

10. 1. Kann gegenüber einem Unterlassungsanspruch die Einrede des Zurückbehaltungsrechts wegen einer Geldforderung erhoben werden?

2. über die Grenzen eines solchen Zurückbehaltungsrechts.

BGB. § 273.

II. Zivilsenat. Ur. v. 21. Juli 1936 i. S. Firma Sch. GmbH. (Bekl.)
w. Sch. (kl.). II 30/36.

I. Landgericht Köln.

II. Oberlandesgericht daselbst.

Der Kläger hat zusammen mit dem Kaufmann U. ein Buchhaltungssystem erfunden. Zu seinen Gunsten ist als Wortzeichen das Warenzeichen „Sch. . .“ eingetragen, das sich aus Teilen der Namen der Erfinder zusammensetzt. Durch Vertrag mit dem Kaufmann B. übertrug der Kläger diesem das Recht, das Buchhaltungssystem des Klägers unter dem Namen „Sch. . .“ und unter Benutzung des Warenzeichens im größten Teile Deutschlands zu vertreiben, auch zu diesem Zweck eine Gesellschaft mbH. zu gründen, in deren Firma das zeichenrechtlich geschützte Wort „Sch. . .“ vorkommt. Dem Kläger wurde das Recht vorbehalten, im Lande Sachsen und in der Provinz Schlesien sein Buchhaltungssystem allein zu vertreiben. Die Gesellschaft mbH., die jetzige Beklagte, wurde errichtet; sie hat den Geschäftsbetrieb übernommen. Der Kläger hat den Rücktritt vom Vertrage wegen positiver Vertragsverletzung der verklagten Gesellschaft mbH. erklärt, weil sie vertragswidrig in das ihm vorbehaltenen Gebiet eingebracht sei und unter der Bezeichnung „Sch. . . buchhaltung“ ein ganz anderes Buchhaltungssystem vertrieben habe. Die Beklagte hat u. a. die Einrede des Zurückbehaltungsrechtes erhoben und hierzu geltend gemacht: Infolge des Rücktritts habe ihr der Kläger die Beträge zu erstatten, die sie ihm nach dem Vertrage bezahlt habe,

zubieten. Denn der Rücktritt mußte jedenfalls die Folge haben, daß der Kläger keine Unterlassungspflicht mehr aus dem Vertrag hatte. Insofern könnte man auch nicht sagen, daß die Beklagte etwas zurückbehalten könnte; denn sie würde insofern nicht eine ihr obliegende Unterlassungspflicht zurückbehalten.

Ob ein Unterlassungsanspruch grundsätzlich Gegenstand eines Zurückbehaltungsrechts des Unterlassungspflichtigen sein kann, ist bestritten; bejahend z. B. für ein vertragsmäßiges Wettbewerbsverbot *RGKomm.z.BGB.* § 273 Anm. 1. und die führenden anderen Erläuterungsbücher zum Bürgerlichen Gesetzbuch und zum Handelsgesetzbuch, so *Staudinger BGB.* § 273 Anm. IIc, *Pland-Siber BGB.* § 273 Anm. 1, *Staub-Gadow HGB.* Vorbem. I 1 vor § 369; vgl. auch *Heinrich Lehmann Die Unterlassungspflicht im bürgerlichen Recht* (1906) in den *Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß*, Bd. 15 Heft 1 S. 301ff., 304, 305; verneinend das Urteil des erkennenden Senats in *RGZ.* Bd. 102 S. 130 bei wechselseitigem Wettbewerbsverbot, wo es als widerfönnig bezeichnet wird, auf die Verbindlichkeit zu einer Unterlassung den Gedanken anzuwenden, als würde durch das Zuwiderhandeln die Verpflichtung zur Unterlassung einbehalten. Andererseits hat das Reichsgericht schon ausgesprochen, daß grundsätzlich auch ein Unterlassungsanspruch von dem Unterlassungspflichtigen zum Gegenstand eines Zurückbehaltungsrechts gemacht werden könne (so Urteil des V. Zivilsenats vom 4. März 1916 V 6/16, wo es sich um die Verpflichtung zur Unterlassung der Zurücknahme einer beim Vollstreckungsgericht eingereichten Urkunde handelte). Eine für den erkennenden Senat bindende, seit dem 1. September 1935 ergangene Entscheidung des Reichsgerichts liegt nicht vor, sodaß der Senat die Frage frei entscheiden kann.

Der Grundgedanke des Zurückbehaltungsrechts ist der, daß es in der Regel arglistig ist, wenn jemand aus einem Rechtsverhältnis eine Leistung fordert, während er selbst eine aus demselben Rechtsverhältnis ihm obliegende Verpflichtung nicht erfüllt. Es handelt sich also um einen Anwendungsfall der allgemeinen Arglisteinrede. Hier von ausgehend wird man sagen können, daß das Zurückbehaltungsrecht auch dann einem Bedürfnis entsprechen kann, wenn der eine Teil vom anderen ein Unterlassen fordert, während er die auf demselben Rechtsverhältnis beruhende eigene Verpflichtung nicht erfüllt. Soweit es sich um gegenseitige, noch fortbestehende Verträge handelt,

wird es auf die Frage, ob allgemein Unterlassungsansprüche zum Gegenstand eines Zurückbehaltungsrechts nach § 273 Abs. 1 BGB. gemacht werden können, nicht ankommen. Dort wird schon die Einrede des nicht erfüllten Vertrags zur Verweigerung der Gegenleistung ausreichen, auch wenn diese in der Verpflichtung zu einer Unterlassung (z. B. des Wettbewerbs) besteht. Für gegenseitige Verträge liegt in § 320 BGB. eine erschöpfende Regelung vor. Abgesehen von Ansprüchen aus solchen Verträgen, also für die Anwendungsfälle des § 273 BGB., ergeben sich aus der Natur des Zurückbehaltungsrechts keine Bedenken gegen dessen Anwendung auf Unterlassungspflichten. Nach der allgemeinen Bestimmung des § 241 BGB., der sich in demselben Titel befindet, in dem auch das Zurückbehaltungsrecht geregelt ist, kann die „Leistung“ auch in einem Unterlassen bestehen. § 273 BGB. gewährt dem Schuldner unter den dort angegebenen Voraussetzungen das Recht, die geschuldete „Leistung“ zu verweigern und nennt das so gestaltete Recht „Zurückbehaltungsrecht“. Um eine zu enge Begrenzung des Rechts etwa auf im Besitz des Schuldners befindliche Gegenstände oder auf ihm übertragene Rechte zu vermeiden, hat die II. Kommission für das Bürgerliche Gesetzbuch das Recht zum „Zurückbehalten“ durch das Recht zum „Verweigern“ der Leistung ersetzt (vgl. Heinrich Lehmann a. a. O. S. 305 und die Protokolle der II. Kommission Bd. 1 S. 312). Grundsätzlich ist daher davon auszugehen, daß auch eine Verpflichtung zur Unterlassung Gegenstand eines Zurückbehaltungsrechts sein kann.

Aus dem Grundgedanken des Zurückbehaltungsrechts ergibt sich aber auch seine Begrenzung. Es darf nicht in einer Weise ausgeübt werden, die gegen Treu und Glauben verstößt. Es handelt sich nur um eine verzögerliche Einrede, die nicht zur gänzlichen Vereitlung, zur Beseitigung des Gläubigerrechts, zu einer endgültigen Verweigerung der Leistung führen darf. Der Schuldner darf das Zurückbehaltungsrecht insoweit nicht ausüben, als die Ausübung gegen Treu und Glauben verstoßen würde; er darf nichts Unbilliges vom Gläubiger verlangen. Andernfalls würde eine mißbräuchliche Rechtsausübung vorliegen, welcher der Rechtsschutz zu versagen wäre. Auch diese Begrenzung des Zurückbehaltungsrechts ergibt, daß keine durchschlagenden Bedenken gegen die grundsätzliche Anwendung des Zurückbehaltungsrechts auf einen Unterlassungsanspruch bestehen.

Wie bei jedem Anspruch ist das Zurückbehaltungsrecht auch bei einem Unterlassungsanspruch nicht gegeben, sofern sich aus dem Schuldverhältnis ein anderes ergibt (z. B. wenn gegen einen Unterhaltsanspruch ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht werden soll). Allgemein bietet Schutz gegen einen Mißbrauch die Einrede der Arglist, so wenn der Schuldner durch sein vertragswidriges Verhalten den Rücktritt des Vertragsgenossen vom Vertrage verschuldet hat und dadurch die Schuld, gegen die er zurückbehalten will, erst zur Entstehung gelangt ist. Es ist Aufgabe des Richters, nach diesen Grundsätzen der Lage des Einzelfalles gemäß zu entscheiden.

Die Anwendung auf den vorliegenden Fall ergibt die Unzulässigkeit des Zurückbehaltungsrechts. Der Beklagten würden durch Ausübung des ihr bis zum Rücktritt zustehenden Rechts nur geringe Werte zufließen. Das Recht soll dem Inhaber nur Sicherung gewähren, wie sich schon aus der Möglichkeit ergibt, gemäß § 273 Abs. 3 BGB. die Ausübung durch Sicherheitsleistung in Höhe des Wertes der Sicherung — nicht der Gegenforderung, falls diese höher ist — abzuwenden. Befriedigung für ihre angebliche Geldforderung würde die Beklagte bei der Vermögenslage des Klägers in absehbarer Zeit nicht erreichen. Die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts würde aber zu einer so gut wie dauernden Vereitelung des Rechtes des Klägers führen. Dieses Ergebnis wäre um so unbilliger, weil der angebliche Anspruch der Beklagten auf Erstattung ihrer Aufwendungen und auf Rückzahlung der auf Grund des Vertrags an den Kläger gezahlten Beträge erst dadurch entstanden ist, daß dieser den Rücktritt vom Vertrag wegen positiver Vertragsverletzung der Beklagten erklärt hat.