

Für das Nachschlagewerk !
Für die Amtliche Sammlung !
Zur Veröffentlichung !

Gesetz: §§ 348 HGB, 343 BGB

Rechtssatz:

Unter ganz besonderen Umständen kann, auch ohne dass § 348 HGB gegeben ist, die Herabsetzung einer vereinbarten Vertragsstrafe ausgeschlossen sein.

Aktenzeichen: II ZR 91/51

Urteil des BGH vom 13. Februar 1952 - OLG Hamm

Verkündet

am 13. Februar 1952

Hirth, Justizangestellter,
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle.

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Friedrich H. [REDACTED] in G. [REDACTED]
B. [REDACTED] Str. [REDACTED]

Klägers, Berufungsbe-
klagten und Revisions-
klägers,

-Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]

gegen

1.) den Geschäftsführer Adalbert H. [REDACTED]

2.) den Geschäftsführer Erich H. [REDACTED]

beide in G. [REDACTED] B. [REDACTED] Str. [REDACTED]

Beklagte, Berufungskläger
und Revisionsbeklagte,

-Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 19. Januar 1952 unter Mitwir-
kung der Bundesrichter Dr. Selowsky, Dr. Haidinger,
Dr. Fischer, Dr. Benkard und Dr. Kuhn für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des
2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm vom 2.
April 1951 aufgehoben.

Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt,
an den Kläger 7.500 DM zu zahlen.

Wegen des weitergehenden Anspruchs wird die Sache
zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung des Rechts-
streits an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

3/4 der Kosten des Rechtsstreits werden den Be-
klagten als Gesamtschuldner auferlegt. Über das rest-
liche Kostenviertel hat das Berufungsgericht zu ent-
scheiden.

Von Rechts wegen

-2-

Tatbestand:

Die Parteien, Brüder, schlossen am 12. Juli 1950 unter 17 HQ 26/50 des Landgerichts in Essen einen Vergleich, der bis zum Erlass des landgerichtlichen Urteils ihrer Streitsache 17 HO 83/50 gelten sollte. Dieses Urteil erging am 6. September 1950. In dem Vergleich verpflichteten sich die Beklagten, keine Kaffeehandelsgeschäfte in Westfalen, und der Kläger keine derartigen Geschäfte im Rheinland zu tätigen. Beide Teile verpflichteten sich, "bei Verletzung einer der aufgeführten Verpflichtungen, eine Vertragsstrafe von 10.000 DM zu zahlen". Der Kläger verlangt unter der Behauptung, dass die Beklagten nach dem 12. Juli 1950 Kaffee laufend in G [REDACTED] und B [REDACTED] verkauft hätten, Zahlung der Vertragsstrafe. Das Landgericht hat die Beklagten als Gesamtschuldner hierzu verurteilt. Das Berufungsgericht hat die Vertragsstrafe auf 2.500 DM herabgesetzt, demgegenüber die von den Beklagten erklärte Aufrechnung durchgreifen lassen und die Klage abgewiesen. Mit der Revision strebt der Kläger die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils an, während die Beklagten um Zurückweisung der Revision bitten und hilfsweise beantragen, sie nur Zug um Zug gegen Befreiung von der Schuld gegenüber der H [REDACTED]-K [REDACTED]-Versicherungs-AG zu verurteilen.

Wegen des Sachverhältnisses im einzelnen wird auf das Senatsurteil vom heutigen Tage in der Sache II ZR 88/51 verwiesen.

Entscheidungsgründe:

I. Bei Abschluss des Vergleichs stritten die Parteien unter anderem darüber, ob den Beklagten jede geschäftliche Tätigkeit im Gebiet der früheren Provinz Westfalen verwehrt



sei oder ob sie in diesem Gebiet nur unter ihrem Namen keine Kaffeeengeschäfte treiben dürften. Diesen Streitpunkt legten sie für die Dauer des Vergleichs dahin bei, dass sich die Beklagten verpflichteten, keine Kaffeeengeschäfte in Westfalen zu tätigen, unter welcher Firma auch immer dies geschehen möge. Das Berufungsgericht stellt rechtlich einwandfrei fest, dass die Beklagten hiergegen verstossen und dabei schuldhaft gehandelt haben.

II. Das Berufungsgericht hat an sich recht, wenn es die Voraussetzungen des § 348 HGB als nicht gegeben erachtet. Denn die Beklagten haben die Vertragsstrafe weder als Kaufleute versprochen noch ein Handelsgewerbe betrieben, in dem sie die Vertragsstrafe hätten versprechen können.

a) Die Beklagten waren zwar Kaufleute, als sie am 29. August 1949 die OHG mit dem Kläger auflösten und das Wettbewerbsverbot vereinbarten. Entgegen der Ansicht der Revision hatten sie diese Eigenschaft aber nicht in Bezug auf die von ihnen gegründete C [REDACTED]-K [REDACTED]-GmbH. Denn das einzelne Mitglied einer solchen Gesellschaft und ihr Geschäftsführer sind keine Kaufleute, da die GmbH, die juristische Person, die Inhaberin des Handelsgewerbes ist (RG 85, 383; 120, 303; Würdinger in RGR Kom z HGB 2. Aufl § 1 Anm 13).

b) Es kommt auch gar nicht darauf an, dass die Beklagten bei Abschluss des Vergleichs, also bei Zusage der Vertragsstrafe, die beiden alleinigen Gesellschafter und Geschäftsführer der C [REDACTED]-K [REDACTED]-GmbH waren. Denn sie haben den Vergleich nicht in dieser Eigenschaft, sondern für sich persönlich geschlossen; nur gegen sie persönlich war auch das eV-Verfahren gerichtet.

c) Persönlich betrieben die Beklagten zur Zeit des Vergleichsschlusses nur mit ihrem Spirituosenhandel ein Handelsgewerbe. Nur insoweit nahmen sie persönlich am Umsatzverkehr teil und waren sie Kaufleute. Entgegen der Ansicht der Revision war darum die Zusage der Vertragsstrafe für sie aber noch kein Handelsgeschäft, denn sie bezog sich nicht auf ihren Spirituosenhandel. § 343 Abs 2 HGB bestimmt zwar, dass die im § 1 Abs 1 HGB bezeichneten Geschäfte auch dann Handelsgeschäfte sind, wenn sie von einem Kaufmann im Betriebe seines gewöhnlich auf andere Geschäfte gerichteten Handelsgewerbes geschlossen werden. Ein gerichtlicher Vergleich gehört aber nicht zu den Grundhandelsgeschäften. Nach § 344 Abs 1 HGB gelten allerdings die von einem Kaufmann vorgenommenen Rechtsgeschäfte im Zweifel als zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehörig. Die von der Revision befürwortete Anwendung dieser Bestimmung scheitert aber daran, dass der Vergleich offensichtlich keine Beziehung zu dem Spirituosenhandel der Beklagten hat. Es bedarf daher nicht noch der Aufklärung, ob dieser Handel über den Umfang des Kleingewerbes hinaus geht (§§ 4, 351 HGB).

d) Die Ansicht der Revision, der Vergleich stelle einen von einem Kaufmann gezeichneten Schuldschein dar und gelte darum als im Betrieb seines Handelsgewerbes gezeichnet (§ 344 Abs 2 HGB), ist schon deshalb unbegründet, weil die Beklagten das Vergleichsprotokoll nicht unterschrieben haben.

e) Der Revision kann auch nicht gefolgt werden, dass sich die Beklagten deshalb als Kaufleute behandeln lassen müssten, weil sie bei dem Vergleich als Kaufleute aufgetreten seien. Dass sie im Kopf des gerichtlichen Vergleichsprotokolls als Kaufleute bezeichnet worden

sind, erklärt sich daraus, dass sie der Kläger in seinem eV-Antrag als Kauflente angesprochen hat, und kann darum nicht dahin gedeutet werden, sie seien bei Abschluss des Vergleichs ihrerseits als Kauflente aufgetreten. Wäre dies aber der Fall, so könnte sich der Kläger hierauf nicht berufen, da er die tatsächlichen Verhältnisse gekannt hat. Es kann daher dahingestellt bleiben, ob eine Vertragsstrafe dann nicht ermässigt werden darf, wenn der Versprechende im Rechtsverkehr als Kaufmann aufgetreten ist, oder ob einer derartigen Anwendung des § 348 HGB die zwingende Vorschrift des § 343 BGB entgegensteht (vgl dazu Hefermehl im HGB Kom § 348 Anm 9).

f) Schliesslich kann die Revision nicht damit gehört werden, die Beklagten hätten die C [REDACTED]-K [REDACTED] GmbH gegründet, um auf diesem Wege das Wettbewerbsverbot zu umgehen, denn das Berufungsgericht ist dieser Behauptung nicht nachgegangen und hat keinen Sachverhalt dieses Inhalts festgestellt.

III. Gleichwohl durfte die Vertragsstrafe nicht herabgesetzt werden.

§ 343 BGB ist allerdings eine Vorschrift zwingenden Rechts, die noch dazu dem sozialen Schutz des Strafschuldners dient; der Nichtkaufmann kann daher grundsätzlich nicht auf die Herabsetzbarkeit der versprochenen Strafe verzichten. Auch ist von Gesetzes wegen (§ 348 HGB) die Strafherabsetzung nur dann ausgeschlossen, wenn ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes die Vertragsstrafe versprochen hat. Richtig ist auch, dass diese Voraussetzungen im Zeitpunkt des Vertragsstrafenversprechens gegeben sein müssen. Schliesslich ist zuzugeben, dass die Beklagten während der Vergleichsdauer der Rechtsform nach nicht

persönlich am Kaffeehandel in Westfalen teilgenommen haben und dass dies an sich die C [REDACTED]-K [REDACTED]-GmbH getan hat. Auf all das können sich aber die Beklagten wegen der besonderen Lagerung des Falles nicht berufen.

In der Sache II ZR 88/51 hat das Berufungsgericht den Auseinandersetzungsvertrag vom 29. August 1949 dahin ausgelegt, der K [REDACTED]-Grosshandel in Westfalen habe den Beklagten auch dann verboten sein sollen, wenn sie unter einem anderen Namen als ihrem Familiennamen, als Gesellschafter einer GmbH oder auch nur als Geschäftsführer für ein fremdes Unternehmen aufträten. Der erkennende Senat hat dort in seinem Urteil ausgeführt, dass diese Auslegung rechtlich nicht zu beanstanden sei. Das Wettbewerbsverbot, das in dem Vergleich vom 12. Juli 1950 durch eine Vertragsstrafe gesichert wurde, traf daher die Beklagten schon in Auswirkung eines Vertrages, den sie als Kaufleute geschlossen hatten, und nicht erst auf Grund des Vergleichs. Es verbot ihnen jede Teilnahme am K [REDACTED] Grosshandel in Westfalen, in welcher Rechtsform sie sich daran auch beteiligen wollten. Das wurde in dem Vergleich für die Dauer seiner Geltung ausdrücklich klargestellt und durch die Zusage einer Vertragsstrafe bekräftigt. Entgegen der Annahme der Revision geht es zwar nicht um eine Umgehung des Wettbewerbsverbots sondern um seine Einhaltung in demjenigen Teil, der den Beklagten K [REDACTED]-Grosshandel in Westfalen als Gesellschafter und Geschäftsführer einer GmbH fremden Namens untersagte, ganz abgesehen davon, dass nicht festgestellt ist, dass die Beklagten die C [REDACTED]-K [REDACTED]-GmbH zu dem Zweck gründeten, das Wettbewerbsverbot zu umgehen. Aber, wenn auch die Beklagten persönlich nicht dadurch am Umsatzverkehr teilnahmen und ein eigenes Handelsgewerbe betrieben, dass sie namens der C [REDACTED]-K [REDACTED]-GmbH Kaffeeengeschäfte vornahmen, so hatten

sie sich doch zur Unterlassung derart mittelbaren Wettbewerbes verpflichtet. Es handelte sich dabei um eine Betätigung auf dem Gebiete des Handelsverkehrs, mochten die Beklagten dafür auch äusserlich nicht die Form persönlicher Teilnahme am Umsatzverkehr und den Betrieb eines eigenen Handelsgewerbes, sondern die Rechtsform einer GmbH anderen als ihres eigenen Namens wählen. Bei dem Vergleich ging es darum, durch eine Vertragsstrafe abzusichern, dass die Beklagten persönlich jedenfalls für die Dauer des Vergleichs nicht wieder diese mittelbaren Verstösse gegen das Wettbewerbsverbot begingen. Mit Recht sieht das Berufungsgericht als Inhalt des Vergleichs an, dass die Beklagten dafür geradestehen wollten und sollten, dass die unter ihrer Geschäftsführung stehende GmbH für die Vergleichsdauer keine Kaffeeengeschäfte in Westfalen vornehmen werde. Der Kläger hat sich am 12. Juli 1950 in Wiederholung seiner Zusage am 29. August 1949 für die Vergleichsdauer verpflichtet, keine Geschäfte im Rheinland zu tätigen, und zur Einhaltung dieser Verpflichtung auch seinerseits eine Vertragsstrafe von 10.000 DM zugesagt; er gab diese Zusage als Kaufmann, sie war für ihn unweigerlich Handelsgeschäft, er könnte daher nicht Herabsetzung der von ihm versprochenen Vertragsstrafe verlangen, wenn er sie verwirkt haben würde. Der Vergleich enthält nur in der Gebietsabgrenzung verschiedene, sonst jedoch wörtlich übereinstimmend gefasste Wettbewerbsverbote, und auch in den beiderseitigen Vertragsstrafenversprechen eine völlige Gleichstellung der Parteien. Schon der Gesellschaftsvertrag vom 2. September 1947 sah ein wenn auch andersartiges Wettbewerbsverbot vor und sicherte seine Einhaltung durch eine Vertragsstrafe von 10.000 RM. Die Parteien schlossen den Vergleich vor Gericht und durch

ihre Anwälte. Des Schutzes vor unbedachtem Handeln bedürftig sind die Beklagten darum nicht. Unter allen diesen Umständen widerspricht es dem Sinn des Gesetzes und der Gerechtigkeit, den § 348 HGB nicht anzuwenden und den Beklagten die Berufung auf § 343 BGB zu verstatten. Das Berufungsurteil musste darum aufgehoben werden.

IV. Dies war auch deshalb erforderlich, weil es zum Aufrechnungsgesichtspunkt rechtlich nicht einwandfrei ist.

Die Beklagten haben mit ihrem Anspruch auf Erstattung der an die H[REDACTED]-K[REDACTED]-Versicherungs-AG gezahlten 2.500 DM nicht nur gegenüber der verwirkten Vertragsstrafe, sondern auch gegenüber den Schadensersatzansprüchen des Klägers aufgerechnet. Wenn auch bezweifelt werden muss, ob dem Kläger für die Verbotszeit des Vergleichs neben der Vertragsstrafe noch Schadensersatz zusteht, so kann er doch für die von den Beklagten vor und nach dieser Zeitspanne begangenen Wettbewerbsverstöße Schadensersatz verlangen. Die Beklagten haben die Aufrechnung gegenüber der Vertragsstrafe mit der am 8. Januar 1951 zugestellten Berufungsbegründung der vorliegenden Sache erklärt (Bl 67, 69 d.A.). Die Aufrechnungserklärung gegenüber den Schadensersatzansprüchen ist in dem Schriftsatz vom 28. Dezember 1950 der Sache 17 HO 83/50 abgegeben worden. Die Revision trägt vor, dass dieser Schriftsatz dem Kläger bereits am 30. Dezember 1950 zugestellt worden sei. Die Akten 17 HO 83/50 ergeben zum Zustellungszeitpunkt nichts. Es muss daher damit gerechnet werden, dass das Berufungsgericht die Aufrechnung mit einem Anspruch beachtet hat, der durch eine vorausgegangene andere Aufrechnungserklärung ganz oder teilweise verbraucht war.

Die Beklagten haben "mit den gezahlten und im Laufe des Rechtsstreits noch zu zahlenden Beträgen aufgerechnet." Soweit diese Erklärung in die Zukunft reichte, konnte sie nur insoweit wirken, als durch weitere Zahlungen den Beklagten neue Erstattungsforderungen entstanden. Sofortige Wirkung konnte die Aufrechnungserklärung nur insoweit zeitigen, als die Beklagten bereits Zahlungen an die H. [REDACTED] geleistet und damit einen Zahlungsanspruch gegen die Kläger hatten. Inwieweit dies der Fall war, hat das Berufungsgericht jedenfalls für den Zeitpunkt der Abgabe der Aufrechnungserklärung nicht geklärt. Es hätte auch geprüft werden müssen, in welchem der beiden Prozesse nun eigentlich jede neue Forderung, die den Beklagten aus jeder weiteren Zahlung erwuchs, für den Augenblick ihrer Entstehung zur Aufrechnung gestellt sein sollte.

V. Da der Beurteilung des Revisionsgerichts dasjenige Parteivorbringen, das aus dem Tatbestand des Berufungsurteils ersichtlich ist, zu Grunde zu legen ist (§ 561 ZPO), konnte die in der Revisionsinstanz vorgebrachte Behauptung, die Beklagten hätten inzwischen mehr als die vom Berufungsurteil berücksichtigten 2.500 DM an die Hermes gezahlt, nicht beachtet werden. Für die Entscheidung des Senats musste vielmehr davon ausgegangen werden, dass die Beklagten nur eine zur Aufrechnung geeignete Forderung von höchstens 2.500 DM erlangt haben. Darum war in Höhe von 7.500 DM und den entsprechenden Kosten des Rechts-

streits endgültig zu entscheiden und die Sache nur im übrigen zurückzuverweisen.

Dr. Selowsky

Dr. Haidinger

Dr. Fischer

Dr. Benkard

Dr. Kuhn