

32. Anwendung des § 278 B.G.B. auf Fälle, in denen die Verbindlichkeit in einem Unterlassen besteht.

VI. Zivilsenat. Ur. v. 29. März 1906 i. S. S. (Bekl.) w. B. & Co. (Kl.).  
Rep. VI. 276/05.

I. Landgericht Halle a. S.

II. Oberlandesgericht Naumburg a. S.

Der Beklagte hatte sich im Februar 1903 schriftlich verpflichtet, während der Dauer von fünf Jahren Sanatogen und Sanatogenpräparate nicht unter gewissen, von der Klägerin vorgeschriebenen Detailpreisen zu verkaufen, und diese Verpflichtung auch durch keinerlei sonstige Vergünstigungen zu umgehen; für jeden Fall der Zuwiderhandlung hatte er die Zahlung einer Konventionalstrafe von 100 M der Klägerin versprochen. Mit der Behauptung, daß er jener Verpflichtung dadurch zuwidergehandelt habe, daß er den Käufern von Sanatogen Rabattmarken verabreicht habe, forderte die Klägerin Zahlung der Konventionalstrafen. Das Oberlandesgericht erklärte diesen Anspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt. Die Revision des Beklagten wurde zurückgewiesen, aus folgenden

Gründen:

„Das Berufungsgericht führt aus, daß nach der von den Parteien übereinstimmend geschilderten Einrichtung der Rabattparvereine in der Verabreichung von Rabattmarken bei Verkauf von Sanatogen und Sanatogenpräparaten eine Zuwiderhandlung gegen die vom Beklagten der Klägerin gegenüber übernommene Verpflichtung liege. Diese, von der Revision lediglich zur Nachprüfung gestellte, Ausföhrung läßt einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Es wird im Berufungsurteil weiter dargelegt, daß die Verwirkung der Vertragsstrafe ein Verschulden des Beklagten nicht voraussetze, da die von diesem geschuldete Leistung in einem Unterlassen bestehe; unerheblich sei, daß lediglich seine Angestellten ohne sein Wissen oder selbst gegen

seine ausdrückliche Anordnung den Kunden Rabattmarken verabreicht hätten; denn für diese Zuwiderhandlungen habe er nach § 278 B.G.B. einzustehen. . . . Die Revision wendet sich hiergegen mit der Ausführung, die Angestellten des Beklagten seien keine Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit gegenüber der Klägerin bediene.

Dieser Angriff kann nicht für begründet erachtet werden. Es kann dabei dahingestellt bleiben, ob mit der in der Literatur herrschenden, auch vom V. Zivilsenate des Reichsgerichts (vgl. Entsch. des R.G. in Zivilf. Bd. 55 S. 79) geteilten Ansicht der Satz 2 des § 339 B.G.B. dahin aufzufassen ist, daß, wenn die geschuldete Leistung in einem Unterlassen besteht, die Strafe mit der Zuwiderhandlung verwirkt ist ohne Rücksicht darauf, ob den Schuldner ein Verschulden trifft, oder ob nicht vielmehr jene Gesetzesvorschrift den Gläubiger nur vom Nachweise des Verschuldens befreit, dem Schuldner aber nachläßt, den Mangel eines solchen als Befreiungsgrund geltend zu machen und zu beweisen. Nach § 241 B.G.B. kann die Leistung, die der Gläubiger kraft eines Schuldverhältnisses zu fordern berechtigt ist, auch in einem Unterlassen bestehen. Die Erfüllung der Verpflichtung besteht hier darin, daß der Schuldner die Handlung, die er unterlassen soll, nicht vornimmt. Solange er diese Handlung nicht vornimmt, befindet er sich im Zustande der Erfüllung. Nun könnte man auf den ersten Anblick sagen, es sei undenkbar, daß er sich hierbei der Hilfe anderer Personen bedient, es komme hierbei vielmehr nur auf sein persönliches Tun und Lassen an. Das wird der Fall sein, wenn die verbotene Handlung nur vom Schuldner selbst vorgenommen werden kann, und daher auch nur eine Zuwiderhandlung des Schuldners selbst als unter das Verbot fallend von den Vertragsschließenden gemeint sein kann. Im vorliegenden Falle kann aber ein Verkauf des Sanatogens unter den von der Klägerin festgesetzten Detailpreisen nicht bloß vom Beklagten selbst, sondern auch von denjenigen vorgenommen werden, die er mit dem Verkauf beauftragt hat, und daß auch ein solcher Verkauf durch das Verbot hat getroffen werden sollen, kann nicht zweifelhaft sein. Nun läßt sich schon sagen, daß der Beklagte, da er beim Verkauf des Sanatogens die der Klägerin gegenüber übernommene Verbindlichkeit zu erfüllen hat, eine andere Erfüllung überhaupt nicht denkbar ist, sich

zur Erfüllung dieser Verbindlichkeit derjenigen Personen bedient, die er mit dem Verkauf beauftragt hat. Man könnte vielleicht aber den Zweifel aufwerfen, ob dies für den Fall zutrifft, daß er seinen Angestellten nicht untersagt haben sollte, den Abnehmern von Sanatogen Rabattmarken zu gewähren, und jene auf Grund der allgemeinen Übung in seinem Geschäfte es getan hätten. Solchenfalls würde § 278 schon deswegen nicht anwendbar sein, weil es an einem Verschulden der Angestellten fehlen würde; der Beklagte würde aber gleichwohl zur Zahlung der Strafe verpflichtet sein, weil dann der Fall so anzusehen ist, als ob er selbst — und zwar schuldhaft — die Zuwiderhandlung vorgenommen hätte. Es kann aber jedenfalls dann, wenn er seinen Angestellten die Gewährung von Rabattmarken beim Verkauf von Sanatogen ausdrücklich untersagt haben sollte, keinem Zweifel unterliegen, daß er sich jener zur Erfüllung der von ihm der Klägerin gegenüber übernommenen Verbindlichkeit bei dem Verkauf von Sanatogen bedient hat, und daß diese Angestellten, da sie seinem Verbot zuwidergehandelt haben, ein Verschulden trifft.“ . . .