

110. Wie verhält sich bei Verpflichtungen zum Unterlassen der Anspruch auf Vertragsstrafe zum Anspruch auf Erfüllung?  
B.G.B. §§ 340, 341.

I. Zivilsenat. Urtr. v. 31. März 1909 i. S. K. (Kl.) w. G. (Bekl.).  
Rep. I. 276/08.

- I. Landgericht Magdeburg, Kammer für Handelsachen.
- II. Oberlandesgericht Naumburg a. S.

Am 12. April 1903 verkaufte der Beklagte für 30000 *M* fein in *M.* betriebenes Margarine- und Mehl-Engroßgeschäft nebst Inventar und Warenlager an den Kläger. Der § 7 des Vertrages lautete: „Der Verkäufer verpflichtet sich, innerhalb der nächsten 10 Jahre in *M.* und in einem Umkreise von 50 km ein gleichartiges Geschäft weder zu begründen, noch zu übernehmen, noch zu betreiben, noch sich an einem solchen in irgendeiner Weise zu beteiligen. Er unterwirft sich für jeden Fall der Zuwiderhandlung einer an den Käufer zu entrichtenden Konventionalstrafe von 10000 *M*“. Bald nach Abschluß des Kaufvertrages gründete der Beklagte mit dem Kaufmanne *F.* unter der Firma *F. & G.* in *M.* eine Margarinefabrik. Da die Firma mit seinem Vorwissen Margarine direkt an Konsumenten (Bäcker und Konditoren) verkaufte, wurde der Beklagte zur Zahlung einer Vertragsstrafe von 10000 *M* verurteilt. Bevor das Urteil rechtskräftig wurde, trat er aus der Firma aus, ließ sich aber als Reisender gegen festes Gehalt von *F.* anstellen und setzte

als solcher die Margarineverkäufe an Konsumenten in dem verbotenen Bezirke fort. Dies führte zu einer neuen Klage mit dem Antrage, ihn zu verurteilen, bis zum 30. April 1913 sich in M. und einem Umkreise von 50 km jeglichen Geschäftsbetriebes zu enthalten, der den Verkauf von Margarine und anderen Bedarfsartikeln für Bäckereien und Konditoreien an Konsumenten zum Gegenstande habe.

Während das Landgericht der Klage stattgab, erkannte der Berufungsrichter auf Abweisung. Auf die Revision des Klägers wurde das erste Urteil wiederhergestellt aus folgenden

#### Gründen:

„Das Oberlandesgericht erkennt an, daß der Beklagte das Verbot, sich an einem Konkurrenzgeschäft „in irgendeiner Weise zu beteiligen“, nicht dadurch habe umgehen dürfen, daß er aus der Firma F. & G. austrat und für das ihm nunmehr fremd gewordene Unternehmen eine fortgesetzte persönliche Tätigkeit als Reisender entwickelte. Hiergegen walteten Bedenken nicht ob (vgl. Entsch. des R.G.'s in Zivilf. Bd. 40 S. 99). Die Erwägungen aber, die ungeachtet dieses Ausgangspunktes zur Abweisung der Klage geführt haben, können nicht gebilligt werden. Das Oberlandesgericht meint, bei der Höhe der bedungenen Strafe — 10000 M bei einem Gesamtverkaufspreise von nur 30000 M — sei anzunehmen, daß das volle Interesse des Klägers durch eine einmalige Zahlung gedeckt werde. Die reichsgerichtliche Rechtsprechung über Konkurrenzverbote habe in solchem Falle die Strafe als Wandelpön betrachtet, durch deren Erlegung sich der Schuldner von der ferneren Beobachtung des Verbotes befreien könne. Nun sei zwar nicht festzustellen, daß der Beklagte die im ersten Prozesse erkannte Strafe bezahlt habe. Allein hier greife § 340 B.G.B. ein, wonach der Gläubiger schon durch das Verlangen der Strafe den Anspruch auf Erfüllung verliere. Die Eigenschaft der Verpflichtung des Beklagten als Unterlassungspflicht hindere die Anwendung des § 340 nicht. Diese Erwägungen beruhen in mehrfacher Hinsicht auf Rechtsirrtum.

Richtig ist, daß § 340 B.G.B. die Anwendung auf Unterlassungspflichten gestattet. An die Spitze des Rechtes der Schuldverhältnisse stellt das Gesetz den Satz, die geschuldete Leistung könne auch in einem Unterlassen bestehen (§ 241). Bei der Redaktion der einzelnen Vorschriften ist freilich vorwiegend an Verpflichtungen zu

positiven Handlungen gedacht. Ob und inwieweit gewisse Vorschriften, z. B. über Verzug, Unmöglichkeit der Leistung, auf Verpflichtungen zum Unterlassen passen, bedarf besonderer Prüfung. Was die hier interessierenden Bestimmungen über das Verhältnis der Vertragsstrafe zum Erfüllungsanspruch betrifft (§§ 340, 341), so ist ihre grundsätzliche Anwendbarkeit auf die Unterlassungspflichten um so weniger zu bezweifeln, als der unmittelbar vorhergehende Paragraph diese Pflichten ausdrücklich erwähnt. Nun ist mitunter nach Verletzung der Unterlassungspflicht ein Anspruch auf Erfüllung begrifflich ausgeschlossen. So, wenn jemand versprochen hat, an einer bestimmten Versteigerung, einer konkreten Abstimmung nicht teilzunehmen, und diesem Versprechen zuwiderhandelt. In anderen Fällen, in denen sich die Verletzung rückgängig machen läßt (z. B. Versprechen, eine Sache nicht an einen Dritten zu veräußern), würde die Rückgängigmachung mit dem Erfüllungsanspruch gefordert werden können. Aus der Anwendung des § 340 ergibt sich dann, daß die Forderung erlischt, sobald der Gläubiger die Vertragsstrafe verlangt. Überall jedoch, wo ein länger dauerndes Unterlassen geschuldet wird, das die Möglichkeit wiederholter Zuwiderhandlung bietet, muß außer § 340 auch § 341 in Betracht gezogen werden. Nach dieser letzteren Vorschrift darf, wer eine Strafe für nicht gehörige Erfüllung bedungen hat, die Erfüllung kumulativ neben der Strafe fordern. Welchem der beiden Paragraphen die Verletzung einer derartigen Unterlassungspflicht zu unterstellen ist, hat sich danach zu richten, ob mit der Vertragsstrafe das Interesse an der ganzen Unterlassung gedeckt werden sollte, oder nur das Interesse am Unterbleiben einer einzelnen Zuwiderhandlung.

Die soeben berührten Zweifel tauchen besonders häufig auf, wenn die Vertragsstrafe sich auf ein Wettbewerbsverbot bezieht. Verpflichtet sich jemand bei Meidung einer bestimmten Strafe, dem anderen keine Konkurrenz zu machen, so wird oft die Höhe der Strafe den einzigen Anhalt bilden, um zu ermitteln, ob der Tatbestand des § 340 gegeben ist. Dabei bringt es die Eigenart der auf Einschränkung der Erwerbsfreiheit gerichteten Stipulationen mit sich, daß bei Bejahung der Subsumtionsfrage doch eine von § 340 abweichende Ausgestaltung der Rechtsfolgen dem Wesen der Sache angemessen erscheinen kann. Mitunter wird sich, auch unter anderen

Voraussetzungen als denen des § 75 Abs. 2 H.G.B., als Parteilike feststellen lassen, daß der Gläubiger bei Verletzung des Konkurrenzverbotes nur die verwirkte Strafe verlangen darf (vgl. *Volze*, *Praxis* Bd. 16 Nr. 385). Näher wird es noch liegen, das Verhältnis dahin aufzufassen, daß der Schuldner, wie bei einem eigentlichen Neugeld (§ 359 B.G.B.), die Befugnis hat, sich durch Entrichtung des Geldes von dem Verbote zu befreien. Die beredete Zahlung braucht darum nicht den Charakter der Vertragsstrafe und die Ermäßigungs-möglichkeiten des § 343 B.G.B. und der §§ 348, 351 H.G.B. einzubüßen. Bei der dispositiven Natur des § 340 B.G.B. steht nichts im Wege, die Resultate, zu denen die frühere Rechtsprechung des Reichsgerichts gelangt ist, unter dem neuen Rechte festzuhalten.

Vgl. *Entsch. des R.G.'s in Zivils.* Bd. 33 S. 141, Bd. 40 S. 100; *Volze*, Bd. 19 Nr. 494; *Jurist. Wochenschr.* 1902 *Weil.* S. 250 Nr. 156, und dazu *Staub-Rönige*, H.G.B. § 348 *Anm.* 16, 30; anders *Düringer u. Hachenburg* Bd. 2 S. 241; *Lehmann*, *Unterlassungspflicht* 1906 S. 302 *flg.*

Für die hier zu entscheidende Streitsache haben indes diese Zweifel und Bedenken keine Bedeutung. Hier ist die Zahlung von 10000 M „für jeden Fall der Zuwiderhandlung“ stipuliert. Damit ist auf das klarste zum Ausdruck gebracht, daß mit der Verwirkung mehrerer Strafen gerechnet wurde, und jede Strafe nur das Interesse am Nichtgeschehen der einzelnen Kontravention decken soll. Die Sache ist daher ebenso zu behandeln, wie wenn bei einer Verpflichtung zu positivem Tun die Vertragsstrafe für nichtgehörige Erfüllung geschuldet wird: § 341, nicht § 340, findet Anwendung. Daran können Erwägungen über die Höhe der Strafe nichts ändern. Über den klaren Wortlaut des Vertrages darf sich der Richter nicht wegsetzen. Auf einen Tatbestand der hier vorliegenden Art hat sich auch die angeführte Rechtsprechung nicht bezogen.

Schon die erste Kontravention, die den Gegenstand des früheren Prozesses bildete, hätte es dem Kläger erlaubt, neben der Zahlung von 10000 M die Verurteilung zur Unterlassung weiteren Wettbewerbes zu beanspruchen. Ebenso konnte wegen der gegenwärtig festgestellten Fälle außer dem Verbote der Unterlassung von neuem Vertragsstrafe gefordert werden. Weit entfernt, seine Rechte zu überschreiten, macht der Kläger noch nicht einmal den vollen Gebrauch

davon, wenn er sich auf den Unterlassungsanspruch beschränkt. Auch mit Bezug auf den Inhalt des Anspruchs ist ihm eine pluspetitio nicht vorzuwerfen. Der Beklagte meint, da er nur Margarine, nicht auch die sonstigen von der Konkurrenzklausel betroffenen Artikel an Kunden vertrieben habe, dürfe ihm auch nur der Margarinevertrieb verboten werden. Allein der Beklagte hat zum Ausdruck gebracht, daß er infolge des früheren Prozesses überhaupt nicht mehr an die Konkurrenzklausel gebunden sei. Unter solchen Umständen kann ein Interesse des Klägers, das Urteilsverbot auf den ganzen Umfang der Klausel erstreckt zu sehen, nicht beanstandet werden. Auch dagegen besteht kein Bedenken, daß er das Verbot, statt im Wege der Feststellungsklage, mit der Klage auf Verurteilung zur Unterlassung erstrebt.“ . . .