

42. Erstreckt sich die Richtigkeit eines Schankpachtvertrags, der durch die Kastellanabrede gegen das Gesetz verstößt, auch auf eine Hilfsvereinbarung, durch welche die Beteiligten für den Fall der Aufdeckung des Verstoßes den Schankbetrieb des Pächters auf erlaubtem Weg zu ermöglichen suchen?

BGB. §§ 134, 139, 140.

VIII. Zivilsenat. Urt. v. 8. Juli 1929 i. S. R. u. Gen. (Bek.)  
w. L. (Rl.). VIII 220/29.

I. Landgericht Köln.

II. Oberlandesgericht daselbst.

Die in einem Hause in Köln-Deutz befindliche Gastwirtschaft ist von der Klägerin durch Vertrag vom 22. Juni 1927 für die Zeit

vom 1. Juli 1927 bis 31. Mai 1930 an die Beklagte zu 1, von dieser durch Vertrag vom 8. Juli 1927 für die gleiche Zeit und für den gleichen Pachtzins an den Beklagten zu 2 und seine Ehefrau verpachtet worden. Die klagende Verpächterin hatte Schankkonzession. Im Vertrag vom 22. Juni 1927 setzt § 6 das Recht der Pächterin zur Unterverpachtung an einwandfreie und tüchtige Geschäftsleute fest und bestimmt dann:

„Die Wirtschaftskonzession bleibt auf dem Namen der Verpächterin Frau L. Sollten die Behörden während der Dauer des Pachtvertrags den jeweiligen Vertreter der Anpächterin nicht mehr bestätigen, so verpflichtet sich Frau L., auf die Konzession zugunsten eines Inhabers der Pächterin oder zugunsten des von der Pächterin präsentierten Untermieters zu verzichten. In diesem Fall gilt die am 31. Mai 1930 ablaufende Pachtzeit schon hiermit als um zwei Jahre zu den Bedingungen dieses Vertrags verlängert. Der neue Konzessionsinhaber verpflichtet sich, beim Ende des Pachtvertrags bzw. des Unterpachtvertrags auf die Konzession zugunsten der Verpächterin . . . zu verzichten.“

Dieser Bestimmung entspricht im Unterpachtvertrag der Beklagten zu 1 und 2 die des § 6, in der auch die Unterpächter anerkennen, daß die Wirtschaftskonzession auf den Namen der Verpächterin Frau L. bleibt. Für den Fall, daß die Behörden keinen der Unterpächter als Vertreter „bestätigten“ oder die „Bestätigung“ widerriefen, solle es der Beklagten zu 1 freistehen, den Vertrag aufzuheben. Wenn aber die Unterpächter ihren Verpflichtungen nachgekommen seien, solle die Konzession für einen der Eheleute nachgesucht werden. Neben diesen Verträgen schloß nach Feststellung des Berufungsrichters die Klägerin mit dem Beklagten zu 2 „zum Schein“ einen Vertretervertrag und legte ihn der Polizeibehörde als Grundlage der vorgeschützten Vertretung der Klägerin als Konzessionsinhaberin durch den Beklagten zu 2 vor.

Bis zum Mai 1928 wurde im Einverständnis der Parteien die Schankwirtschaft durch den Beklagten zu 2 (und seine Ehefrau) als Vertreter der Klägerin geführt. Dann kündigte die Klägerin den Beklagten den Pachtvertrag wegen angeblicher Überschreitungen der Polizeistunde, die sie in der Konzession schädigten; auf den Widerspruch der Beklagten eröffnete sie der Polizei, daß der Beklagte zu 2 nicht ihr Vertreter, sondern Pächter sei, und erhob, die Richtigkeit

der drei Verträge behauptend, Räumungsklage gegen die Beklagten. In beiden Vorinstanzen sind die Beklagten unterlegen. Auf ihre Revision wurde die Klage abgewiesen.

Gründe:

Das Berufungsgericht nimmt an, schon beim Abschluß der Verträge vom 22. Juni und 8. Juli 1927 sei der Klägerin und den Beklagten bekannt gewesen, daß die Vereinbarungen in § 6 beider Verträge über die Vertretung der Klägerin in der Konzession ebenso wie der Kastellanvertrag zwischen der Klägerin und dem Beklagten zu 2 wegen Verstoßes gegen die §§ 33, 147 der Gewerbeordnung nichtig seien.

Daß für die sonstigen Teile des Rechtsgeschäfts die Grundsätze des § 139 BGB. nicht Platz greifen können, verkennt der Berufungsrichter nicht. Unzutreffend ist seine Begründung, die sonstigen Abmachungen seien Hilfsabmachungen gewesen, hätten also zu der wichtigen Vereinbarung nicht im Verhältnis von Teilen eines Rechtsgeschäfts gestanden. Vielmehr ist mit der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts (RGZ. Bd. 112 S. 138) Gewicht darauf zu legen, daß die bewußt nichtige Abrede überhaupt kein Rechtsgeschäft darstellt und daß die Parteien als rechtlich bindend nur das haben vereinbaren wollen, was der Berufungsrichter als Hilfsvereinbarung bezeichnet. Daß diese Abrede — die Vereinbarung eines Pachtvertrags, bei dem die Klägerin zugunsten des unmittelbaren Schankbesizers auf die Konzession verzichten soll — gegen das Gesetz verstoße, nimmt der Berufungsrichter nicht an. Gleichwohl sieht er die Abrede als nichtig wegen Verstoßes gegen das Gesetz an, weil nach dem inneren Zusammenhang mit der Hauptbestimmung des Vertrags die „Hilfsabrede“ nur dazu gedient habe, den Parteien Sicherheit zu geben, damit sie um so ruhiger und unbesorgter in erster Linie das Ungefährliche wollen könnten, ohne daraus Rechtsnachteile befürchten zu müssen. Insofern sei auch die in zweiter Linie getroffene Abrede zur Umgehung der §§ 33, 147 Gew.O. bestimmt . . . . Sonst sei ein allzu einfaches Mittel gegeben, die Nichtigkeit der Kastellanverträge zu umgehen.

Es mag diesen Ausführungen nicht schlechthin entgegenstehen, daß nach dem oben Gesagten die bewußt verbotene Abrede außerhalb des Rechtsgeschäfts und deshalb nur in tatsächlichem Zusammenhang mit der streitigen Hilfsvereinbarung steht. Die Revision rügt aber

zutreffend eine Verkennung des rechtlichen Zweckes der Vorschrift in § 134 BGB. Es soll zwar Parteiabreden nicht gelingen, gegen das gesetzliche Verbot Vertragsrecht zu schaffen; es liegt aber nicht im Sinn jener Vorschrift, erlaubte Parteizwecke zu bereiteln, damit um so stärker der dazu gesuchte verbotene Weg verpönt werde.

Sowohl § 139 BGB. wie § 140 BGB. umfassen die Fälle einer nach § 134 BGB. eintretenden Nichtigkeit und tragen doch dem Parteiwillen, soweit er mit dem Gesetz im Einklang steht, trotz der Verbindung in einem Rechtsgeschäft mit gesetzwidrigem Willen Rechnung. So hat das Reichsgericht (SeuffArch. Bd. 80 S. 193 Nr. 110) bei einem Verstoß gegen die Devisenverordnung vom 2. Februar 1922 die Umdeutung des aus diesem Grunde nichtigen Geschäfts in ein erlaubtes in Erwägung gezogen, ebenso das Urteil RGZ. Bd. 121 S. 99 in dem Fall einer den § 215 HGB. verletzenden Abrede. In beiden Fällen ist von der Aufrechterhaltung der Geschäfte nur aus Gesichtspunkten des Parteiwillens abgesehen worden. Ist danach eine richterliche „Konversion“ auch in Fällen der Anwendung von § 134 BGB. zulässig und geboten, so kann es den Parteien nicht verwehrt sein, den erlaubten wirtschaftlichen Zweck des verbotenen Geschäfts im Wege einer Hilfsabrede mit einem erlaubten Mittel zu suchen.

Der Berufsungsrichter meint, es ermuntere zum Versuch der Gesetzesverletzung, wenn das zunächst unter Mißachtung des Gesetzes erstrebte Ziel hilfsweise im Einklang mit dem Gesetz wirksam erstrebt werden könnte. Ob diese Gefahr im allgemeinen und bei dem besonderen Fall der in Frage stehenden Gesetzesverletzung wirklich besteht, bedarf nicht der Erörterung. § 134 BGB. bedroht jedenfalls nur ein Rechtsgeschäft mit Nichtigkeit, das gegen das Gesetz verstößt. Die Revision hat mit Recht darauf hingewiesen, daß der Zusammenhang der an sich zulässigen Abrede mit der ersten, gesetzwidrigen, die Gültigkeit der zweiten nur auf Grund einer Beurteilung aus § 138 BGB. berühren könnte. Der Berufsungsrichter hat aber zutreffend und in Übereinstimmung mit der neueren Rechtsprechung des Reichsgerichts (RGZ. Bd. 91 S. 238; JW. 1917 S. 658 Nr. 1; Ur. vom 18. Februar 1921 VII 456/20) angenommen, daß der Verstoß gegen die Vorschriften der §§ 33, 147 GewD. ohne Hinzukommen weiterer Umstände nicht zur Annahme des Tatbestands von § 138 BGB. genügt.

---

Die Vorinstanzen haben danach aus unzutreffenden Ermägungen die Rechtsgültigkeit der Pachtverträge vom 22. Juni 1927 und 8. Juli 1927 verneint.