

22

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

BGB § 138 Bc

Zur Frage der Sittenwidrigkeit eines zwischen einer
Brauerei und einem Gastwirt geschlossenen Gaststätten-
pachtvertrages mit Bierbezugsverpflichtung.

BGH, Urt. v. 30. März 1977 - VIII ZR 300/75 - OLG Düsseldorf
LG Wuppertal

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 300/75

URTEIL

Verkündet am

30. März 1977
S c h e i b l ,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Wi[REDACTED]-Kü[REDACTED]-Brauerei Kommanditgesellschaft
auf Aktien in Wu[REDACTED]-Ba[REDACTED], Be[REDACTED] Straße [REDACTED],
gesetzlich vertreten durch ihre persönlich haften-
den Gesellschafter Henry Re[REDACTED], Dr. Werner Ki[REDACTED],
Friedrich Ji[REDACTED] und Franz Kir[REDACTED], ebenda,

Klägerin und Revisionsklägerin

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Athanasios G[REDACTED] in Wu[REDACTED]-Ba[REDACTED],
Pa[REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

35

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. März 1977 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Hoffmann, Wolf, Treier und Dr. Brunotte

für Recht anerkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 18. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 9. Oktober 1975 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an den 10. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Ellen B., die Eigentümerin des Anwesens Wu.-Ba., Hi.-straße / ist, vermietete der Klägerin durch Vertrag vom 2. Februar 1970 Gewerbe- und Wohnräume des genannten Anwesens zum Betrieb einer Gaststätte oder Schankwirtschaft zu einem Mietzins von 2 000 DM monatlich für die Gewerberäume und 350 DM monatlich für die Wohnung. Durch Vereinbarung vom 21. Dezember 1972, die als Unterpachtvertrag bezeichnet ist, überließ die Klägerin die Gewerberäume an Elfriede R. (im folgenden: Pächterin) gegen die gleiche

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Vergütung, die im Vertrag vom 2. Februar 1970 vereinbart ist. Am 29. Dezember 1972 verbürgte sich der Beklagte schriftlich unter Verzicht auf die Einrede der Vorklage, für die Erfüllung der Verbindlichkeiten der Pächterin aus dem Vertrag vom 21. Dezember 1972 einzustehen. Die Pächterin ließ die Gaststätte durch Georgios V. [REDACTED] betreiben. Im Sommer 1974 vermietete die Klägerin die Gaststätte anderweitig.

Die Klägerin nimmt den Beklagten als Bürgen für die Verpflichtungen der Pächterin aus dem Vertrag vom 21. Dezember 1972 (Vergütung für die Gebrauchsüberlassung, Entgelt für Lieferungen und - als Hauptsache geltend gemachte - Zinsen) in Höhe von 36 828,08 DM in Anspruch. Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 9 966,08 DM stattgegeben und sie im übrigen abgewiesen. Es hat das Bestehen eines Anspruchs auf Entrichtung von Miete oder Pacht für die Zeit ab Juli 1973 verneint mit der Begründung, spätestens am 1. Juli 1973 seien Fenster der Gastwirtschaft und eine Glasbausteinwand neben der Eingangstüre zerstört worden, was dazu geführt habe, daß die Tauglichkeit der Mietsache zum Betrieb einer Gastwirtschaft aufgehoben gewesen sei. Eine Vernachlässigung der Aufsichtspflicht der Pächterin hat er verneint. Das Berufungsgericht hat die Klage in vollem Umfang abgewiesen. Es hat angenommen, der Vertrag vom 21. Dezember 1972 verstoße gegen die guten Sitten und sei deshalb nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig.

Mit der zugelassenen Revision, um deren Zurückweisung der Beklagte bittet, erstrebt die Klägerin die Verurteilung des Beklagten entsprechend dem Klagantrag.

Entscheidungsgründe

I.

Die Revision hat Erfolg, weil die Annahme des Berufungsgerichts, der Vertrag vom 21. Dezember 1972 sei wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig, von Rechtsirrtum beeinflußt ist.

1. Das Berufungsgericht führt aus:

In dem Vertrag vom 21. Dezember 1972 seien 23 Bestimmungen enthalten, welche der Klägerin Rechte zusprechen, auf die sie nach dispositivem Recht keinen Anspruch habe, und welche ihr Lasten abnähmen, die sie bei Geltung der gesetzlichen Regelung zu tragen habe. In 8 dieser Bestimmungen werde jeweils so tief in die persönliche Lebensführung und die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit der Pächterin eingegriffen, daß jede von ihnen schon für sich allein betrachtet bedenklich sei. Jedenfalls in ihrer Gesamtheit beschnitten die 23 beanstandeten Vertragsbedingungen die wirtschaftliche Bewegungs- und Entscheidungsfreiheit der Pächterin in einem solchen Maße, daß der Vertrag wegen Verstoßes gegen die guten Sitten als nichtig anzusehen sei.

2. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

a) Die Möglichkeit, einengungsbedürftige Vertragsbestimmungen nach § 242 BGB auf einen zulässigen Inhalt zurückzuführen, steht der Annahme ihrer Nichtigkeit ent-

gegen (Senatsurteile vom 22. Januar 1964 - VIII ZR 274/62 = LM BGB § 138 (Bc) Nr. 5 = MDR 1964, 747 und vom 5. Oktober 1966 - VIII ZR 75/64). Ebenso rechtfertigt im allgemeinen die Nichtigkeit einer einzelnen zum Vertragsinhalt gewordenen Bestimmung allgemeiner Geschäftsbedingungen nicht die Annahme, daß der ganze Vertrag nichtig ist (BGHZ 20, 90, 92). Falls allerdings in einem Formularvertrag oder **einem** Vertrag, dessen wesentlicher Inhalt von allgemeinen Geschäftsbedingungen bestimmt ist, eine Vielzahl von Bestimmungen wegen Verstoßes gegen die guten Sitten unwirksam ist, so ist der ganze Vertrag nichtig (BGHZ 51, 55); ein solcher Sachverhalt liegt hier aber nicht vor, weshalb dahingestellt bleiben kann, ob es sich bei dem Unterpachtvertrag vom 21. Dezember 1972 um einen Formularvertrag handelt.

b) Aus den Ausführungen des Berufungsgerichts ergibt sich, daß es dem Vertrag vom 21. Dezember 1972 die Gültigkeit nicht versagt hätte, wenn es nicht angenommen hätte, gegen die Wirksamkeit der von ihm aufgeführten 8 Vertragsbestimmungen der §§ 6 Abs. 2 und 3, 9 Abs. 1, 4 und 5, 11, 14 und 20 beständen Bedenken. Mit Recht macht die Revision aber geltend, daß keine dieser Bestimmungen gegen die guten Sitten verstößt.

aa) In § 6 Abs. 2 des Vertrages ist vereinbart, daß der Verpächter den Vertrag mit sofortiger Wirkung kündigen darf, wenn die Gaststättenkonzession ganz oder teilweise nicht erteilt oder später zurückgenommen werden oder erlöschen sollte. Das Berufungsgericht hält diese Bestimmung für bedenklich mit der Begründung, aus ihr könne lediglich der Verpächter Rechte ableiten, nicht aber die Pächterin, die sich auch nicht auf den Gesichtspunkt des Fehlens oder des Wegfalls der Geschäftsgrundlage berufen könne.

Dem kann nicht zugestimmt werden. Weder in § 6 Abs. 2 noch sonst im Vertrag kommt der Wille der Vertragschließenden zum Ausdruck, die Pächterin sei nicht berechtigt, sich auf das Fehlen oder die Änderung der Geschäftsgrundlage zu berufen. Ebensowenig ist das Recht der Pächterin zur Kündigung aus wichtigem Grund ausgeschlossen.

bb) In § 6 Abs. 3 des Vertrages hat sich die Pächterin verpflichtet, ohne Einwilligung des Verpächters keine Rechtshandlungen vorzunehmen, die zu einer Verlegung, Beschränkung oder zum Erlöschen der Konzession führen könnten. Weiter hat sie sich verpflichtet, nicht auf die Konzession zu verzichten. Das Berufungsgericht hält diese Bestimmung für bedenklich mit der Begründung, die Pächterin habe sich durch sie zur Beibehaltung der Konzession verpflichtet und dadurch auf die Vertragsdauer an die Ausübung des Berufes eines Gastwirts gebunden.

Es kann dahingestellt bleiben, ob die Annahme des Berufungsgerichts, der Pächter habe sich durch die genannte Vertragsbestimmung an die Ausübung des Berufes eines Gastwirts gebunden, richtig ist. Auch wenn sie zutreffen sollte, ist nicht einzusehen, was an einer solchen Bindung anstößig sein soll, nachdem die Pächterin den Vertrag ausdrücklich zum Betrieb einer Gastwirtschaft geschlossen hat und eine Unterverpachtung - zulässig - ausgeschlossen worden ist.

cc) In § 9 Abs. 1 des Vertrages hat die Pächterin sich verpflichtet, den Gewerbebetrieb persönlich zu führen und ihm ihre ganze Arbeitskraft und ihr gesamtes Können zu widmen. Zugleich ist vereinbart, die Pächterin sei nicht

berechtigt, zusätzlich noch ein anderes Geschäft zu betreiben oder eine andere berufliche Tätigkeit auszuüben. Das Berufungsgericht erhebt Bedenken gegen diese Bestimmung, soweit durch sie der Pächterin der Betrieb eines anderen Gewerbes oder die Ausübung eines anderen Berufes untersagt ist.

Ob diese Regelung an sich angemessen ist, brauchte der Senat nicht zu entscheiden. Das Berufungsgericht hat nämlich, was die Revision mit Recht rügt, nicht beachtet, daß sie abbedungen worden ist. Nach dem Vorbringen beider Parteien ist die Gaststätte nämlich im Einverständnis der Vertragspartner von Georgios Vasiliadis bewirtschaftet worden.

dd) In § 9 Abs. 4 des Vertrages (nicht Abs. 3 wie das Berufungsgericht meint) ist ausgeführt, der Aufsteller von Spielautomaten und Musikboxen könne von dem Verpächter bestimmt werden und die Aufstellung könne jederzeit - auch ohne Angabe von Gründen - untersagt werden. Das Berufungsgericht sieht in dieser Regelung einen zu weit gehenden Eingriff in die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Pächters.

Das Oberlandesgericht hat, was die Revision mit Recht rügt, übersehen, daß die genannte Vertragsbestimmung durch den Zusatz "die Automatenaufstellung erfolgt ausschließlich durch die Hauseigentümerin, Frau Ellen B[REDACTED]", ersetzt worden ist und daß das ersichtlich deshalb geschehen ist, weil in § 14 des von der Klägerin mit Frau B[REDACTED] abgeschlossenen Vertrages vom 2. Februar 1970, der dem Berufungsgericht

vorlag, vereinbart ist, daß die Aufstellung von Automaten in den Gaststättenräumlichkeiten ausschließlich "über den Vermieter" erfolge und daß dieser sich verpflichte, den jeweiligen Unterpächter an den Einnahmen aus den Geldspielautomaten "in ortsüblicher Höhe" zu beteiligen. Eine unangemessene Regelung ist unter diesen Umständen in der Bestimmung des § 9 Abs. 4 des Vertrages nicht zu sehen.

ee) In § 9 Abs. 5 des Vertrages (nicht Abs. 4 wie das Berufungsgericht meint) ist vereinbart, daß der Gewerbebetrieb bis auf einen ortsüblichen Ruhetag in der Woche ununterbrochen aufrecht erhalten werden müsse und daß vorübergehende Schließungen, z. B. wegen eines Jahresurlaubs, vorher mit dem Verpächter vereinbart werden müßten. In einem Zusatz zu dieser Regelung ist ausgeführt, der Gewerbebetrieb müsse von 10.00 Uhr bis zur ortsüblichen Polizeistunde offengehalten werden. Das Berufungsgericht legt diese Bestimmung dahin aus, daß die Pächterin zu selbst stundenweisen Schließungen, z. B. zum Einlegen einer Mittagspause, nicht berechtigt sei, und daß sie nur dann Urlaub machen dürfe, wenn der Verpächter damit einverstanden sei.

Die Auslegung durch das Berufungsgericht wird den §§ 133, 157 BGB nicht gerecht und ist deshalb für den Senat nicht bindend. Die genannte Vertragsbestimmung stellt den angesichts der übernommenen Bierbezugsverpflichtung nicht zu beanstandenden Grundsatz auf, daß die Gaststätte ganztags geöffnet sein müsse und daß Schließungen wie anlässlich des Jahresurlaubs mit der Verpächterin abgestimmt werden müßten. Sie verbietet eine vorübergehende Schließung nicht, soweit

eine solche durch überwiegende Belange der Pächterin gerechtfertigt ist (§ 157 BGB). Eine gegenteilige Auffassung der Klägerin wäre unbeachtlich.

ff) In § 11 des Vertrages ist vereinbart:

"Der Verpächter ist berechtigt, das Pachtverhältnis mit sofortiger Wirkung zu kündigen, wenn:

1. der Pächter sich mit irgendeiner Zahlung gegenüber dem Verpächter länger als einen Monat im Verzuge befindet;
2. bei dem Pächter Zahlungsschwierigkeiten nicht nur vorübergehender Natur auftreten, insbesondere wenn es zu Zwangsvollstreckungsmaßnahmen gegen den Pächter kommt oder wenn ein außergerichtliches oder gerichtliches Vergleichsverfahren oder ein Konkursverfahren über das Vermögen des Pächters eingeleitet wird;
3. die Gefahr einer Konzessionsentziehung droht;
4. der Pächter gegen die Verpflichtung in § 14 dieses Vertrages verstößt;
5. der Pächter trotz Anmahnung Verpflichtungen aus diesem Verträge ganz oder teilweise nicht erfüllt;
6. falls die Ehe der Pächter geschieden wird oder die Ehepartner getrennt leben."

Das Berufungsgericht, das auch gegen die Wirksamkeit dieser Vertragsbestimmung Bedenken hat, führt dazu aus:

Die Kündigungsgründe reichten teilweise in die Persönlichkeitssphäre des Pächters hinein. So könne der Verpächter eine Ehescheidung oder das Getrenntleben des

Pächters von seinem Ehegatten zum Anlaß für eine fristlose Kündigung nehmen. Die Kündigungsgründe setzten zum Teil ein Verschulden des Pächters nicht voraus und berührten auch das Pachtverhältnis nicht einmal unmittelbar, so z. B. für den Fall, daß der Pächter seine sämtlichen Verpflichtungen aus dem Pachtvertrag erfülle, aber Vollstreckungshandlungen anderer Gläubiger - nicht nur wegen Geldforderungen - ausgesetzt sei. Der Pächter dagegen habe ein außerordentliches Kündigungsrecht aus anderen als den gesetzlichen Gründen nicht.

Auch diese Ausführungen des Berufungsgerichts halten einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Die Regelung in § 11 des Vertrages ist als - nicht ausschließliche - Zusammenfassung der Gründe zu verstehen, welche den Verpächter zur fristlosen Kündigung berechtigen sollen. Dadurch, daß der Verpächter sich zum Teil über die gesetzlichen Gründe hinaus einen Katalog von Auflösungsgründen geschaffen hat, ist die Möglichkeit der Kündigung für ihn erleichtert. Für die Pächterin ist eine solche Regelung nicht getroffen. Darin liegt aber kein Verstoß gegen § 138 BGB.

Die Regelung in § 11 Nr. 1 stellt lediglich eine Modifizierung des Kündigungsgrundes nach § 554 Abs. 1 Nr. 1 BGB dar. Die Auffassung des Berufungsgerichts, § 11 Nr. 2 erlaube eine Kündigung nicht nur bei einer Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung, findet im Wortlaut und im Sinn der Bestimmung keine **Stütze**. Daran aber, daß dem Verpächter ein Kündigungsrecht für den Fall eingeräumt ist, daß gegen die Pächterin wegen einer Geldforderung eine Zwangsvollstreckung durchgeführt wird, ist nichts Anstößiges; denn eine insolvente

Pächterin bietet nicht die Gewähr dafür, daß die Bierbezugsverpflichtung, die sie nach § 14 des Vertrages übernommen hat, erfüllt wird. Auch § 11 Nr. 3 ist nicht zu beanstanden, weil bei Eintritt der dort genannten Voraussetzung ebenfalls wirtschaftliche Nachteile für den Verpächter zu besorgen sind. Die Regelung in § 11 Nr. 4 sichert die berechtigten Belange des Verpächters aus der Bierbezugsverpflichtung der Pächterin (vgl. unten zu gg). In § 11 Nr. 5 wird dem Verpächter ein Kündigungsrecht, das über die gesetzlichen Kündigungsgründe hinausgehen würde, nicht eingeräumt. Die nicht unbedenkliche Bestimmung des § 11 Nr. 6 gilt nur für den hier nicht in Betracht kommenden Fall, daß der Vertrag mit einem Ehepaar als Pächter abgeschlossen wird. Ob insoweit § 138 BGB zur Anwendung gelangen könnte, ist daher hier ohne Belang.

gg) In § 14 des Vertrages haben die Vertragspartner vereinbart, daß der Pächter das Bier für die Gaststätte ausschließlich vom Verpächter zu beziehen habe. Auch die vom Verpächter hergestellten und/oder vertriebenen alkoholfreien Getränke muß der Pächter danach mitbeziehen. Der Ausschank anderer Getränke darf gegenüber dem Ausschank von Bier nach der genannten Bestimmung nicht forciert werden. Für den Fall des Verstoßes gegen die Verpflichtung zum ausschließlichen Bierbezug ist eine Konventionalstrafe in Höhe von 25 % des für den Bierbezug vereinbarten Tagespreises zu zahlen.

Das Berufungsgericht äußert Bedenken gegen die Wirksamkeit der Bierbezugsverpflichtung, weil sie für 8 Jahre ohne gleichzeitige Gewährung eines Darlehens eingegangen worden sei. Es hält auch die Vereinbarungen

über den Bezug der alkoholfreien Getränke des Verpächters und über den Ausschank anderer Getränke nicht für angemessen.

Die Bedenken des Berufungsgerichts sind nicht begründet. Die Verpflichtung zum ausschließlichen Bierbezug für die Vertragsdauer von etwas mehr als 7 Jahren (Vertragsbeginn unstreitig am 15. Februar 1973, Vertragsende nach § 2 Abs. 1 des Vertrages am 31. März 1980) ist nach der Rechtsprechung des Senats nicht zu beanstanden. Bei Beurteilung der Wirksamkeit einer langjährigen Bierbezugsverpflichtung hat der Senat stets auf die Verhältnisse des Einzelfalles abgestellt (vgl. die Zusammenstellung von Hiddemann in WM 1975, 942). Obwohl der Pächterin hier kein Darlehen gewährt wurde, ist die Vertragsdauer jedenfalls deshalb nicht unangemessen lang, weil der Verpächter der Pächterin die Möglichkeit verschafft hat, in dem Pachtobjekt eine Gastwirtschaft zu betreiben, und überdies mit ihr keinen höheren Pachtzins vereinbart hat als er selbst nach dem von ihm mit der Grundstückseigentümerin abgeschlossenen Vertrag zu entrichten hat. Aus der Verpachtung als solcher zieht die Klägerin also keinen Gewinn. Dieser ergibt sich vielmehr allein - entsprechende Umsätze der Pächterin vorausgesetzt - aus der Einhaltung der Getränkebezugsverpflichtung. Danach ist auch die Vereinbarung, der Ausschank anderer Getränke dürfe gegenüber dem Ausschank von Bier nicht forciert werden, nicht zu beanstanden.

hh) In § 20 des Vertrages ist vereinbart, der Pächter habe für den Fall einer von ihm zu vertretenden vorzeitigen Beendigung des Pachtverhältnisses unbeschadet aller sonstigen Ansprüche des Verpächters aus dem

Vertrag eine Konventionalstrafe in Höhe von drei Monatspachten zu entrichten. Das Berufungsgericht hält diese Vereinbarung für unangemessen, ohne Gründe hierfür anzugeben.

Die Frage, ob die in § 20 des Vertrages vereinbarte Vertragsstrafe unverhältnismäßig hoch ist, braucht hier nicht entschieden zu werden. Um eine Vertragsstrafenvereinbarung als sittenwidrig erscheinen zu lassen, müssen nämlich zu der unverhältnismäßigen Höhe der bei Zuwiderhandlung verwirkten Strafe in aller Regel noch besondere Umstände hinsichtlich des Inhalts, des Beweggrundes oder des Zweckes der Abrede hinzutreten (vgl. BGB RGRK, 12. Aufl., § 343 Rdn. 7 m.Nachw.). Solche sind hier aber nicht ersichtlich. Ist eine Vertragsstrafe verwirkt, so kann sie, falls sie unverhältnismäßig hoch ist, herabgesetzt werden (§ 343 BGB).

c) Die Entscheidung darüber, ob ein Vertrag sittenwidrig ist, ist in erster Linie eine Frage der tatrichterlichen Würdigung. Da die Feststellungen des Berufungsgerichts zu den von ihm für die Annahme der Sittenwidrigkeit des gesamten Vertrages als maßgeblich angesehenen Vertragsbestimmungen nicht ergeben, daß diese eine für die Pächterin unangemessene Regelung darstellen, kann auch die vom Berufungsgericht für den ganzen Vertrag angenommene Rechtsfolge keinen Bestand haben.

II.

Auf die von der Revision erhobenen Verfahrensrügen kommt es demnach nicht an.

III.

1. Nach alledem mußte das Berufungsurteil aufgehoben werden. Die Voraussetzungen für eine Entscheidung des erkennenden Senats in der Sache selbst liegen nicht vor, weil das Berufungsgericht - von seinem Standpunkt aus mit Recht - keine Feststellungen zu den Einwendungen des Beklagten gegen die Gültigkeit der Bürgschaft und gegen das Bestehen der geltend gemachten Hauptforderung getroffen hat. Der Rechtsstreit mußte deshalb an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden. Dem Senat schien es hier angezeigt, von § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch zu machen.

2. Da der endgültige Erfolg oder Mißerfolg des Rechtsmittels vom Ergebnis der anderweiten Verhandlung des Rechtsstreits abhängt, war dem Berufungsgericht auch die Entscheidung über die Kosten der Revision vorzubehalten.

Braxmaier

RIBGH Hoffmann ist
beurlaubt und da-
durch verhindert
zu unterschreiben.

Wolf

Braxmaier

Treier

Dr. Brunotte