

68. Ungültigkeit eines Vertrages, durch welchen jemand von dem konzeffionierten Schankwirte die Fortführung der Schankwirtschaft für eigene Rechnung übernimmt, wenn zugleich bestimmt ist, daß der Übernehmer die polizeiliche Erlaubnis für seine Person nicht nachsuchen solle, vielmehr nach außen als Stellvertreter des Inhabers der Schankkonzeffion aufzutreten habe.

VI. Civilsenat. Ur. v. 1. April 1897 i. S. H. (Rl.) w. Sch. Wwe.
(Bekl.). Rep. VI. 371/96.

- I. Landgericht Dortmund.
- II. Oberlandesgericht Hamm.

Gründe:

„Im schriftlichen Vertrage vom 31. Januar 1893 übertrug die Beklagte dem Kläger „die Verwaltung und Führung“ ihrer Schankwirtschaft auf 4 Jahre, jedoch mit der Bestimmung, daß Kläger die Schankwirtschaft aus eigenen Mitteln und auf eigenes Risiko fortsetzen solle. Zugleich wurden im Vertrage dem Kläger die zum Betriebe der Schankwirtschaft gehörigen Räume nebst verschiedenen Wohn- und anderen Räumen und dem Wirtschaftsinventar für jährlich 2400 *M* von der Beklagten vermietet; die vorhandenen Getränke, Cigarren *cc* hatte Kläger zum Kostenpreise zu übernehmen. Die Parteien sind darüber einig, daß die Bestimmung, wonach Kläger die Verwaltung der Schankwirtschaft führen sollte, nur den Zweck hatte, den Kläger nach außen hin, der Polizeibehörde gegenüber, als Stellvertreter der Beklagten im Schankbetriebe auftreten zu lassen.

Die Beklagte hat den schriftlichen Vertrag vernichtet, nachdem sie dem Kläger mitgeteilt hatte, daß sie von demselben zurücktrete. Kläger verlangt Anerkennung des Vertrages und Einweisung in den Mietbesitz, ist aber in zweiter Instanz mit der Klage abgewiesen. Die dagegen eingelegte Revision des Klägers kann keinen Erfolg haben.

Unangefochten ist die, auch zu keinerlei rechtlichen Bedenken Anlaß gebende, Ausführung des Berufungsgerichtes, daß, wer für eigene Rechnung das Schankgewerbe betreibt, nicht als Stellvertreter im Sinne des § 45 der Gewerbeordnung anzusehen ist, und nach § 33 daselbst einer auf seine Person lautenden polizeilichen Erlaubnis bedarf, sich auch nach § 147 Ziff. 1 daselbst strafbar macht, wenn er ohne solche Erlaubnis das Schankgewerbe betreibt.

Vgl. die schon vom Berufungsgerichte in Bezug genommenen Urteile des Reichsgerichtes vom 4. März 1881, Entsch. des R.G.'s in Straff. Bd. 3 S. 419, und vom 22. November 1881, abgedruckt in Gruchot, Beiträge Bd. 26 S. 896, speziell S. 898.

Die Revision richtet sich gegen die Feststellung des Berufungsgerichtes, daß die Parteien, da es ungewiß gewesen sei, ob Kläger die polizeiliche Erlaubnis erhalten, und Beklagte nach deren Aufgabe sie bei Beendigung des Pachtvertrages wieder erhalten werde, behufs Umgehung des Gesetzes und Täuschung der Behörde übereingekommen seien, daß der Kläger zum Scheine als Stellvertreter der Beklagten im Schankbetriebe auftreten sollte. Hieraus folgert das Gericht die

Nichtigkeit des Vertrages. Die Revision macht geltend, daß der Vertrag selbst, wie auch das Berufungsgericht annehme, keinen Zweifel darüber lasse, daß der Kläger das Geschäft für eigene Rechnung betreiben, also nicht Stellvertreter sein sollte, worin sich dieser Fall von dem im eben angezogenen Urteile vom 22. November 1881 entschiedenen Falle unterscheide. Der Kläger würde sich, wenn er der Behörde gegenüber als Stellvertreter aufgetreten wäre, zwar strafbar gemacht haben; dies habe aber auf die Gültigkeit des Vertrages keinen Einfluß.

Der Angriff geht fehl. Nach der Feststellung des Berufungsgerichtes war es ein wesentlicher Bestandteil der Vertragsabreden der Parteien, daß der Kläger, wenngleich ihm die Schankwirtschaft zum Betriebe für eigene Rechnung und auf eigene Verantwortung verpachtet wurde, doch die polizeiliche Erlaubnis für seine Person nicht nachsuchen sollte, was ohne Aufgabe der Konzession der Beklagten nicht hätte geschehen können, sondern daß er unter dem Scheine einer Stellvertretung die der Beklagten erteilte Konzession für sich benutzen sollte. Diese Feststellung, die auf dem Inhalte des Vertrages selbst und auf den Erklärungen der Parteien beruht und keine Bedenken gegen sich hat, rechtfertigt die Annahme der Nichtigkeit des Vertrages, der, insofern er eine Übertragung der Konzession der Beklagten auf den Kläger bezweckt, gegen § 5 U.L.R. I. 4, und insofern der Kläger zu einer in den Gesetzen verbotenen Handlung — nämlich der Benutzung einer fremden Konzession zur Ausübung der Schankwirtschaft auf eigene Rechnung — berechtigt und verpflichtet wurde, gegen § 6 daselbst und § 68 I. 5 verstieß. Daß, wie das Berufungsgericht allerdings sagt, schon der schriftliche Vertrag selbst deutlich die Absicht der Parteien erkennen läßt, dem Kläger die Vertretung der Beklagten nur zum Scheine zu übertragen, spricht nicht für die Gültigkeit des Vertrages; es erhellt daraus nur, daß es sich hier um eine in den schriftlichen Vertrag mit aufgenommene, nicht aber um eine mündliche Nebenabrede handelt. An sich stand auch nichts entgegen, die widersprechenden Bestimmungen des Vertrages im Wege der Auslegung dahin zu vereinigen, daß die dem Kläger im Vertrage übertragene Stellvertretung, da sie neben der Überlassung der Schankwirtschaft zum Betriebe auf eigene Rechnung als eine wirkliche Vertretung nicht bestehen konnte, nach der Absicht der Parteien nur eine schein-

bare war, um dem Kläger den tatsächlichen Betrieb der Schankwirtschaft ohne eigene Konzession zu ermöglichen.

Wollte man übrigens letzteres bezweifeln und als festgestellt nur den Inhalt einer mündlichen Abrede dahin ansehen, daß Kläger nach außen hin zum Scheine als Stellvertreter der Beklagten aufzutreten habe, in Wirklichkeit es aber nicht sein sollte, so würde dies nicht zur Aufrechthaltung des Vertrages führen. Eine mündliche Nebenabrede im Sinne der §§ 128, 129 A.R.N. I. 5 liegt nicht vor. Diese Bestimmungen finden ihre Geltung, wie § 129 ergibt, bei der Regelung der Art und Weise, wie das Geschäft zu erfüllen ist. Haben die Kontrahenten darüber besondere Bestimmungen getroffen, die sie jedoch in den schriftlichen Vertrag absichtlich nicht aufgenommen haben, so ist anzunehmen, daß sie sich in dieser Beziehung der Regelung nach Maßgabe des Gesetzes unterworfen haben, und es können daher solche, vom Gesetze abweichende mündliche Bestimmungen keine rechtliche Anerkennung beanspruchen.

Vgl. Entsch. des Obertribunals Bd. 76 S. 58, 59.

Anderß verhält es sich aber mit Abreden, die dem Inhalte des schriftlichen Vertrages zuwiderlaufen, sodaß der letztere nicht als gewollt erscheint, sowie mit denjenigen mündlichen Abreden, die nach der Intention der Kontrahenten eine für den Bestand des Geschäftes wesentliche Voraussetzung enthalten.

Vgl. Striethorst, Archiv Bd. 29 S. 283, Bd. 87 S. 147; Dernburg, Preussisches Privatrecht 5. Aufl. Bd. 1 § 99 S. 209.

Dergleichen Abreden unberücksichtigt zu lassen, geht nicht an, weil dadurch den Parteien ein ihnen fremder Wille aufgedrängt, und das Geschäft zu etwas ganz anderem gemacht werden würde, als es nach der — wenn auch nur mündlich — zum Ausdruck gelangten Absicht der Kontrahenten sein sollte. Im vorliegenden Falle ging die Abrede der Parteien dahin, daß die im schriftlichen Vertrage dem Kläger übertragene Vertretung der Beklagten nur scheinbar, und in Wirklichkeit der Kläger nicht Vertreter sein sollte. Es übernahm ferner die Beklagte keine Verpflichtung, ihre Konzession aufzugeben, damit der Kläger dieselbe für sich erlangen könnte; es sollte auch dieser Weg nach der Abrede der Parteien nicht eingeschlagen werden, und es war im Sinne der Kontrahenten eine den Bestand des Geschäftes bedingende

Bestimmung, daß der Kläger zum Scheine als Vertreter auftrat. Ist hiernach die Abrede zu berücksichtigen, so mag dies zwar bei der Notwendigkeit der Schriftform nicht in der Weise geschehen können, daß die Abrede als Bestandteil eines formell gültigen Vertrages angesehen wird; es ergibt sich dann vielmehr, daß der Vertrag, weil er nicht vollständig in die Schriftform gebracht ist, wegen Formmangels unverbindlich war. Aber auch dies müßte zur Abweisung der Klage führen.

Die Revision war daher zurückzuweisen.“