

## **BGer 4C.158/2004 vom 10. August 2004**

Bundesgericht, 2004-08-10, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4C.158\\_2004](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4C.158_2004)

FR: TF 4C.158/2004 du 10 août 2004

IT: TF 4C.158/2004 del 10 agosto 2004

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Nachdem das Bundesgericht auf die staatsrechtliche Beschwerde des Beklagten nicht eintrat, ist sein Begehren, diese vor der Berufung zu behandeln, gegenstandslos geworden.

#### **E. 2**

Das angefochtene Urteil ist berufungsfähig, weil es eine vermögensrechtliche Zivilrechtsstreitigkeit betrifft, welche den Streitwert gemäss Art. 46 OG erreicht, und es nicht durch ein ordentliches kantonales Rechtsmittel angefochten werden kann ( Art. 48 Abs. 1 OG ). Auf die form- und fristgerechte Berufung ist daher einzutreten.

#### **E. 3.1**

Vor Obergericht wendete der Beklagte ein, die Klägerin könne keinen Schadenersatz verlangen, weil der von ihr seit dem 7. November 2000 aufgestellte Geldspielautomat "Super Cherry 4000" widerrechtlich sei. Das Obergericht kam zum Schluss, dieser Einwand dringe nicht durch. Zur Begründung führte es zusammengefasst aus, nachdem der Beklagte nicht behauptet habe, er habe aus dem Aufstellen des Gerätes "Super Cherry 4000" einen Nachteil irgendwelcher Art erlitten, könne offen bleiben, ob das aufgestellte Gerät den öffentlich-rechtlichen Erfordernissen entsprochen habe oder nicht. Die Berechnung des Schadenersatzes sei aber auch deshalb nicht zu beanstanden, weil der Beklagte erst anlässlich der Appellationsverhandlung und damit prozessual verspätet eingewendet habe, mit einem zulässigen Gerät hätte kein Ertrag erwirtschaftet werden können. Zudem habe der Beklagte es unterlassen, vor der Kündigung der Aufstell-Vereinbarung gemäss Ziff. 8 eine Vertragsverletzung durch die Klägerin zu rügen und den Ersatz des aufgestellten Automaten zu verlangen, obwohl angenommen werden könne, die Klägerin hätte als professionelle Anbieterin von Automaten die von ihr gelieferten Geräte in ihrem eigenen Interesse den rechtlichen Vorgaben ohne weiteres angepasst. Die nachträgliche Berufung auf die Widerrechtlichkeit des aufgestellten Automaten erscheine unter diesen Umständen als rechtsmissbräuchlich.

#### **E. 3.2**

Der Beklagte rügt, das Obergericht habe Bundesrecht verletzt, indem es unberücksichtigt gelassen habe, dass die Klägerin gegen das Bundesgesetz vom 18. Dezember 1998 über Glücksspiele und Spielbanken (Spielbankengesetz, SBG, SR. 935.52) und die Verordnung vom 23. Februar 2000 über Glücksspiele und Spielbanken (Spielbankenverordnung, VSBG, SR. 935.521) verstossen habe. Dies ergebe sich daraus, dass das von der Klägerin am 7. November 2000 neu aufgestellte Gerät vom Typ "Super Cherry 4000" weder unter die für die vor dem 1. November 1997 in Betrieb stehenden Geräte gültige Übergangsfrist von 5 Jahren ( Art. 60 Abs. 2 SBG ) falle, noch mit dem ersetzten Gerät als baugleich im Sinne von Art. 134 und 135 VSBG bezeichnet werden könne, weshalb die Weiterverwendung des

neuen Gerätes unter der Strafandrohung von Art. 56 SBG gestanden habe. Der Beklagte hätte sich demnach durch das Hinnehmen des rechtswidrigen Zustandes auch selbst strafbar gemacht. Er sei daher berechtigt gewesen, die Klägerin - aus welchen Gründen auch immer - aufzufordern, den Geldspielautomaten per 30. Juni 2001 abzuholen, um den rechtswidrigen Zustand zu beenden. Entgegen der Annahme der Vorinstanz sei eine nachträgliche Anpassung des Geldspielautomaten nicht mehr möglich gewesen.

### **E. 3.3**

Die Rüge ist unbegründet. Selbst wenn davon ausgegangen wird, der zuletzt von der Klägerin aufgestellte Automat sei nicht mehr gesetzeskonform gewesen, wäre der Kläger gemäss Ziff. 5 der Aufstell-Vereinbarung weiterhin an den Vertrag gebunden gewesen und hätte gemäss Ziff. 8 der Vereinbarung zunächst die Erfüllung des Vertrages, das heisst in diesem Zusammenhang die Ersetzung des nicht gesetzmässigen Automaten durch ein zulässiges Modell verlangen müssen. Ein solches Begehren hat der Beklagte jedoch nicht gestellt. Vielmehr hat er in seinem Schreiben vom 17. Mai 2001 die Klägerin aufgefordert, das vorhandene Gerät bis zum 1. Juni 2001 abzuholen, weil er den Betrieb einem Nachfolger übergebe. Dies zeigt, dass Betriebsübergabe und nicht die erst nachträglich angeführte Widerrechtlichkeit des aufgestellten Gerätes den Grund für den Vertragsrücktritt des Beklagten darstellte und dieser daher an einem zulässigen Automaten nicht mehr interessiert war. Das Aufstellen eines solchen wäre durchaus möglich gewesen, da der Beklagte nicht geltend macht, nach dem Ersetzen des aufgestellten Automaten am 7. November 2000 sei seinem Gasthaus die Bewilligung zum Betrieb eines Spielautomaten entzogen worden oder nach der Praxis zum Übergangsrecht habe mit dem sofortigen Entzug der Bewilligung gerechnet werden müssen. Zudem weist der Beklagte selbst darauf hin, dass in Restaurants auch nach Ablauf der Übergangsfrist von fünf Jahren gemäss Art. 60 Abs. 2 SBG weiterhin Geschicklichkeitsspielautomaten betrieben werden können ( Art. 60 Abs. 3 SBG ). Die Berufung des Beklagten auf die Widerrechtlichkeit des aufgestellten Automaten erfolgte damit ohne schützenswertes Interesse, weshalb das Obergericht zu Recht annahm, dieser Einwand verstosse gegen das Verbot des Rechtsmissbrauchs (vgl. BGE 129 III 493 E. 51 S. 497 f).

### **E. 4.1**

Der Beklagte machte vor Obergericht geltend, entgegen der Auffassung der Klägerin sei er gemäss der Aufstell-Vereinbarung aufgrund der Aufgabe seiner Wirtstätigkeit zum entschädigungslosen Rücktritt berechtigt gewesen. Das Obergericht führte aus, da die Parteien bezüglich dieser Frage keinen tatsächlich übereinstimmenden Willen behauptet hätten, sei diesbezüglich die Automaten-Aufstell-Vereinbarung unter Berücksichtigung der Zusatzvereinbarung nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Dabei kam es zum Ergebnis, die Aufstell-Vereinbarung habe nicht so verstanden werden dürfen, dass sie dem Beklagten bei der Aufgabe seiner Wirtstätigkeit ein entschädigungsloses Rücktrittsrecht einräume. Zur Begründung führte das Obergericht zusammengefasst an, die Beendigung der Wirtstätigkeit des Beklagten sei in der Aufstell-Vereinbarung nicht konkret angesprochen. Dieser sehe eine Mindestvertragsdauer bis 30. Juni 2007 vor, wobei ein entschädigungsloser vorzeitiger Vertragsrücktritt nur vorgesehen sei, wenn die festgelegten Mindestumsätze nicht erreicht werden (Ziff. 7 betreffend die Klägerin) oder eine Partei die Erfüllung des Vertrages verweigere (Ziff. 8 betreffend beide Parteien). Bei Erfüllung des Vertrages durch die Klägerin habe daher für den Beklagten angesichts der vereinbarten Mindestdauer kein Recht bestanden, vom Vertrag zurückzutreten, ohne gemäss Ziff. 8 entschädigungspflichtig

zu werden. Nichts anderes ergebe sich aus der Zusatzvereinbarung, welche nur das Platzgeld zum Gegenstand habe und daher nicht als Änderung oder Ergänzung der Kündigungsmöglichkeit der Aufstell-Vereinbarung verstanden werden könne.

#### **E. 4.2**

Der Beklagte rügt, die Vorinstanz habe Art. 18 OR verletzt, indem sie den Vertragsinhalt nicht nach dem tatsächlichen Willen der Vertragsparteien ermittelt habe. Dieser ergebe sich aus Ziff. 1 des Automatenaufstellungsvertrages, der besage, dass der Wirt dem Aufsteller das Recht einräume, "in den von ihm jeweils betriebenen Gastbetrieben" Automaten aufzustellen. Diese Bestimmung bedeute, dass der Wirt das Recht zur Automatenaufstellung nur so lange gewähre, wie er selbst wirte. Höre er damit auf, habe er keine Aufstellungsverpflichtung mehr, weshalb auch keine Entschädigung geschuldet sei. Auch die feste Vertragsdauer setze damit immer voraus, dass der Wirt selbst wirte. Da eine Überbindungspflicht an Dritte bei Auflösung des Aufstell-Vertrages zu verneinen sei, treffe den Beklagten nach der Aufgabe seiner Wirtetätigkeit keine Schadenersatzpflicht.

#### **E. 4.3**

Aus Art. 18 OR folgt die Auslegungsregel, dass der Inhalt eines Vertrages in erster Linie subjektiv, d.h. nach dem übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien und erst, wenn ein solcher Wille unbewiesen bleibt, normativ auf Grund der Auslegung der Parteierklärungen nach dem Vertrauensprinzips zu bestimmen ist. Die Verletzung des Vorrangs der subjektiven vor der normativen Vertragsauslegung kann mit Berufung gerügt werden. Dabei ist zu beachten, dass die Behauptungs- und Beweislast für Bestand und Inhalt eines vom normativen Auslegungsergebnis abweichenden subjektiven Vertragswillens jene Partei trägt, welche aus diesem Willen zu ihren Gunsten eine Rechtsfolge ableitet ( BGE 121 III 118 E. 4b/aa S. 123).

#### **E. 4.4**

Nach den für das Bundesgericht verbindlichen Feststellungen des Obergerichts haben die Parteien bezüglich der Kündigungsmöglichkeit auf Grund der Aufgabe der Wirtetätigkeit des Beklagten einen tatsächlichen übereinstimmenden Willen nicht einmal behauptet. Das Obergericht konnte daher nicht von einem solchen Willen ausgehen. Vielmehr musste es die Vereinbarungen der Parteien direkt nach dem Vertrauensprinzip auslegen. Die Rüge der Verletzung des Vorrangs der subjektiven vor der objektiven Vertragsauslegung erweist sich damit als unbegründet. Würden die Ausführungen des Beklagten so verstanden, dass er damit implizit eine Verletzung des Vertrauensprinzips geltend machen wollte, so wäre auch diese Rüge unbegründet, weil das Obergericht gemäss seinen zutreffenden Ausführungen bundesrechtskonform annehmen konnte, der Beklagte habe unter den gegebenen Umständen nicht darauf vertrauen dürfen, er sei bei der Aufgabe seiner Wirtetätigkeit zum entschädigungslosen Rücktritt vom Automatenaufstellungsvertrag berechtigt.

#### **E. 5**

Nach dem Gesagten ist die Berufung abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beklagte kosten- und entschädigungspflichtig ( Art. 156 Abs. 1 und Art. 159 Abs. 2 OG ). Bei der Bemessung der Parteientschädigung wird die Mehrwertsteuer im Rahmen des geltenden Tarifs pauschal berücksichtigt (Beschluss der Präsidentenkonferenz vom 8. Mai 1995).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.