

46. Enthält die vertragmäßige Vereinbarung zwischen dem Vorstand einer Stadtgemeinde und einem Schankwirt, wonach letzterer der Stadtgemeinde gegenüber im Interesse ihrer Angehörigen gewisse Beschränkungen in seinem Gewerbebetriebe eingeht und sich für den

Fall des Zuwiderhandelns einer Geldstrafe unterwirft, einen Verstoß gegen die Freiheit des Gewerbebetriebes und gegen die guten Sitten?

Gew.D. §§ 1. 33. 33a.

B.G.B. § 138.

III. Civilsenat. Urt. v. 16. Dezember 1902 i. S. N. (Kl.) w. Stadt A. (Bekl.). Rep. III. 286/02.

I. Landgericht Altona.

II. Oberlandesgericht Kiel.

Vorstehende Frage wurde verneint aus folgenden Gründen:

„Der Kläger stellte als Eigentümer des in A. an der Flottbeker Chaussee gelegenen Wirtschaftslokales „Elzburg“, um die ihm bis dahin nicht zustehende Schankkonzession für dieses Lokal zu erlangen, am 22. August 1899 dem Magistrat der Stadt A. die nachstehende Urkunde aus:

„In der Annahme, daß die Befürchtung von Störungen und Belästigungen der Anwohner und Besucher der Elbchaussee durch einen Wirtschaftsbetrieb auf dem Grundstück Flottbeker Chaussee 99 das einzige Hindernis meiner Konzessionierung ist, verpflichte ich mich dem Magistrat der Stadt A. gegenüber zu folgendem:

Ich werde auf dem Grundstück Flottbeker Chaussee 99 die geplante Wirtschaft in durchaus ruhiger und anständiger Weise so betreiben, wie es vom besseren Publikum verlangt wird, und werde deshalb daselbst

1. . . .
2. weder öffentliche noch von Vereinen oder Klubs veranstaltete Tanzlustbarkeiten abhalten lassen, auch keine Gartenzirkel veranstalten, sofern nicht der Magistrat mir dazu im einzelnen Falle Erlaubnis erteilt hat,
3. für jede einzelne Zuwiderhandlung gegen vorstehende Verpflichtung verpflichte ich mich, eine Geldbuße von 200 M an die A.'er Stadtkasse zu entrichten.“

4. . . .

Unterm 22. Januar 1900 wurde darauf von dem Stadtausschuß der Stadt A. nach § 33 Gew.D. dem Kläger die Erlaubnis zum Be-

triebe der Schankwirtschaft erteilt. Mittels einer weiteren Verpflichtungsurkunde vom 15. Juni 1901 erstreckte der Kläger die in der Urkunde vom 22. August 1899 bezüglich der Gartenkonzerte enthaltene Verpflichtung auch auf die Abhaltung von Sommerkonzerten im Saale bei geöffneten Fenstern nach dem Garten zu. Bereits im August 1899 setzte der Magistrat wegen nachgewiesener wiederholter Übertretung dieser Bestimmung gegen den Kläger fünf Vertragsstrafen von je 100 *M* fest. Letzterer erhob nunmehr gegen die Stadt Klage auf Feststellung dahin, daß die Urkunde vom 22. August 1899 nicht rechtsverbindlich sei, insoweit der Kläger darin im Abhalten von Gartenkonzerten beschränkt sei.

In beiden Vorinstanzen ist er mit dieser Klage abgewiesen worden. Die gegen die Entscheidung des Berufungsgerichts eingelegte Revision erscheint unbegründet.

Der Kläger hat die gedachte Urkunde zunächst aus dem Grunde angefochten, weil er durch die darin hinsichtlich der Gartenkonzerte eingegangene Verpflichtung im Widerspruch mit §§ 1 und 33 Gew.O. in seiner persönlichen Freiheit und in seinem Gewerbebetriebe derart beschränkt werde, daß die Erfüllung der übernommenen Verpflichtung seinen vollständigen Ruin zur Folge haben würde.

Der Berufungsrichter hat hiergegen ausgeführt, daß, wenn auch die Befugnis zur Abhaltung von Musikaufführungen in einem konzessionierten Restaurationslokal von einer behördlichen Erlaubnis nicht abhängig gemacht werden könne, doch eine vertragmäßige Beschränkung in der Abhaltung solcher Konzerte durch den Grundsatz der Gewerbefreiheit nicht ausgeschlossen werde, und daß namentlich im vorliegenden Falle die persönliche und gewerbliche Freiheit des Klägers nicht in unzulässiger Weise beschränkt werde, weil sich seine wirtschaftliche Unfreiheit nur auf einen Teil seines Gewerbebetriebes, und zwar nur auf dessen Ausübung innerhalb eines bestimmten Grundstückes, beziehe, und weil nicht erkennbar sei, daß die Beklagte ihr Verhinderungsrecht in mißbräuchlicher oder unbilliger Weise ausgeübt habe.

In dieser Ausführung kann ein Rechtsverstoß nicht gefunden werden. Allerdings bedürfen nach §§ 33, 33a Gew.O.,

vgl. Entsch. des preussischen Oberverwaltungsgerichts Bd. 17 S. 386; Marcinoſki, Gewerbeordnung 6. Aufl. Bem. 52 zu § 33; v. Landmann, Gewerbeordnung, 3. Aufl. S. 309 Bem. 3,

Schankwirte zur gewerbsmäßigen Veranstaltung von öffentlichen instrumental-musikalischen Vorträgen keiner behördlichen Erlaubnis, so daß namentlich im vorliegenden Falle der Stadtausschuß, welcher über die Erteilung der Konzession zum Schankwirtschaftsbetrieb zu beschließen hatte, bei Erteilung derselben nicht die im einzelnen Falle einzuholende Erlaubnis des Magistrats zur Abhaltung von Gartenkonzerten als Bedingung stellen konnte. Allein dadurch wurde nicht ausgeschlossen, daß der Magistrat, und zwar nicht als öffentliche Behörde, sondern in Vertretung der Stadtgemeinde als einer juristischen Person und im Interesse der Anlieger des erwähnten Restaurationslokales, mit dessen Inhaber unter dessen Zustimmung eine privatrechtliche Verpflichtung des angegebenen Inhalts vereinbarte. Eine derartige Vereinbarung mit der Stadtgemeinde verstößt an sich ebensowenig gegen die Grundsätze der Gewerbeordnung, als wenn sie von dem Kläger mit einem gewöhnlichen Privatmann, z. B. einem Anlieger der Elbburg, abgeschlossen worden wäre. Nur dann würde sie zu beanstanden sein, wenn dadurch der Kläger in übermäßiger Weise in seinem Gewerbebetriebe beschränkt und in seiner wirtschaftlichen Existenz bedroht wäre. Daß dies aber nicht der Fall ist, hat, wie erwähnt, das Berufungsgericht in einer für die Revision unanfechtbaren Weise tatsächlich festgestellt. . . .

In jetziger Instanz hat der Kläger den Angriff gegen die Wirksamkeit der Verpflichtung vom 22. August 1899 noch von einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt aus zu begründen versucht. Er bezeichnet es als unzulässig und gegen die guten Sitten verstößend (§ 138 B.G.B.), daß eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, welche zugleich privates Rechtssubjekt ist, wie die Stadtgemeinde A., ihre öffentlichrechtlichen Befugnisse (Widerspruch gegen die Erteilung der Schankkonzession) dazu gebraucht, um einem Gewerbetreibenden privat- und öffentlichrechtliche Beschränkungen aufzulegen, welche der Gesetzgeber absichtlich ausgeschlossen und jedenfalls nicht gewollt hat. Auch dieser Angriff erscheint unbeachtlich. Es ist zuzugeben, daß die Stadtgemeinde A. im Wege der vertraglichen Vereinbarung eine Beschränkung des Klägers in seinem Gewerbebetrieb erreicht hat, welche sie durch Ausübung ihres Widerspruchsrechtes im Konzessionsverfahren nicht zu erreichen vermocht hätte. Es kann aber nicht anerkannt werden, daß diese Gemeinde infolge ihrer öffentlichrechtlichen Stellung

eine Einbuße an ihren privatrechtlichen Befugnissen erlitten und die ihr, wie jeder anderen Körperschaft des Privatrechts, zustehende Freiheit verloren hat, im Interesse ihrer Angehörigen einem Gewerbetreibenden unter dessen Zustimmung vertragmäßige Beschränkungen aufzuerlegen. Die Gewerbeordnung schließt in § 33 („diese Erlaubnis nur dann zu versagen“) die Auferlegung derartiger Beschränkungen nur im Konzessionsverfahren aus, greift aber — abgesehen von übermäßigen Beschränkungen und von der Anwendung widerrechtlicher Mittel — in die Vertragsfreiheit nicht ein. Hierzu kommt weiter, daß die Beklagte, wie bereits erwähnt, den Kläger nicht einmal durch die Mitteilung von der beabsichtigten Ausübung ihres Widerspruchsrechts zur Unterzeichnung der Urkunde vom 22. August 1899 bestimmt, derselbe vielmehr diese Unterzeichnung auf die ihm von anderer Seite gewordene Mitteilung von der angeblichen Gesetzeswidrigkeit und Richtigkeit der Urkunde bewirkt hat.“