

40. 1. Ist dem Erfordernisse der Schriftform genügt, wenn in der Urkunde die Bestellung einer Kaution, die ein bezeichneter Dritter zu bestellen verpflichtet sei, versprochen ist, ohne daß dabei angegeben ist, wofür diese Kaution haften sollte?

2. Ist ein Vertrag, der zu dem Zwecke geschlossen wird, damit der eine Kontrahent, ohne selbst eine polizeiliche Erlaubnis zum Gastwirtschaftsbetriebe zu haben, die Wirtschaftskonzession eines Dritten als dessen scheinbarer Stellvertreter ausnütze, nach § 138 Abs. 1 B.G.B. nichtig?

VL Zivilsenat. Urtr. v. 11. April 1906 i. S. L. (Bekl.) w. Aktienges.
Gl.-Brauerei (Kl.). Rep. VI. 305/05.

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

Gründe:

„Beklagt ist aus einer am 25. März 1902 vom Beklagten ausgestellten Urkunde, deren erster Absatz, auf den es hauptsächlich ankommt, folgendermaßen lautet:

„Die von meinem Bruder Wilhelm der Gl.-Brauerei zu G. zu stellende Kaution im Betrage von 5511,28 *M* stelle ich für denselben, und zwar in der Weise, daß, wenn mein Bruder seine eingegangenen Verbindlichkeiten gegen die Brauerei gelöst hat, mir die Kaution, bzw. soweit sie nicht in Anspruch genommen ist, wieder zufällt.“

Wenn der Beklagte in der Revisionsinstanz diese Urkunde schon aus formellen Gründen hat für wirkungslos erklären wollen, so war das . . . völlig verfehlt. Der Revisionskläger hat geltend gemacht, er sei als Bürge für seinen Bruder in Ansehung der diesem obliegenden Kautionsbestellung eingetreten; dazu habe es nach § 766 B.G.B. der Schriftform bedurft; an dieser fehle es aber insofern, als die Hauptschuld, für welche die Kaution haften sollte, in der Urkunde nicht bezeichnet sei. Nun mag es zwar richtig sein, daß es sich hier um eine Bürgschaft handelt; jedenfalls ist für eine private Schuldübernahme aus der Urkunde nichts zu entnehmen; es könnte also höchstens noch ein abstraktes Schuldversprechen in Frage kommen, für welches im § 780 B.G.B. ebenfalls Schriftlichkeit vorgeschrieben ist. Aber zuvörderst würde noch erst zu erörtern sein, ob denn nicht der Beklagte, als Ziegeleibesitzer, Kaufmann sei, folglich die Bürgschaft, bzw. das Schuldversprechen nach § 344 Abs. 2 vgl. mit § 343 H.G.B. auf seiner Seite als Handelsgeschäft zu gelten gehabt und daher nach § 350 H.G.B. der Schriftform doch nicht bedurft habe. Sodann aber würde jedenfalls dem Erfordernisse dieser Form völlig Genüge getan sein. Diejenige Hauptschuld, für welche der Beklagte als Bürge haften sollte, würde ganz klar bezeichnet sein, nämlich die Verpflichtung seines Bruders zur Bestellung der fraglichen Kaution; weshalb auch diejenige Verbindlichkeit, für welche dann diese Kaution haften sollte, in der Urkunde sollte ausdrücklich erwähnt sein müssen, wäre nicht abzusehen.

Die in der Urkunde übernommene Verpflichtung war aber, wie der Revisionskläger ferner hervorgehoben hat, materiell gegenstandslos, und weil das Berufungsurteil dies verkannt hat, unterlag es der Aufhebung. Der Bruder des Beklagten, W. L., war nämlich selbst gar nicht der Klägerin zur Bestellung einer Kaution verpflichtet, und daraus folgt mit Notwendigkeit, daß es auch der Beklagte nicht sein kann, da er nur versprochen hat, die „von seinem Bruder Wilhelm zu stellende“ Kaution seinerseits zu bestellen; wird seine Verpflichtungserklärung als Verbürgung aufgefaßt, so ist eben die Bürgschaft wegen Mangels einer entsprechenden Hauptschuld nichtig. W. L. aber war deshalb nicht zur Kautionsleistung verpflichtet, weil der Vertrag vom 27. Februar 1902, in welchem er diese Leistung versprochen hatte, wegen Verstößes gegen die guten Sitten nach § 138 Abs. 1 B.G.B. überhaupt nichtig war. Das Berufungsgericht hat nämlich in einwandfreier Weise tatsächlich festgestellt, daß der bezeichnete Vertrag zwischen der Klägerin und W. L. zu dem Zwecke geschlossen sei, damit letzterer, ohne selbst eine polizeiliche Erlaubnis zum Gastwirtschaftsbetriebe zu haben, als scheinbarer Stellvertreter der Witwe Kn. deren Wirtschaftskonzession ausnütze. Dieser Vertrag zielte also auf ein nach den §§ 33 und 147 Abs. 1 Nr. 1 Gew.O. ungesetzliches und verbotenes Ergebnis ab. Ein solcher Vertrag ist aber, wie er früher nach preussischem Landrechte (Entsch. des R.G.'s in Zivilf. Bd. 39 S. 268 flg.) und nach gemeinem Rechte (Urt. i. S. S. w. W., Rep. VI. 36/03) für ungültig erklärt worden ist, so auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, als unter § 138 Abs. 1 fallend, zweifellos nichtig. Diese Nichtigkeit wird übrigens auch vom Oberlandesgericht nicht bezweifelt, welches sie nur, weniger zutreffend, statt aus § 138 Abs. 1, aus § 134 B.G.B. ableitet. Das Berufungsgericht meint aber, weil deswegen noch nicht auch die späteren, mit dem Wirtschaftsbetriebe des W. L. nur tatsächlich zusammenhängenden Rechtsgeschäfte zwischen ihm und der Klägerin, wie die Lieferung von Bier, die Vorstreckung von Geldern u. nichtig seien, und weil die Kaution nach dem Vertrage vom 27. Februar 1902 auch für die hieraus entspringenden Verbindlichkeiten des W. L. habe haften sollen, so sei die Klägerin doch befugt, die Bestellung der Kaution zu verlangen. Hier sind zwei Fragen nicht genügend auseinander gehalten. Nichtig ist, daß aus jenen anderen Geschäften vollkommen gültige Verbindlich-

keiten des W. L. gegen die Klägerin entstanden sein mögen, und daß die Kaution, wenn sie bestellt wäre, dafür haften würde; aber daraus folgt doch noch nicht, daß W. L. verpflichtet ist, eine Kaution dafür zu bestellen. Eine solche Verpflichtung müßte er besonders übernommen haben, und nun liegt nicht vor, daß er irgendeine andere Verpflichtung zur Kautionsleistung übernommen hätte, als die in dem Vertrage vom 27. Februar 1902 enthaltene, die mit diesem Vertrage, von dem die betreffende Klausel einen untrennbaren Bestandteil bildet, dahinfällt.

Da aus diesen Gründen das angefochtene Urteil aufgehoben werden mußte, so war weiter nach § 565 Abs. 3 Nr. 1 B.P.O. alsbald in der Sache auf Abweisung der Klage zu erkennen.“ . . .