

8. 1. **Bewirkung der Vertragsstrafe, wenn die geschuldete Leistung in einem Unterlassen besteht.**
2. **Erfüllungsgehilfenschaft bei Unterlassungsverbindlichkeiten.**
BGB. §§ 339. 278.

III. **Bivilsenat. Urtr. v. 8. März 1912 i. S. R. u. Gen. (Rl.) w. W.**
(Befl.). Rep. III. 291/11.

- I. **Landgericht Hildesheim.**
- II. **Oberlandesgericht Celle.**

Der Kläger K., der Beklagte und ein Molkereibesitzer M., an dessen Stelle später der Kläger S. trat, schlossen am 7. September 1904 einen Vertrag, wodurch sie die Milchbezugsquellen eines bestimmten größeren Bezirks unter sich verteilen und den Wettbewerb im Milchbezug unter einander ausschließen wollten. In dem Vertrage erklärte der Beklagte, daß er auf das Recht verzichte, direkt oder indirekt für seine Molkerei Milch aus sechs bestimmten Ortschaften zu erwerben. Ebenso verzichteten die anderen Vertragsschließenden auf das Recht, Milch aus näher bezeichneten Ortschaften zu erwerben. Falls einer der Vertragsschließenden „diesen Bestimmungen zuwider“ Milch aus einer vom Verzicht betroffenen Ortschaft bezöge, verurteilte er nach dem Vertrag eine Strafe von 10 000 M an jeden der beiden anderen Vertragsschließenden. Im Jahre 1907 wurde im Vertragsgebiete die Genossenschaftsmolkerei B. gegründet, die am 1. Januar 1908 Milchlieferungsverträge u. a. mit Stallbesitzern aus den dem Beklagten verbotenen Ortschaften abschloß. Sie konnte den Betrieb aber erst am 1. Februar 1908 eröffnen und verkaufte deshalb im Januar die gesamte ihr aus diesen und anderen Ortschaften gelieferte Milch teils nach H., teils an den Beklagten. Von diesem verlangten die Kläger die Vertragsstrafe. Er machte geltend, er habe nicht gewußt, daß er Milch aus den ihm durch den Vertrag verschlossenen Orten erhalte, habe ausdrücklich mit der Molkerei B. bedungen, daß ihm keine Milch aus diesen Orten geliefert werden dürfe, und habe sich vom Genossenschaftsvorstande darüber eine schriftliche Erklärung ausstellen lassen.

Das Landgericht wies die Klage ab. Der Beklagte habe Umstände bewiesen, die es ausschließen, daß eine bewußte oder frei gewollte Zuwiderhandlung gegen die Unterlassungspflicht angenommen werden könne. Das Oberlandesgericht machte die Entscheidung von einem richterlichen Eide des Beklagten über seine Kenntnis von dem Vorhandensein verbotener Milch unter der ihm gelieferten abhängig. In den Entscheidungsgründen wurde ausgeführt, die „Zuwiderhandlung“ setze begrifflich ein bewußtes Handeln voraus. Solche Zuwiderhandlung habe der Gläubiger zu beweisen. Nun sei hier bewiesen, daß der Beklagte Milch aus den ihm verschlossenen Orten erhalten, ferner, daß er gewußt habe, die Molkerei B. beziehe Milch aus diesen Orten. Da er nach dem Vertrag auch indirekten Bezug

habe vermeiden müssen, so habe er den Beweis zu führen, daß er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt angewandt habe, um den Empfang verbotener Milch zu verhüten. Ein Garantieverprechen enthalte der Vertrag nicht, für ein solches sei auch sonst von den Klägern nichts vorgebracht. Für etwaiges Verschulden der Molkereigenossenschaft oder ihrer Angestellten habe der Beklagte nicht einzustehen, da er sich ihrer nicht zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit gegenüber den Klägern bedient habe.

Die Revision wurde zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

... „Nach § 339 Satz 2 BGB. tritt, wenn die geschuldete Leistung in einem Unterlassen besteht, die Verwirkung der Vertragsstrafe mit der Zuwiderhandlung ein. Die Bedeutung dieser Vorschrift ist in der Rechtslehre bestritten. Die zurzeit herrschende Meinung geht dahin, die Vorschrift des § 339 Satz 2 besage, daß bei einer Verpflichtung zum Unterlassen ein Verschulden nicht Voraussetzung der Verwirkung sei.

Vgl. Pland, Erl. 2 zu § 339; Dertmann, Anm. 2 b zu § 339, RGRKomm. Anm. 4; Schollmeyer in Hölders Kommentar II, 1 Anm. 2 c zu § 339; Staub-Rönige, 8. Aufl. Anm. 8 zu § 348 BGB; Dernburg, Bürgerliches Recht II, 1 § 104, I, 2; Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts 4./5. Aufl. I, 2 S. 92.

Dagegen erfordern auch im Falle des Satzes 2 ein Verschulden: Tige, Unmöglichkeit der Leistung S. 103; v. Staudinger, Anm. 4, Kühlenbeck, Anm. 2 zu § 339; Lehmann, Unterlassungspflicht, in Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß Bd. 15 Heft 1 S. 299. Von den Rechtslehrern, die das Erfordernis des Verschuldens verneinen, geben zu, daß die Verwirkung nicht eintritt, wenn der Gläubiger selbst die Zuwiderhandlung verschuldet hat: Pland, Dertmann, Staub, Dernburg. Enneccerus und Dernburg, von Pland und Dertmann mißbilligt, leugnen die Verwirkung außerdem dann, wenn die Zuwiderhandlung durch höhere Pflichten, z. B. die Rettung eines Menschen, geboten war. Zwar nicht schuldhaftes, aber bewußtes Handeln fordert Dertmann (§ 2 b, β), ebenso v. Staudinger, Anm. 4, ähnlich Murray in der Deutsch. Jur.-Ztg. 1906 Sp. 760.

Die Rechtsprechung hat sich zu der Frage folgendermaßen ge-

stellt: Das Bayerische Oberste Landesgericht (Seuff. Arch. Bd. 56 Nr. 245) verlangt, daß die Zuwiderhandlung bewußt und frei gewollt sei. Der V. Zivilsenat des Reichsgerichts hat in den Entsch. des RG.'s in Zivilf. Bd. 55 S. 78 ausgesprochen, gerade die Gegenüberstellung der beiden Sätze in § 339 ergebe, daß, wenn die geschuldete Leistung in einem Unterlassen bestehe, die Strafe mit der Zuwiderhandlung verwirkt sei, ohne Rücksicht darauf, ob den Schuldner ein Verschulden trifft oder nicht. Der VI. Senat (Bd. 63 S. 116) läßt es dahingestellt, ob diese Ansicht zutrifft, oder ob nicht vielmehr Satz 2 den Gläubiger nur vom Nachweise des Verschuldens befreit, dem Schuldner aber nachläßt, den Mangel eines solchen als Befreiungsgrund geltend zu machen und zu beweisen. Der erkennende Senat hat in der Sache Rep. III. 112/07 die Annahme, eine bewußte und frei gewollte Zuwiderhandlung sei zu erfordern, als bedenklich bezeichnet, hatte aber keinen Anlaß, näher darauf einzugehen.

Die herrschende Meinung stützt sich hauptsächlich darauf, daß Satz 2 in Gegensatz trete zu Satz 1, der Verzug, also Verschulden (§ 285 BGB.) fordere, und auf die Begründung zum Entwurf des BGB., wo es (Bd. 2 S. 278) heißt, die „Materie“ sei im Einklang mit dem gemeinen Recht usw. dahin geordnet, „daß, wenn die Verbindlichkeit in einem Unterlassen besteht, die Strafe schon mit der Zuwiderhandlung, ohne Rücksicht auf ein hierbei unterlaufenes Verschulden des Schuldners, in allen anderen Fällen aber erst verwirkt ist, wenn der Schuldner in Verzug kommt. . . . Nur in den erst-erwähnten Fällen ist in Abweichung von allgemeinen Grundsätzen ein Verschulden des Schuldners nicht verlangt. . . . Auch die Vorschrift des § 422 (des Entwurfs) ist selbstverständlich keine absolute, sie muß weichen, wenn nach den Umständen eine andere Intention der Parteien sich ergibt. Dieselben können z. B. in den im ersten Satze bezeichneten Fällen eine Garantieübernahme des Schuldners vereinbart haben. Die Annahme, daß eine solche bei der Verbindlichkeit zu einem Unterlassen der mutmaßlichen Absicht der Vertragsschließenden entspreche, rechtfertigt die abweichende Behandlung dieses Falles.“

Welche Bedeutung die Motive für die Auslegung des § 339 BGB. haben, in dessen Fassung jedenfalls die Verwirkung ohne Verschulden nicht so deutlich und zweifelsfrei wie in den Motiven zum Ausdruck

gekommen ist, mag unerörtert bleiben. Es bleibt die Möglichkeit, daß das Gesetz gerade mit Rücksicht auf die in den Motiven erwähnten „allgemeinen Grundsätze“ einen anderen Standpunkt für seine Auslegung verlangt, und daß die Gegenfälligkeit von Satz 2 und 1 nicht sowohl in dem Tatbestandsmerkmale des Verschuldens, als darin besteht, daß der Gesetzgeber davon ausgegangen ist, wohl bei der Verpflichtung zum Tun, nicht bei der zum Unterlassen könne von einem Verzuge die Rede sein. Es könnte danach in Frage kommen, ob die Vorschrift des § 339 Satz 2 nicht vielmehr dahin zu verstehen ist, daß eine weder bewußte noch schuldhafte Zuwiderhandlung die Verwirkung der Vertragsstrafe nicht herbeiführt.

Aber diese Frage braucht im vorliegenden Falle nicht entschieden zu werden. § 339 ist unzweifelhaft kein zwingendes, sondern nachgiebiges Recht. Was in dieser Hinsicht von den Motiven in besonderer Anwendung auf Satz 1 gesagt ist, gilt auch für Satz 2. Die Vorschrift, wie sie auch auszulegen sein mag, muß anderweiter Vereinbarung weichen.

Den Vertrag vom 7. September 1904 legt das Berufungsgericht dahin aus, daß „ein über die allgemeinen Rechtsgrundsätze der Vertragsstrafe hinausgehendes Garantieverprechen“ von den Vertragsschließenden nicht gewollt sei. Die Auslegung ist möglich, aber auch zutreffend. Die Vertragsschließenden, die ja einer den anderen in gleicher Weise banden und alle gleichmäßig von der Gefahr der Verwirkung einer außerordentlich hohen Strafe bedroht waren, haben jedenfalls keine nackte Erfolgshaftung beabsichtigt. In den Vertragsbestimmungen sprechen die Beteiligten den Verzicht aus auf das Recht, Milch aus bestimmten Ortschaften zu „erwerben“ oder zu „verwerten“. Die Strafe wird als verwirkt bezeichnet, wenn einer der Vertragsschließenden den Bestimmungen zuwider Milch aus einer der Ortschaften „bezieht“. Norm und Strafe sind danach gegeben für eine Tätigkeit. Die Verwirkung setzt voraus, daß der Zuwiderhandelnde in bestimmter Weise tätig wird entgegen der übernommenen Verpflichtung zur Unterlassung. Diese Verpflichtung ging dahin, weder direkt noch indirekt Milch aus den verbotenen Orten zu verwerten (erwerben) oder zu beziehen. Der Beklagte mußte bei der Innehaltung dieser Vertragsbestimmung nach Treu und Glauben unter Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt

verfahren. Er mußte Vorkehrungen treffen, die geeignet waren, ihn gegen den Bezug von Milch aus jenen Orten zu sichern. Nicht nur hatte er Milch abzulehnen, von der er wußte, daß sie aus den verschlossenen Orten stammte, er mußte namentlich auch dem Zwischenhandel gegenüber Sorge tragen, daß ihm keine solche Milch geliefert werde. Nach Treu und Glauben konnte ihm aber auf Grund des Vertrags nicht angefohlen werden, dafür einzustehen, daß die Einbringung verbotener Milch in seinen Betrieb geradezu unmöglich wurde. Eine solche Gewähr hat er eben nach der Vertragsauslegung nicht übernommen. Er tat vielmehr genug, wenn er sich durch ernstgemeinte Vertragsabreden mit der Molkerei B. — und diese Eigenschaften hatten nach der Feststellung des Oberlandesgerichts die getroffenen Abmachungen — gegen ein ihn straffällig machendes Einbringen von Milch schützte. Schuldhafte Verletzung der Abmachung begründete ihm gegenüber eine Schadensersatzpflicht der Molkereigenossenschaft. Daß er dieser Pflicht, wie die Revision will, nicht durch Veredung einer Vertragsstrafe besonderen Nachdruck gegeben hat, ist unter keinen Umständen ein Verschulden. Auch das Verlangen, daß er den Geschäftsbetrieb der Molkerei hätte ständig überwachen sollen, überspannt die Anforderungen an die im Verkehr erforderliche Sorgfalt.

Also durch den Vertrag, wenn auch abweichend von der Vorschrift des § 339 BGB., waren die Bewirkungsvoraussetzungen in dem Sinne bestimmt, daß erst straffällig sein sollte, wer der Vorschrift zuwider gehandelt hatte, wissend oder schuldhaft verbotene Milch bezogen, solche unter Außerachtlaffung der nach Treu und Glauben gebotenen Vorsichtsmaßregeln aus dem Zwischenhandel übernommen hatte.

Von diesem Gesichtspunkt aus kann ein Vertragsverschulden nicht darin erblickt werden, daß der Beklagte nicht wegen der Möglichkeit eines vorsätzlichen oder fahrlässigen Vertragsbruchs durch die Molkerei B. den Milchbezug von dorthier gänzlich unterließ. Wissenlicher Bezug verbotener Milch machte ihn dagegen straffällig. Mit Recht hat deshalb das Berufungsgericht den richterlichen Eid über die Kenntnis für den Ausgang des Rechtsstreits entscheidend sein lassen. Durch schuldhaften Bezug wurde die Strafe unter allen Umständen verwirkt. Der Schuldner hat nach § 278 BGB. ein Ver-

schulden der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfange zu vertreten wie eigenes. Daß sich der Schuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit einer anderen Person bedient, ist an sich auch dann denkbar, wenn die Verbindlichkeit in einem Unterlassen besteht.

Entsch. des RG.'s in Zivilf. Bd. 63 S. 116, RGKKomm. Anm. 4, Dertmann, Anm. 3c zu § 278.

Allein für die Annahme, daß sich der Schuldner einer anderen Person zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit, sei es zum Tun, sei es zum Unterlassen, bediene, ist stets notwendige Voraussetzung, daß sowohl die Gehilfenschaft als auch der Umstand, daß der Schuldner sich des anderen „bediene“, irgendwie deutlich in die Erscheinung treten. Das wird bei Unterlassungsverbindlichkeiten vornehmlich der Fall sein in Ansehung der Angestellten des Schuldners (Entsch. des RG.'s in Zivilf. Bd. 63 S. 117), hier also des Gefindes des Beklagten oder seiner Ehefrau oder der Personen, die er etwa als Vermittler von Milchankäufen benutzte. Die Revision meint, das Vorstandsmitglied D. der Molkereigenossenschaft sei für die Vertragsverbindlichkeit des Beklagten gegenüber den Klägern, den Bezug verbotener Milch zu unterlassen, Erfüllungsgehilfe des Beklagten gewesen. Das Berufungsgericht lehnt die Annahme mit der Bemerkung ab, die Stellung des Genossenschaftsvorstandes zum Beklagten sei keine entsprechende gewesen, er habe nicht dem Beklagten geholfen, die Milch von den Landwirten zu kaufen, sondern er habe im Namen der Genossenschaft gekauft und an den Beklagten weiter verkauft.

Daß eine Erfüllungsgehilfenschaft der Molkereigenossenschaft B. nicht angenommen ist, erscheint zutreffend. Im Urteile vom 12. Mai 1908, Rep. II. 548/07, hat der II. Zivilf. des RG.'s ausgeführt, der Lieferant des Verkäufers sei jedenfalls dann nicht dessen Erfüllungsgehilfe im Sinne des § 278, wenn er dem Verkäufer die Ware geliefert habe und wenn dann der Verkäufer die ihm gelieferte Ware an den Käufer weitergeliefert habe. Auch im vorliegenden Falle hatte der selbständige Vertrag zwischen der Genossenschaft und dem Beklagten nichts zu tun mit der durch den Vertrag vom 7. September 1904 begründeten Verpflichtung des Beklagten gegen die Kläger. Mit Recht betont die Revisionsbeantwortung, daß D. persönlich als Erfüllungsgehilfe nicht in Frage kommen könne, da er nur als Ver-

treter der Molkerei gehandelt habe. Nach dem landgerichtlichen Tatbestande hat der Beklagte behauptet, D. sei vom Vorstande der Genossenschaft mit Erledigung der Sache beauftragt gewesen. Ein Bestreiten dieser Behauptung durch die Kläger ergeben die Tatbestände der beiden ersten Rechtszüge nicht, im Revisionsverfahren kann es nicht nachgeholt werden (§ 561 ZPO.). Nach der Feststellung des Berufungsgerichts hat „D. mündlich wie schriftlich namens der Genossenschaft dem Beklagten die (von ihm verlangte) Zusicherung gegeben.“ . . .