

4. Findet die Vermutung des Art. 274 Abs. 1 H.G.B. auf einen Vertrag Anwendung, durch welchen ein Kaufmann auf eine verfallene Konventionalstrafe verzichtet hat? Wird die Vermutung dadurch ausgeschlossen, daß der Anspruch auf die Konventionalstrafe aus einem Vertrage über unbewegliche Sachen herrührt?

VI. Civilsenat. Ur. v. 25. Februar 1892 in S. Gz. (Bekl.) w. G.
(Rf.) Rep. VI. 302/91.

- I. Landgericht Königsberg i. Pr.
- II. Oberlandesgericht daselbst.

Gegenüber der vom Kläger als Cessionar des Maurermeisters J. erhobenen Klage machte der Beklagte mittels Kompensationseinrede den Anspruch auf eine Konventionalstrafe von 2000 *M* geltend, welchen er aus einem mit J. unter dem ^{17. Juli}/_{3. August} 1887 abgeschlossenen Bauvertrage herleitet. Das Berufungsgericht hat die Kompensationseinrede verworfen. Es sieht zwar die Konventionalstrafe als verwirkt, andererseits aber, dem Vorbringen des Klägers entsprechend, als erwiesen an, daß der Beklagte im Juni 1888 dem J. gegenüber auf die damals bereits verfallene Strafe verzichtet hat. Die Revision des Beklagten, welche diesem Verzicht wegen Mangels der Schriftform die Gültigkeit abspricht, ist zurückgewiesen worden.

Aus den Gründen:

„Der von der Vorinstanz festgestellte Verzicht müßte nach der Höhe des Gegenstandes wegen Mangels der Schriftform für unverbindlich erklärt werden, wenn hier die Formvorschriften des Allgemeinen Landrechtes maßgebend wären (vgl. §§. 131. 134 A.L.R. I. 5, §§. 380. 381 I. 11). Nur für den Fall der Anwendbarkeit des Art. 317 H.G.B. würde die Gültigkeit des Verzichtes durch die schriftliche Abfassung nicht bedingt sein. Abhängig ist danach die Entscheidung von der Frage, ob es sich bei dem Verzicht des Beklagten um ein Handelsgeschäft gehandelt hat. Für die Beantwortung dieser Frage sind, da der Beklagte unstreitig Kaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuches ist, die Bestimmungen der Artt. 273 bis 275 H.G.B. in Betracht zu ziehen. Gemäß Art. 273 Abs. 1 sind alle einzelnen Geschäfte eines Kaufmannes, welche zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören, als Handelsgeschäfte anzusehen, und gemäß Art. 274 Abs. 1 gelten die von einem Kaufmanne geschlossenen Verträge im Zweifel als zum Betriebe des Handelsgewerbes gehörig. Von der hiernach für die handels-geschäftliche Qualität sprechenden Vermutung sind jedoch durch das Gesetz selbst die Verträge über unbewegliche Sachen ausgeschlossen, indem diesen der Art. 275 die Eigenschaft von Handelsgeschäften unbedingt abspricht.

Vgl. Entsch. des R.D.S.G.'s Bd. 12 S. 53, Bd. 14 S. 50.

Zuzugeben ist nun der Revision, wie dies auch der Vorderrichter nicht verkennt, daß der Vertrag vom ^{17. Juli}/_{3. August} 1887, durch welchen der Beklagte dem Cedenten des Klägers den Bau eines Hauses übertragen

hat, ein Vertrag über unbewegliche Sachen im Sinne des Art. 275 H. G. B. und deshalb kein Handelsgeschäft war. Allein die hieraus gezogene Folgerung, es müsse auch die Verzichtleistung auf die in jenem Vertrage für den Fall der Verzögerung bedungene Konventionalstrafe als Vertrag über unbewegliche Sachen behandelt werden, ist von dem Berufungsgerichte mit Recht für unbegründet erklärt worden.

In dem angefochtenen Urtheile wird ausdrücklich hervorgehoben, daß zur Zeit der Verzichtleistung des Beklagten die Konventionalstrafe von 2000 *M* bereits verfallen war, und die Richtigkeit dieser Annahme ergibt sich ebensowohl aus dem Inhalte des Vertrages vom ^{17. Juli} _{3. August} 1887 wie aus den vom Beklagten selbst in den Vorinstanzen gemachten Ausführungen. Insbesondere hat der Beklagte ausweislich des Thatbestandes behauptet, daß seine Berechtigung auf Konventionalstrafe von 3. schon im März oder April 1888 anerkannt worden sei. Wenn demnächst im Juni 1888 der Beklagte auf die Entrichtung der Konventionalstrafe Verzicht leistete, so war der Gegenstand dieses Verzichtes weder unmittelbar, wie es der Art. 275 H. G. B. voraussetzt, noch auch nur mittelbar eine unbewegliche Sache, sondern lediglich eine zum Vermögen des Beklagten gehörige Geldforderung von 2000 *M*. Die Verfügung über diese vom Beklagten unbedingt, namentlich unabhängig von dem weiteren Schicksale des Hausbaues, erworbene Forderung fällt nicht unter die Vorschrift des Art. 275 und ist demzufolge von der allgemeinen Vermutung des Art. 274 Abs. 1 nicht ausgenommen. Von der Revision wird zwar darauf hingewiesen, daß es sich hier nicht um eine Verfügung des Beklagten zu Gunsten eines Dritten, sondern um ein Aufgeben der Forderung gegenüber dem Verpflichteten handelt; allein dieser Unterscheidung kann für die hier zu entscheidende Frage kein Gewicht beigelegt werden. Denn unter die Vorschrift des Art. 274 Abs. 1 fallen nach dessen Fassung auch liberatorische Verträge eines Kaufmannes, sofern nicht etwa aus ihrem Inhalte oder aus sonstigen Umständen zweifellos hervorgeht, daß sie außerhalb des Gewerbebetriebes abgeschlossen waren. Derartige Umstände sind von dem Beklagten nicht angeführt und nicht ersichtlich. Die Möglichkeit, daß der Beklagte auf seine Geldforderung von 2000 *M* im Interesse seines Gewerbebetriebes und mit Bezug auf denselben verzichtet habe, ist nicht in Abrede zu stellen und kann namentlich nicht deshalb als abgeschlossen angesehen

werden, weil die aufgegebene Forderung aus einem Vertrage herührte, welcher kein Handelsgeschäft war.

Vgl. das schon vom Vorberrichter angezogene Urteil des Reichsgerichtes vom 22. Januar 1890 Rep. V. 247/89¹, sowie Entsch. in Civiltf. Bd. 26 S. 19, 20, Entsch. des R.D.F.G.'s Bd. 16 S. 351, auch Bd. 13 S. 18, 19, wo es sich um den Verzicht auf eine Konventionalstrafe aus einem Handelsgeschäfte handelte.

Hieran kann auch der Umstand nichts ändern, daß nach der Auffassung des Berufungsgerichtes der Beklagte mit den im Juni 1888 gemachten Äußerungen dem B. gegenüber nicht bloß auf die Konventionalstrafe verzichtet, sondern zugleich erklärt hat, den B. überhaupt wegen seiner Verzögerungen, sei es, daß dieselben bereits damals eingetreten waren oder noch später eintreten würden, nicht in Anspruch nehmen zu wollen. Der Betrag der Konventionalstrafe war in dem Bauvertrage auf eine bestimmte Summe festgesetzt. Er blieb, nachdem die Strafe einmal verwirkt war, unverändert derselbe, auch wenn B. die Vollendung des Baues noch länger verzögerte. Daß der Beklagte aus der Verzögerung neben der Strafe noch andere Entschädigungsansprüche hätte herleiten können, ist angesichts der §§. 292 bis 295 A.B.R. I. 5 nicht ohne weiteres anzunehmen. Wäre dies aber auch der Fall, und wäre ferner, wie die Revision meint, in dem Verzicht des Beklagten, soweit er sich auf die künftig noch eintretenden Verzögerungen bezog, eine der Schriftform bedürftige Abänderung des Bauvertrages zu erblicken, so würde doch davon die Gültigkeit des selbständig daneben erklärten Verzichtes auf die verfallene Konventionalstrafe nicht betroffen werden. Vielmehr würde dieser Verzicht der Vermutung des Art. 274 H.G.B. unterliegen, wenn auch gleichzeitig eine nach Art. 275 zu beurteilende Abänderung des Bauvertrages vorgenommen sein sollte.“ . . .

¹ Teilweise abgedruckt in der Jur. Wochenschr. 1890 S. 70 Nr. 7. D. E.