhandlungen, die auf Seiten des Beklagten von der Regierungsdirektorin R. [REDACTED], der Leiterin des Prozeßreferats des Senators für Finanzen, geführt wurden. Am 15. Juni 1951 schlossen die Parteien, nachdem der Senat des Beklagten durch Beschluß vom 11. Juni 1951 den Senator für Finanzen dazu ermächtigt hatte, folgenden Vergleich:

- I. Berlin zahlt an G. [REDACTED] innerhalb eines Monats nach Abschluß dieses Vergleichs zum Ausgleich aller Schadensersatzansprüche wegen Versagung der Gewerbebegenehmigung für ein Spielkasino 40 000 DM-West.
- II. Berlin verpflichtet sich, 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, Geiger die Konzession für die Spielbank zu erteilen. Die Erteilung der Konzession soll jedoch nur zu den für Berlin günstigsten Bedingungen erfolgen, die andere Bewerber anzunehmen bereit sind.
Geiger verpflichtet sich, alle Auflagen zu erfüllen, die der Senat für erforderlich halten sollte, und nach Erteilung der Konzession 10 000 DM-West an Berlin zu zahlen.

- 3 -

III. G. verpflichtet sich ferner, für den Fall, daß ihm die Konzession für die große Spielbank erteilt werden sollte, den zu I erwähnten Betrag von 40 000 DM-West an Berlin zurückzahlen. Die Rückzahlung des Betrages soll 3 Monate nach Eröffnung der Spielbank erfolgen.

IV. Die außergerichtlichen Kosten des Rechtsstreits vor dem Landgericht Berlin - Geschäftszeichen: 10 O 14/51 - werden gegeneinander aufgehoben. Die Gerichtskosten übernimmt G.

In dem vorliegenden Rechtsstreit verlangt der Kläger Schadensersatz wegen Nichterfüllung dieses Vergleiches. Er hat vorgetragen, durch das Berliner Gesetz über die Deutsche Klassenlotterie Berlin vom 24. Juli 1952 (GVBl S 629) seien Glücksspiele für Berlin zugelassen worden, und zwar insbesondere das sogenannte "Zahlenlotto" ("Berliner Zahlenlotterie"). Der Beklagte wäre nach dem Vergleich verpflichtet gewesen, ihm die Konzession für das Zahlenlotto anzubieten. Das habe er nicht getan; er betreibe vielmehr das Zahlenlotto selbst und erziele daraus Einnahmen von mehreren Zehntausend Mark monatlich. Der Kläger hat einen Teilbetrag des ihm dadurch entgangenen Gewinns geltend gemacht und Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von 6 100 DM nebst Zinsen beantragt. Der Beklagte hat um Klageabweisung gebeten und ausgeführt, eine Pflicht, dem Kläger die Konzession für das Zahlenlotto anzubieten, habe für ihn auf Grund des Vergleiches nicht bestanden; seine Anbieterpflicht habe sich nur auf den Betrieb einer großen Spielbank bezogen, eine solche aber sei für Berlin nicht zugelassen worden.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. In der Berufungsinstantz hat der Kläger seinen Anspruch zusätzlich



JLaw – Gesetze und Urteile

Kostenlos

Über 200 Gesetze

Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

noch damit begründet, daß der Senat des Beklagten den Erlaß eines Gesetzes über die Zulassung einer großen Spielbank für Berlin wider Treu und Glauben hinausgezögert und dadurch die Erfüllung des Vergleiches bewußt verhindert habe. Der Beklagte hat dies bestritten. Das Kammergericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Kläger seinen bisherigen Klageantrag weiter. Der Beklagte bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

1. Abweichend vom Landgericht, das der Vergleichsauslegung des Beklagten beigetreten ist, hat das Berufungsgericht das Bestehen eines rechtswirksamen Vergleiches überhaupt verneint. Die Parteien hätten, als sie ihre Unterschriften unter die Urkunde vom 15. Juni 1951 setzten, zwar äußerlich übereinstimmende Erklärungen abgegeben, aber diese Erklärungen seien mehrdeutig und deckten einander inhaltlich nicht. Bei den Vergleichsverhandlungen hätten die Vertreter des Klägers und damit der Kläger selbst stets angenommen, Inhalt des Vergleiches solle die Konzessionserteilung für jedwedes in Berlin zur Zulassung gelangende Glücksspiel sein, während die Regierungsdirektorin R. [REDACTED] als Vertreterin des Beklagten und damit der Beklagte selbst der Ansicht gewesen seien, es werde nur über die Berechtigung des Klägers zum Betrieb einer großen Spielbank (nach Art der Unternehmungen in Baden-Baden, Wiesbaden, Homburg usw.) verhandelt. Die Parteien hätten also, ohne dies zu bemerken, "aneinander vorbeigeredet". Ihre verschiedenen Auffassun-

gen hätten beide in dem Wortlaut des schriftlichen Vergleichs ihren Niederschlag gefunden. Wenn dieser auch für den unbefangenen Leser die Auslegung des Beklagten zu bestätigen scheine, so lasse er sich doch eben-
sogut im Sinne des Klägers deuten. Infolgedessen sei wegen versteckten Einigungsmangels (§ 155 BGB) kein Vertrag zustandegekommen. Der Kläger könne daher weder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, noch stehe ihm, da ein sittenwidriger Verstoß gegen vertraglich übernommene Verpflichtungen die Gültigkeit des Vertrages voraussetzen würde, ein Anspruch aus § 826 BGB zu.

Die Revision rügt Verletzung der §§ 161, 286 ZPO, der §§ 133, 155, 157 BGB und sonstiger sachlich-rechtlicher Vorschriften sowie der Denkgesetze.

2. Sie beanstandet zunächst die Art und Weise, wie das Berufungsgericht in seinem Urteil das Beweisergebnis wiedergegeben hat. Aus dem Tatbestand ergibt sich, daß in der Berufungsinstantz sechs Zeugen vernommen worden sind, und es heißt dort weiter: "Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Niederschrift vom 8. Februar 1955 verwiesen". Das Sitzungsprotokoll vom 8. Februar 1955 enthält, soweit es sich auf die Beweisaufnahme bezieht, nur das, was die Zeugen gemäß § 395 Abs 2 ZPO über ihre persönlichen Verhältnisse ausgesagt haben, sowie die Mitteilung, daß die Zeugen "zur Sache vernommen" worden seien; der Inhalt ihrer Aussagen ist aus dem Protokoll nicht ersichtlich. In den Akten befindet sich ferner ein vom 15. Februar 1955 datiertes, von dem Berichterstatter des Berufungsgerichts unterzeich-

netes Schriftstück mit der Bezeichnung: "Niederschrift des Berichterstatters über die Aussagen der Zeugen im Termin vom 8. Februar 1955"; es beginnt mit den Worten: "Die Zeugen haben im wesentlichen folgendes bekundet" und enthält auf 14 Schreibmaschinenseiten eine in abhängiger Rede abgefaßte Wiedergabe der Zeugenaussagen. Durchschriften davon sind den Prozeßbevollmächtigten ausweislich der Akten am 21. März 1955 übersandt worden, und zwar zusammen mit der Ausfertigung des inzwischen ergangenen Berufungsurteils.

Der Revision ist zuzugeben, daß diese Verfahrensweise nicht unbedenklich erscheint.

Das Berufungsgericht war zwar nach § 161 ZPO berechtigt, von einer Feststellung des Inhalts der Zeugenaussagen im Sitzungsprotokoll Abstand zu nehmen. In solchen Fällen ist jedoch nach ständiger Rechtsprechung des Reichsgerichts (RGZ 145, 390 [392 ff]; 146, 348 [354 f]; 151, 239 [249 f]; DR 1941, 1741), der sich der Oberste Gerichtshof für die Britische Zone (OGHZ 1, 168 [169]; 3, 383 [390]) und der Bundesgerichtshof (Lind-Möhr Nr 2 zu § 161 ZPO; NJW 1956, 1878) angeschlossen haben, eine Wiedergabe der Zeugenaussagen im Berufungsurteil, sofern dieses dem Rechtsmittel der Revision unterliegt, unerläßlich (vgl auch Stein-Jonas-Schönke 17. Aufl. § 161 ZPO Anm II; Baumbach-Lauterbach 24. Aufl § 161 ZPO Anm 2). Im Tatbestand des angefochtenen Urteils - wo die Wiedergabe des Beweisergebnisses hätte erfolgen sollen (RGZ 145, 393; RG HRR 1937 Nr 407; BGH MDR 1955, 92) - wird indessen über den Inhalt der Zeugenaussagen ebensowenig etwas mitgeteilt wie in dem Sitzungsprotokoll vom 8. Februar 1955. Die Entscheidungsgründe führen allerdings aus dem Ergebnis der Beweisaufnahme

Einzelheiten an, aber es fehlt hier an der in einem solchen Falle notwendigen klaren Trennung zwischen dem Inhalt der Bekundungen selbst und ihrer Würdigung durch das Berufungsgericht (RGZ 151, 250 f; RG HRR 1936 Nr 1543).

Gleichwohl greift die verfahrensrechtliche Rüge der Revision nicht durch. Aus dem Zusammenhang des angefochtenen Urteils ergibt sich nämlich, daß das Berufungsgericht, als es wegen des Beweisergebnisses "auf die Niederschrift vom 8. Februar 1955" verwies, damit gar nicht das Sitzungsprotokoll von jenem Tage gemeint hat (obgleich nach gerichtlichem Sprachgebrauch das Wort "Niederschrift" die übliche Verdeutschung für "Protokoll" ist), sondern daß die Verweisung sich in Wirklichkeit auf den Aktenvermerk des Berichterstatters, worin der wesentliche Inhalt der Zeugenaussagen mitgeteilt wurde, beziehen sollte. Wenn auch dieser Vermerk ein anderes Datum - 15. Februar 1955 - trägt, so bezeichnet er sich andererseits ebenfalls als "Niederschrift" und erwähnt in seinen Eingangsworten sogar ausdrücklich den Termin vom 8. Februar 1955. Es handelt sich daher nur um eine Nachlässigkeit in der Ausdrucksweise, d.h. um eine falsche Tagesangabe, die das Berufungsgericht übrigens jederzeit nach § 319 ZPO hätte berichtigen können. Die Frage aber, ob die bei Anwendung des §. 161 ZPO erforderliche Wiedergabe des Beweisergebnisses im Urteil durch eine Bezugnahme auf den Inhalt einer Aufzeichnung des Berichterstatters ersetzt werden könne, ist trotz verschiedentlich gegen eine solche Handhabung erhobener Bedenken (Schlußabsatz der Reichsgerichts-Entscheidung DR 1941, 1741 Nr 20; RG Warn 1937 Nr 34; OGHZ 3, 383 [390]; Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts 7. Aufl

§ 119 IV 5 Abs 3, S 563 f) doch von der herrschenden Meinung bejaht worden (RG DR 1941, 1741; Baumbach-Lauterbach 24. Aufl § 161 ZPO Anm 2; Stein-Jonas-Schönke 17. Aufl § 161 ZPO Anm II); auch der Bundesgerichtshof hat sich dem angeschlossen (NJW 1956, 1878). Allerdings wird dabei für den Regelfall vorausgesetzt, daß die das Beweisergebnis enthaltende Aufzeichnung den Parteien rechtzeitig vor der Urteilsfällung mitgeteilt worden ist; sie müssen Abschriften davon erhalten, damit sie in der Lage sind, den Inhalt des Schriftstücks bei ihrem mündlichen Vortrag in der Schlußverhandlung zu verwerten (vgl RG Warn 1940 Nr 148; DR 1941, 1741). Im vorliegenden Fall ist das nicht geschehen, die Parteivertreter haben vielmehr die Durchschriften der "Niederschrift" vom 15. Februar 1955 erst zusammen mit den Urteilsausfertigungen erhalten. Die Revision, die dies beanstandet, übersieht jedoch, daß es hier zu einer späteren mündlichen Verhandlung überhaupt nicht mehr gekommen ist. Die Prozeßbevollmächtigten haben im Termin vom 8. Februar 1955 unmittelbar im Anschluß an die Zeugenvernehmung, die in ihrer Gegenwart stattgefunden hatte, über das Beweisergebnis verhandelt und ihre bisherigen Anträge wiederholt (§ 370 Abs 1 ZPO), und dann wurde sogleich die Verhandlung geschlossen und Verkündungstermin anberaumt. Eine Möglichkeit, zu der Aufzeichnung des Berichterstatters Stellung zu nehmen, hätte daher für die Parteivertreter auch dann nicht mehr bestanden, wenn diese ihnen noch vor der Urteilsfällung abschriftlich mitgeteilt worden wäre. Auch der weitere Umstand, daß der Aktenvermerk vom 15. Februar 1955 nach seinen Eingangsworten nur wiedergibt, was die Zeugen "im wesentlichen" bekundet haben, steht der Zulässigkeit einer Bezugnahme, entgegen der Ansicht der Revision, nicht im

Wege. Denn wenn es auch keineswegs angänglich wäre, die Wiedergabe des Beweisergebnisses auf das unmittelbar zur Entscheidung Dienende zu beschränken - also nur das, was das Berufungsgericht selbst für entscheidungserheblich hält, in die Darstellung aufzunehmen (RGZ 151, 251) -, so braucht andererseits doch nicht jede Äußerung, die der Zeuge bei seiner Vernehmung getan hat, mitgeteilt zu werden; es genügt vielmehr, daß alles, was nach vernünftigem Ermessen erheblich sein kann, in der Wiedergabe enthalten ist (Stein-Jonas-Schönke 17. Aufl. § 161 ZPO Anm II Note 3 m.w.Nachw.; vgl auch RG DR 1941, 1741, wo wiederholt von dem "wesentlichen Inhalt der Zeugenaussagen" die Rede ist). Daß der Aktenvermerk des Berichterstatters vom 15. Februar 1955 gegen diesen Grundsatz verstoße, ist nicht ersichtlich; es handelt sich bei ihm um eine sehr ausführliche und offensichtlich wirklichkeitsgetreue Wiedergabe der Zeugenaussagen. Die beiden anderen bei der Entscheidung beteiligten Richter haben sich auch den Inhalt dieser Wiedergabe durch ihre Unterschrift unter dem Urteil, das darauf Bezug nimmt, zu eigen gemacht.

Erweist sich somit die Rüge im Ergebnis als unbegründet, so bedarf es auch keines Eingehens mehr auf die Frage, ob der Revisionskläger durch die gerügte Verfahrensweise überhaupt beschwert ist; ins einzelne gehende Beanstandungen nach der Richtung, daß die Niederschrift vom 15. Februar 1955 inhaltlich falsch sei, sind von der Revision nicht erhoben worden.

3. Die Revision wendet sich ferner gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, daß ein versteckter Eini-
gungsmangel im Sinne von § 155 BGB vorgelegen habe.

a) Ihr kann insoweit nicht beigetreten werden, als sie die Urteilsfeststellungen über den objektiven Inhalt des schriftlichen Vergleichs vom 15. Juni 1951 als fehlerhaft bekämpft. Das Berufungsgericht ist unter Berücksichtigung des Vergleichswortlauts und des übrigen Sachverhalts zu der Auffassung gelangt, daß der Vergleich mehrdeutig sei und im Sinne der Behauptungen beider Parteien ausgelegt werden könne. Diese Ausführungen bewegen sich auf dem Gebiet der tatrichterlichen Würdigung. Sie sind einer Nachprüfung durch das Revisionsgericht nur dahin zugänglich, ob gegen Rechtsvorschriften oder allgemeine Auslegungsgrundsätze verstoßen worden sei. Ein solcher Verstoß ist nicht ersichtlich. Wenn insbesondere das Berufungsgericht zu dem "Nebeneinander von Glücksspielen und großer Spielbank" in Nr II des Vergleichs feststellt, diese Fassung sei sowohl mit dem Standpunkt des Klägers und seiner Berater als auch mit dem der Zeugin R. [REDACTED] vereinbar, so ist nicht einzusehen, inwiefern darin, wie die Revision meint, ein Denkfehler liegen soll. Ob in einem etwaigen Gesetz, durch das eine große Spielbank für Berlin zugelassen worden wäre, die statthaften Arten von Glücksspielen genau hätten bezeichnet werden müssen, mag auf sich beruhen; auf jeden Fall ist nicht dargetan, daß die Parteien bei den Vergleichsverhandlungen sich dessen bewußt gewesen seien.

b) Dagegen sind die weiteren Ausführungen des Berufungsurteils, mit denen dargelegt wird, daß die Parteien sich in einem wechselseitigen Mißverständnis über den Inhalt ihrer Erklärungen befunden hätten, nicht frei von Rechtsirrtum.

Das Berufungsgericht prüft in diesem Zusammenhang zunächst den Hergang der Besprechung vom 13. April 1951. Es stellt dazu fest, damals habe der Zeuge St., der Vertreter des Klägers, nachdem die Verhandlungspartner über Wetten, Lotto, Toto usw. gesprochen hätten und nachdem von der Zeugin R., der Vertreterin des Beklagten, auf die Notwendigkeit einer gesetzlichen Neuregelung auch für diese Arten von Spielen hingewiesen worden sei, den Vorschlag gemacht, daß der Kläger die Konzession erhalten sollte, wenn jemals in Berlin eine Spielbank oder Glücksspiele erlaubt sein würden. Nach der Aussage St. habe die Zeugin R. "diesen Vorschlag entgegengenommen". Nach ihrer eigenen Aussage dagegen habe sie den Vorschlag einer Konzessionserteilung für Lotto usw. "sofort als zu weitgehend zurückgewiesen", und keinesfalls seien "Lotto etc." zum Inhalt der Vergleichsverhandlungen gemacht worden. Aus diesen Feststellungen und dem Wortlaut eines Aktenvermerks der Zeugin R., der am Schluß der Besprechung vorgelesen worden ist, folgert dann das Berufungsgericht, die Verhandlungspartner hätten "schon bei der ersten Besprechung aneinander vorbeigeredet": Stahl habe angenommen, daß die Zeugin seinen Vorschlag - Konzessionserteilung für jedwedes Glücksspiel - entgegengenommen habe, und er hätte dies auf Grund des verlesenen Aktenvermerks auch annehmen dürfen; die Zeugin R. sei davon ausgegangen, daß Inhalt der Vergleichsverhandlungen nur der Vorschlag gewesen sei, dem Kläger die Konzession für eine große Spielbank zu erteilen.

Diese Schlußfolgerung wird von der Revision mit Recht beanstandet. Sie beruht auf einer Verwechslung.

zweier verschiedener Vorgänge, nämlich jener ersten Besprechung einerseits und der Beweisaufnahme andererseits. Aus den Feststellungen des angefochtenen Urteils ergibt sich lediglich, daß die Aussagen der beiden Zeugen bei ihrer Vernehmung sich nicht deckten. Dagegen ist nicht festgestellt, daß das, was die Zeugen in ihrer Eigenschaft als Verhandlungspartner am 13. April 1951 erklärten, nicht übereingestimmt habe. Über den Hergang dieser Besprechung gehen die Schilderungen der Zeugen auseinander: St. ■■■ hat ausgesagt, die Zeugin R. ■■■ habe seinen Vorschlag (Konzessionserteilung für jedwedes Glücksspiel) widerspruchslos entgegengenommen; die Zeugin R. ■■■ hat ausgesagt, sie habe den Vorschlag zurückgewiesen und sich auf eine Verhandlung über Wetten, Lotto, Toto usw. nicht eingelassen. Den Widerspruch in den Zeugenaussagen verlegt das Berufungsgericht fälschlicherweise zurück in das Stadium der Vergleichsverhandlungen. Es hat, wie die Revision zutreffend hervorhebt, verkannt, daß es angesichts der widersprechenden Bekundungen sich hätte entscheiden müssen, welchem der beiden Zeugen es Glauben schenken wollte; falls sich aber eine Klärung darüber nicht herbeiführen ließ, so hätte es prüfen müssen, welche Partei beweispflichtig sei und die verfahrensrechtlichen Folgen der mangelnden Aufklärbarkeit zu tragen habe. Wenn das Berufungsgericht, anstatt das Beweisergebnis zu würdigen, den Schluß gezogen hat, die Verhandlungspartner hätten am 13. April 1951 "aneinander vorbeigeredet", so liegt darin ein Verstoß gegen § 286 ZPO.

Der gleiche Fehler ist dem Berufungsgericht auch bei seinen Ausführungen über die weiteren Besprechungen vom 24. April und 23. Mai 1951 unterlaufen. Es stellt als In-

halt der Aussage des Zeugen Sc[REDACTED] - an dessen Erinnerungsvermögen "keine begründeten Zweifel auftauchen" könnten - fest, Sc[REDACTED] habe am 24. April 1951 vorgeschlagen, daß dem Kläger das Vorrecht sowohl auf eine eigentliche Spielbank als auch auf Ausspielungen um Waren, auf Lotto, Auslandsfußballtoto usw. gegeben werden sollte, - welchen Vorschlag die Zeugin R[REDACTED] entgegengenommen habe, ohne etwa erkennbar werden zu lassen, daß der Vergleich auf die große Spielbank beschränkt werden solle; mit dieser Bekundung decke sich auch die Aussage des Zeugen Kl[REDACTED]. Über den Hergang der Besprechung vom 23. Mai 1951 findet sich im Berufungsurteil die Feststellung, der Zeuge K[REDACTED] habe ausgesagt, er habe genau wie der Zeuge Sc[REDACTED] einen Vorschlag dahin gemacht, daß sich der Beklagte "generell verpflichten solle, dem Kläger die Konzession für Glücksspiele zu erteilen, falls Glücksspiele in Berlin gesetzlich zugelassen würden", und daß der Kläger im Falle der Konzessionserteilung für die große Spielbank 40 000 DM, im Falle der Konzessionserteilung für ein anderes Glücksspiel jedoch nur 10 000 DM zurückzahlen sollte; nach der Aussage der Zeugin Ristow dagegen erkläre sich die Unterscheidung zwischen den beiden Geldbeträgen "aus der geschichtlichen Entwicklung der Vergleichsverhandlungen, ohne daß die Zahlung der einen oder anderen Summe von verschiedenen Bedingungen abhängig gemacht worden sei". Hieraus entnimmt das Berufungsgericht, jede Partei habe "die Erklärungen ihres Partners anders aufgefaßt, als sie gemeint waren". Bevor dieser Schluß gezogen wurde, hätten jedoch zunächst die widersprechenden Zeugenaussagen gegeneinander abgewogen und es hätte entschieden werden müssen, welcher von ihnen zu glauben sei (§ 286 ZPO)

Das Vorliegen eines versteckten Einigungsmangels könnte nur bejaht werden, sofern keiner der beiden Verhandlungspartner gemerkt hätte, daß der Gegner jeweils etwas anderes erklärte. Dies will das Berufungsgericht wohl in der Tat feststellen, wenn es ausführt, die Zeugin R. habe den "weiten" Vergleichsvorschlag des Klägers nicht als solchen erkannt, sie habe vielmehr stets auf ihrer ursprünglichen Annahme beharrt, zum Inhalt der Vergleichsverhandlungen sei nur die große Spielbank gemacht worden. Bei diesen Ausführungen bleibt jedoch im unklaren, wie sich das Berufungsgericht mit den Aussagen der Zeugen St., Sc., K. und Kl. abfinden will, wonach von Seiten des Klägers ausdrücklich und wiederholt etwas Gegenteiliges erklärt worden sein soll. Wäre letzteres richtig, dann ließe sich die Annahme, daß die Verhandlungsbeteiligten einander mißverstanden hätten, möglicherweise nicht aufrechterhalten. Es wäre dann zu prüfen, ob die Zeugin R. nicht erkannt habe, daß der Kläger und seine Berater dem Vergleich einen anderen Sinn beilegten als sie. Wenn sie aber unter solchen Umständen gleichwohl den nach Ansicht des Berufungsgerichts objektiv mehrdeutigen Vergleich abschloß, so würde das zur Folge haben, daß sich der Beklagte auf die für ihn günstige Auslegung nicht berufen könnte. Denn jeder Verhandlungspartner muß die Erklärung des Gegners so gegen sich gelten lassen, wie sie nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu verstehen ist (RGZ 165, 193 [198]).

4. Das angefochtene Urteil war daher aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Die Aufhebung und Zurückverweisung hat zur Folge, daß das Berufungsgericht auch an seine bisherige Auslegung des Vergleichs vom 15. Juni 1951 (vgl Nr II 3 der Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils) nicht mehr gebunden ist. Es steht ihm vielmehr frei, erneut zu prüfen, ob der Vergleich wirklich seinem objektiven Inhalt nach mehrdeutig ist. Wenn diese Vergleichsauslegung bisher unter anderem damit begründet wurde, in dem Vergleich sei mehrfach von "großer Spielbank" und mehrfach schlechthin von "Spielbank" die Rede (S 15 BU), so mag hierzu darauf hingewiesen werden, daß ein solcher Wechsel im Ausdruck lediglich zweimal vorkommt, und zwar übereinstimmend in Nr II und in Nr III des Vergleichstextes: an beiden Stellen wird zunächst von "großer Spielbank" gesprochen und dann jeweils im unmittelbar anschließenden Satz "die Spielbank" (bzw. "Eröffnung der Spielbank") erwähnt. Das könnte dafür sprechen, daß sowohl in Nr II als auch in Nr III beide Male dasselbe gemeint war und nur aus "stilistischen" Gründen von einer - dem ganzen Zusammenhang nach überflüssigen - Wiederholung des Eigenschaftswortes Abstand genommen wurde.

Sollte das Berufungsgericht wiederum zu der Auslegung gelangen, daß der Vergleich seinem objektiven Inhalt nach mehrere Deutungen zulasse, so wird in der neuen Verhandlung die Beweiswürdigung, soweit sie nach den vorstehenden Ausführungen (oben zu 3 b) bisher unterblieben ist, nachzuholen sein. Inwiefern es dazu einer erneuten Vernehmung und etwaigen Gegenüberstellung der Zeugen bedarf, muß der Entschließung des Berufungsgerichts überlassen bleiben.

Diesem war auch die Entscheidung über die Kosten
der Revisionsinstanz zu übertragen.

Dr. Tasche

Rothe

Dr. Augustin

Dr. Oechßler

Dr. Freitag