

# Urteil Az. 4 U 177/01\*

OLG Hamm

23. April 2002

## Tenor

- 1 Die Berufung der Beklagten gegen das am 11. Oktober 2001 verkündete Urteil der 17. Zivilkammer- Kammer für Handelssachen - des Landgerichts Bochum wird zurückgewiesen.
- 2 Die Beklagte trägt die Kosten der Berufung
- 3 Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

## Gründe

- 4 (Von der Darstellung des Tatbestandes wird gemäß §543 Abs. 1 ZPO alter Fassung abgesehen.)
- 5 Die Berufung der Beklagten ist unbegründet. Das Landgericht hat zu Recht sowohl wegen des Vorfalles vom 15. November 2000, als auch wegen des Vorfalles vom 16. November 2000 die versprochene Vertragsstrafe als verwirkt angesehen, §339 Satz 2 BGB.
- 6 Durch Vertrag vom 13./19. Juli 2000 hat sich die Beklagte verpflichtet, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Spielern einen bestimmten Punktestand an Unterhaltsgeräten ohne Gewinnmöglichkeit nach einer bestimmten Quote in Geld zu vergüten. Für jeden Fall der Zuwiderhandlung hat die Beklagte die Zahlung einer Vertragsstrafe in Höhe von 8.000,00 DM versprochen.
- 7 Das Landgericht hat es auf Grund der von ihm durchgeführten Beweisaufnahme für erwiesen erachtet, daß die Beklagte sowohl am 15. November, als auch am 16. November 2000 jeweils einem Kunden für gewonnene Token eine Vergütung

---

\*<http://openjur.de/u/725511.html> (= openJur 2014, 20126)

in Geld gewährt hat.

- 8 Die Beklagte greift diese Beweiswürdigung des Landgerichts vergeblich an.
- 9 Was den Vorfall vom 15. November 2000 betrifft, so hat der Zeuge S diesen Vorfall plausibel geschildert. Aus seiner Aussage ergeben sich keine Anhaltspunkte, die Zweifel an der Glaubhaftigkeit dieser Aussage erwecken können. Der Zeuge S hat das bestätigt, was im Prüfungsbericht steht und was er zuvor handschriftlich niedergelegt hat. Auch wenn diese handschriftlichen Aufzeichnungen dem Zeugen wieder mitgegeben worden sind und folglich dem Senat nicht vorgelegen haben, so hat das Landgericht aber unwidersprochen festgestellt, daß die handschriftlichen Aufzeichnungen mit dem Prüfbericht, der sich in der Akte befindet, übereinstimmen. Die Aussage ist also positiv ergiebig.
- 10 Für die Richtigkeit der Aussage des Zeugen S spricht auch, daß es sich bei ihm um einen absichtlichen Zeugen handelt. Der Zeuge ist zudem erfahren. Denn er macht diese Testbeobachtungen bereits seit 1993. Da er nicht erfolgsabhängig entlohnt wird, liegt bei ihm auch die erforderliche Unabhängigkeit vor, die ihn das jeweilige Geschehen neutral beobachten läßt. Da er, wie dargelegt, seine Beobachtungen auch ganz zeitnah niedergelegt hat, kann davon ausgegangen werden, daß sich sein Erinnerungsbild auch nicht verschoben hat. Zudem folgt aus seiner Aussage vor dem Landgericht, daß er auch immer noch eine konkrete Erinnerung an den Vorfall hatte. Daß es sich dabei nicht lediglich um eine vorgetäuschte Erinnerung gehandelt hat, ergibt sich auch daraus, daß der Zeuge andererseits Erinnerungslücken eingeräumt hat, weil er sich nach seiner Aussage nicht sicher war, ob der Zeuge E damals die Aufsicht in der Spielhalle führte. Er hat auch zugegeben, nicht zu wissen, was für eine Chipkarte sich in dem Geldwechsler befunden hat. Im übrigen ist der Zeuge bei seiner Aussage, was den entscheidenden Vorgang der Gewinnvergütung betrifft, auch nach intensivem Vorhalt geblieben, wie das Landgericht ausdrücklich betont hat.
- 11 Diese Zeugenaussage ist durch die übrigen Zeugenaussagen auch nicht erschüttert. Die Aussagen der Zeuginnen I und L sind unergiebig, weil sie sich nicht auf den Vorfall des 15. November 2000 beziehen.
- 12 Es bleibt allein die Aussage des Zeugen E. Ob dieser Zeuge tatsächlich die Aufsicht führte, steht nicht 100 %-ig fest. Denn nach dem ursprünglichen Vortrag der Beklagten sollte die Aufsicht von dem zunächst als Zeuge benannten X ausgeübt worden sein. Letztlich spielt es aber keine entscheidende Rolle, ob der Zeuge E nun tatsächlich die Aufsicht geführt hat oder ob es ein anderer Mitarbeiter der Beklagten gewesen ist. Denn die Aussage des Zeugen E überzeugt nicht. Er hat keine konkrete Erinnerung mehr an den Vorfall gehabt. Eine gewisse Entlastungstendenz kann nicht ausgeschlossen werden. Die Aussage kommt dem Motto nahe, daß nicht geschehen sein könne, was nicht erlaubt sei. Zudem hat sich der Zeuge einen Ausweg offengelassen, indem er einen möglichen Defekt des Geldwechslers angesprochen hat, den er aber dann nicht notwendig habe

mitbekommen müssen.

- 13 Gleiches gilt zum Vorfall vom 16. November 2000. Auch insoweit hat der Zeuge S glaubhaft bestätigt, was er seinerzeit schriftlich niedergelegt hat. Die Aussage wird auch nicht durch die Aussage der Zeuginnen I und L erschüttert. Die Zeugin I dürfte als Aufsichtsperson ausscheiden. Sie hat nur allgemein die Handhabung bei der Beklagten bestätigt, daß sie eben nie mehr Geld als den Einsatz ausgezahlt haben will. Die Zeugin L hat auch keine konkrete Erinnerung mehr an den Vorfall gehabt. Auch sie schildert nur allgemein, daß nicht über den Einsatz ausgezahlt worden sei.
- 14 Die Aussage des Zeugen S könnte allerdings dann in ihrer Glaubhaftigkeit in Zweifel zu ziehen sein, wenn die Beobachtungen des Zeugen technisch gar nicht möglich wären.
- 15 Insoweit hat sich die Beklagte dahingehend eingelassen, daß der Geldwechsler so programmiert sei, daß er immer nur den auf der Chipkarte verbuchten Einsatzbetrag auszahle. Diese Behauptung hat sie auch unter Sachverständigenbeweis gestellt.
- 16 Der Senat hat aber keine Veranlassung gesehen, diesem Beweisantritt nachzugehen. Denn ein solches Gutachten würde keinen entscheidenden Erkenntnisgewinn bringen. Der Sachverständige könnte nur den Geldwechsler selbst untersuchen. In diesem Zusammenhang kann zu Gunsten der Beklagten unterstellt werden, daß dieser Geldwechsler so programmiert ist, daß er nur den auf der Chipkarte verbuchten Einsatzbetrag auszahlt, mögen auch noch mehr Token in den Geldwechsler eingeworfen werden.
- 17 Die von der Beklagten nicht zu überwindende Schwachstelle in dieser Beweisführung besteht hier darin, daß nicht mehr festgestellt werden kann, welche Chipkarten bei den Vorfällen vom 15. bzw. 16. November 2000 in den Geldwechsler gesteckt worden sind. Erst ein geschlossener Kreislauf der Chipkarten würde das Auszahlungssystem des Geldwechslers sicher machen. Nur dann, wenn auch die Chipkarten vom Aufsichtspersonal kontrolliert würden, wäre vom System her sichergestellt, daß wirklich nur jeweils der Einsatzbetrag rückvergütet wird. Ein solches geschlossenes Chipkartensystem hat die Beklagte aber nicht installiert. Vielmehr können die Chiparten frei zirkulieren. Denn der Pfandbetrag von 10,00 DM für die Chipkarte stellt nicht ausreichend sicher, daß die Chipkarte tatsächlich bei Verlassen der Spielhalle wieder zurückgegeben wird. Die Beklagte hat auch nicht dargetan, daß bei den zurückgegebenen Chipkarten sorgfältig darauf geachtet wird, daß der vermerkte Einsatzbetrag gelöscht wird, wenn ein Spieler seinen Einsatzbetrag verspielt hat und diesen folglich vom Geldwechsler nicht zurückerhalten kann. Insgesamt besteht danach die nicht fernliegende Möglichkeit, daß ein Kunde mit einer Chipkarte, auf der noch ein höherer Einsatzbetrag vermerkt ist, als er selbst zu Spielbeginn eingezahlt hat, es erreichen kann, mehr als seinen zu Beginn des Spielvorganges eingesetzten Einsatzbetrag

vom Geldwechsler ausgezahlt zu bekommen, also einen verbotenen Gewinn zu erhalten.

- 18 Dementsprechend hat der Zeuge S bei dem ersten Vorfall vom 15. November 2000 bekundet, daß der Gewinnbetrag von der Aufsicht selbst ausgezahlt worden ist und daß sich die Aufsicht selbst den Betrag aus dem Geldwechsler "rück-erstatte" ließ, und zwar über eine Chipkarte, die bereits in dem Geldwechsler steckte. Nach dem von der Beklagten geschilderten Kartensystem bleibt unerklärlich, wie dies möglich gewesen sein soll, wie also in dem Geldwechsler bereits eine Chipkarte gesteckt haben kann, auf die dann der Geldwechsler einen Betrag ausgezahlt hat. Berücksichtigt man aber die praktische Handhabung des Kartensystems, erscheint es ohne weiteres möglich, daß die in dem Geldwechsler steckende Chipkarte von einem anderen Spielvorgang stammt, bei dem der Einsatzbetrag nicht zurückgeholt worden ist.
- 19 Beim zweiten Vorfall am 16. November 2000 hat zwar der Kunde selbst die Chipkarte in den Geldwechsler gesteckt. Aber auch hier kann ohne Chipkarte nicht geklärt werden, ob der vom Zeugen beobachtete Vorgang technisch nicht möglich ist. Wie dargelegt, können sich auf der Chipkarte, die vom Kunden in den Geldwechsler gesteckt worden ist, höhere Einsatzbeträge verbucht befinden haben, als dieser Kunde bei Beginn seines Besuches an Einsatzbeträgen in den Geldwechsel gesteckt hat. Auch wenn der Geldwechsler so programmiert ist, daß er nur die auf der Chipkarte verbuchten Einsatzbeträge auszahlt, bleibt der vom Zeugen S beobachtete Vorgang gleichwohl technisch möglich, weil sich nicht mehr feststellen läßt, welcher Einsatzbetrag denn tatsächlich auf der Chipkarte verbucht war, die der Kunde nach der Beobachtung des Zeugen S in den Geldwechsler nach Beendigung seines Spieles gesteckt hat.
- 20 Diese Unklarheiten gehen hier zu Lasten der Beklagten. Denn die Klägerin als Gläubigerin muß nur den äußeren Tatbestand des Verstoßes beweisen. Das ist ihr hier mit der Aussage des Zeugen S gelungen. Sache der Beklagten wäre es gewesen, die Glaubhaftigkeit dieser Aussage zu erschüttern. Das ist ihr aber nicht gelungen, weil der Gegeneinwand aus technischer Sicht angesichts der Lückenhaftigkeit ihres Kartensystems nicht durchschlägt.
- 21 Die Kostenentscheidung folgt aus §97 Abs. 1 ZPO.
- 22 Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§708 Ziffer 10, 711, 713 ZPO.