

Rechtsprechung zu 1.5.1

Zu Folie 4:

BGHZ 162, 253:

LS:

Unternehmer- (§ 14 BGB) und nicht Verbraucherhandeln (§ 1031 Abs. 5 Satz 1 ZPO i.V.m. § 13 BGB) liegt schon dann vor, wenn das betreffende Geschäft im Zuge der Aufnahme einer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit (sogenannte Existenzgründung) geschlossen wird.

Aus den Gründen:

Unternehmer- (§ 14 BGB) und nicht Verbraucherhandeln (§ 1031 Abs. 5 Satz 1 ZPO i.V.m. § 13 BGB) liegt schon dann vor, wenn das Geschäft, das Gegenstand der Streitigkeit ist, im Zuge der Aufnahme einer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit (sogenannte Existenzgründung) geschlossen wird (h.M.: OLG Rostock OLGR 2003, 505, 506 ff. [zu § 13 BGB, §§ 24, 24a AGBG]; OLG Oldenburg NJW-RR 2002, 641 f. [zu § 24 AGBG und zu der oben genannten Richtlinie 93/13/EWG]; s. auch BGH, Urteil vom 4. Mai 1994 – XII ZR 24/93 – NJW 1994, 2759 f. [zu § 6 Nr. 1 Alt. 1 HWiG]; Staudinger/Weick, BGB Neubearb. 2004 § 13 Rn. 55 ff. [60]; Soergel/Pfeiffer, BGB 13. Aufl. 2002 § 13 Rn. 35; Erman/Saenger, BGB 11. Aufl. 2004 § 13 Rn. 16 und § 14 Rn. 14; Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz 9. Aufl. 2001 § 24a Rn. 25; in diesem Sinne auch MünchKommZPO/Münch 2. Aufl. 2001 § 1031 Rn. 23; a.A. OLG Koblenz NJW 1987, 74 [zu § 24 AGBG]; OLG Nürnberg OLGR 2003, 335 f. [zu § 13 BGB, § 24a AGBG]; s. auch OLG München NJW-RR 2004, 913, 914 [zu § 312c Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB]; MünchKommBGB/Micklitz 4. Aufl. 2001 § 13 Rn. 38 ff. und § 14 Rn. 22; Palandt/Heinrichs, BGB 64. Aufl. 2005 § 13 Rn. 3; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz 4. Aufl. 1999 Art. 2 RiLi Rn. 7).

aa) Nach dem Wortlaut der Verbraucherdefinition des § 13 BGB (i.V.m. § 1031 Abs. 5 Satz 1 ZPO) ist die – objektiv zu bestimmende – Zweckrichtung des Verhaltens entscheidend. Das Gesetz stellt nicht auf das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein geschäftlicher Erfahrung, etwa aufgrund einer bereits ausgeübten gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit, ab (vgl. BGH, Urteil vom 4. Mai 1994 aaO S. 2760; OLG Rostock aaO S. 506 f.; abweichend OLG Koblenz aaO). Es kommt vielmehr darauf an, ob das Verhalten der Sache nach dem privaten – dann Verbraucherhandeln – oder dem gewerblich-beruflichen Bereich – dann Unternehmertum – zuzuordnen ist (vgl. Schmidt-Räntsch in Bamberger/Roth aaO § 13 Rn. 9 und § 14 Rn. 10). Rechtsgeschäfte im Zuge einer Existenzgründung, z.B. die Miete von Geschäftsräumen, der Abschluß eines Franchisevertrags oder der Kauf eines Anteils an einer freiberuflichen Gemeinschaftspraxis, wie er hier vorlag, sind nach den objektiven Umständen klar auf unternehmerisches Handeln ausgerichtet.

bb) Es besteht ferner kein Anlaß, demjenigen Verbraucherschutz zu gewähren, der sich für eine bestimmte gewerbliche oder selbständige berufliche Tätigkeit entschieden hat und diese vorbereitende oder unmittelbar eröffnende Geschäfte abschließt. Denn er begibt sich damit in den unternehmerischen Geschäftsverkehr. Ein Existenzgründer agiert nicht mehr »von seiner Rolle als Verbraucher her« (so aber MünchKommBGB/Micklitz aaO § 13 Rn. 41). Er gibt dem Rechtsverkehr zu erkennen, dass er sich nunmehr dem Recht für Unternehmer unterwerfen und

dieses seinerseits auch in Anspruch nehmen will (vgl. Staudinger/Weick aaO Rn. 60; OLG Oldenburg aaO S. 642).

cc) § 507 BGB bestimmt, dass die Vorschriften über Verbraucherdarlehen usw. auch für entsprechende Geschäfte zum Zweck der Aufnahme einer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit gelten, allerdings nur bis zur Höhe von 50 000 €. Damit werden die Existenzgründer in dieser Beziehung und innerhalb dieser Begrenzung Verbrauchern gleichgestellt. Daraus ergibt sich im Umkehrschluss, dass der Gesetzgeber den Existenzgründer grundsätzlich nicht als Verbraucher ansieht (vgl. Soergel/Pfeiffer aaO § 13 Rn. 35 unter Hinweis auf die Materialien zur Schuldrechtsreform 2001 BT-Drucks 14/6857 S. 32 f. [Stellungnahme des Bundesrats] und 64 f. [Gegenäußerung der Bundesregierung]; Erman/Saenger aaO § 13 Rn. 16 und § 14 Rn. 14; OLG Rostock aaO S. 507 f.; s. auch [BGHZ 128, 156, 163](#) [zu § 1 Abs. 1 VerbrKrG einerseits, § 6 Nr. 1 Alt. 1 HWiG andererseits]; AnwKomm-BGB-Reiff, 2001 § 507 Rn. 1 f.; a.A. Palandt/Heinrichs aaO; vgl. zudem Staudinger/Weick aaO Rn. 59).

dd) Die Auffassung, dass Existenzgründer nicht Verbraucher im Sinne des § 1031 Abs. 5 Satz 1 ZPO sind, steht schließlich in Einklang mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften zu vergleichbaren europarechtlichen Vorschriften. Dieser hat entschieden, dass die Art. 13 Abs. 1 und 14 Abs. 1 des Übereinkommens vom 27. September 1968 (BGBl. 192 II S. 773) über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVÜ) in der Fassung des Übereinkommens vom 9. Oktober 1978 (BGBl. 1983 II S. 802) dahin auszulegen sind, dass ein Kläger, der einen Vertrag zum Zweck der Ausübung einer nicht gegenwärtigen, sondern zukünftigen beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit geschlossen hat, nicht als Verbraucher angesehen werden kann (Urteil vom 3. Juli 1997 – C 269/95 Benincasa/Dentalkrit Srl. – JZ 1998, 896, 897 m. Anm. Mankowski). Das europarechtliche Verständnis des Verbraucherbegriffs kann für die Auslegung des § 1031 Abs. 5 Satz 1 ZPO herangezogen werden, weil diese Bestimmung – wie schon dargelegt – eine gemeinschaftsrechtliche Vorschrift zum Vorbild hatte (vgl. Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit 6. Aufl. 2000 Kap. 5 Rn. 16; s. auch OLG Rostock aaO S. 506 f. und OLG Oldenburg aaO S. 641).

BGH NJW 2008, 435 = ZIP 2008, 27

LS:

1. Verbraucher- und nicht Unternehmerhandeln liegt vor, wenn ein Rechtsgeschäft (hier: ein Vertrag über die Erstellung eines Existenzgründungsberichts) erst der Vorbereitung der Entscheidung dienen soll, ob es überhaupt zu einer Existenzgründung kommen soll.

2. Das Widerrufsrecht ist nicht ausgeschlossen, wenn der Verbraucher einen Steuerberater zwar für mündliche Verhandlungen in sein Haus bestellt hat, Zweck dieser Verhandlungen aber nicht die Erstellung eines Existenzgründungsberichts war, sondern lediglich die Erörterung der steuerlichen Situation im Falle der Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit.

Tatbestand:

[1] Die Beklagte beabsichtigte, sich als Mitinhaberin eines Fitness-Studios selbstständig zu machen, indem sie in die GbR, die dieses Studio betrieb, eintrat. Auf Einladung der Beklagten und ihres Ehemanns suchte der klagende Steuerberater die Eheleute am 7. Januar 2004 in deren Wohnung auf, um die steuerliche Situation der Eheleute zu "beleuchten". Der Kläger behauptet, bei dieser Gelegenheit sei er von der Beklagten mit der Erstellung eines Existenzgründungsberichts beauftragt worden, der insbesondere der Erlangung von Fördermitteln habe dienen sollen. Für die Ausarbeitung des Berichts stellte der Kläger der Beklagten ein Honorar für 40 Stunden

zu je 80 € zuzüglich Mehrwertsteuer in Rechnung. Diesen Betrag hat er im vorliegenden Rechtsstreit eingeklagt.

[2] Mit Schriftsatz vom 14. September 2005 hat die Beklagte den Vertrag gem. §§ 312, 355 BGB vorsorglich widerrufen.

[3] Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seine Forderung weiter.

Entscheidungsgründe:

[4] Die Revision ist nicht begründet. Beide Vorinstanzen haben zutreffend angenommen, dass der vom Kläger behauptete Vertrag über die Erstellung des Existenzgründungsberichts ein Haustürgeschäft i.S.d. § 312 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB n.F. gewesen ist. Dementsprechend stand der Beklagten das Widerrufsrecht nach § 355 BGB zu, das sie wirksam ausgeübt hat.

[5] 1. Die Beklagte war bei der Erteilung des Auftrags vom 7. Januar 2004 Verbraucherin i.S.d. § 13 BGB, der Kläger Unternehmer i.S.d. § 14 BGB.

[6] a) Der Auftrag konnte weder der gewerblichen noch der selbstständigen beruflichen Tätigkeit der Beklagten zugerechnet werden. Zwar hat der Senat entschieden, dass Unternehmer und nicht Verbraucherhandeln schon dann vorliegt, wenn das betreffende Geschäft im Zuge der Aufnahme einer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit (so genannte Existenzgründung) geschlossen wird (Senat BGHZ 162, 253, 256 f. = ZIP 2005, 622, 623, dazu EWiR 2005, 781 (Kulke)). Entscheidend hierfür ist die - objektiv zu bestimmende - Zweckrichtung des Verhaltens. Das Gesetz stellt nicht auf das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein geschäftlicher Erfahrung, etwa aufgrund einer bereits ausgeübten gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit, ab; vielmehr kommt es darauf an, ob das Verhalten der Sache nach dem privaten - dann Verbraucherhandeln - oder dem gewerblich-beruflichen Bereich - dann Unternehmertum - zuzuordnen ist. Rechtsgeschäfte im Zuge einer Existenzgründung, z.B. die Miete von Geschäftsräumen, der Abschluss eines Franchisevertrags oder der Kauf eines Anteils an einer freiberuflichen Gemeinschaftspraxis, sind nach den objektiven Umständen klar auf unternehmerisches Handeln ausgerichtet (Senat BGHZ 162, 253, 257 = ZIP 2005, 622, 623 m.w.N.).

[7] b) Mit diesen Fallkonstellationen ist die vorliegende - wie beide Vorinstanzen mit Recht hervorgehoben haben - indessen nicht vergleichbar. Es ging hier nämlich gerade nicht um ein Rechtsgeschäft im Zuge der Existenzgründung, sondern um ein solches, das die Entscheidung, ob es überhaupt zu einer Existenzgründung kommen sollte, erst vorbereiten sollte, indem die betriebswirtschaftlichen Grundlagen dafür ermittelt wurden. Erst das Ergebnis dieser Untersuchung eröffnete der Beklagten überhaupt die Möglichkeit, mit Sachkunde diese Entscheidung zu treffen. Da es - wie bereits ausgeführt - auf den objektiven Zweck des Rechtsgeschäfts ankommt, ist es unerheblich, ob die Beklagte subjektiv bereits fest zu einer Existenzgründung entschlossen war. Entscheidend ist vielmehr, dass die getroffene Maßnahme noch nicht Bestandteil der Existenzgründung selbst gewesen war, sondern sich im Vorfeld einer solchen bewegte. Dementsprechend ist der Auftrag (noch) nicht dem unternehmerischen, sondern dem privaten Bereich zuzuordnen.

[8] c) Die von der Revision hiergegen unter Praktikabilitätsgesichtspunkten geäußerten Bedenken vermag der Senat nicht zu teilen. Die Unterscheidung zwischen Geschäften, die im Zuge einer Existenzgründung vorgenommen werden, und solchen, die diese Gründung vorbereiten sollen oder ihr vorgelagert sind, ist sachgerecht und bringt keine besonderen Abgrenzungsprobleme mit sich.

[9] 2. Auch eine "Haustürsituation" i.S.d. § 312 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB ist hier zu bejahen, da die mündlichen Verhandlungen im Bereich der Privatwohnung der Beklagten stattgefunden

haben. Der Ausnahmetatbestand des § 312 Abs. 3 Nr. 1 BGB liegt nicht vor. Nach dieser Bestimmung besteht ein Widerrufsrecht nicht, wenn die mündlichen Verhandlungen, auf denen der Abschluss des Vertrags beruht, auf vorhergehende Bestellung des Verbrauchers geführt worden sind. Das Berufungsgericht hat hierzu tatrichterlich festgestellt, dass der Kläger in das Haus der Beklagten nicht zu dem Zweck bestellt worden war, um über eine Überarbeitung des Unternehmenskonzepts der Beklagten zu verhandeln. Vielmehr war der Zweck ausschließlich die steuerliche Situation der Beklagten und ihres Ehemanns im Falle der Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit und die Erörterung der damit zusammenhängenden Bedenken des Ehemanns der Beklagten. Bei dieser Sachlage musste die Beklagte nicht damit rechnen, mit dem Angebot konfrontiert zu werden, einen Existenzgründungsbericht zu erstellen (vgl. Staudinger/Thüsing, BGB, 2005, § 312 Rz. 159; Münch-Komm-Masuch, BGB, 5. Aufl., § 312 Rz. 98; siehe auch BGHZ 110, 308, 310 = ZIP 1990, 455, 456, dazu EWiR 1990, 489 (Teske); BGHZ 109, 127, 135 f = ZIP 1989, 1575, 1577 f., dazu EWiR 1990, 387 (Hensen); BGH, Urte. v. 19.11.1998 - VII ZR 424/97, ZIP 1999, 70 = NJW 1999, 575, 576, dazu EWiR 1999, 75 (Mankowski)). Dementsprechend sind die mündlichen Verhandlungen, auf denen die Erteilung des Auftrags beruht, nicht auf vorhergehende Bestellung der Beklagten geführt worden. Entgegen der Betrachtungsweise der Revision vermag der Senat darin, dass diese Konstellation in die gesetzliche Widerrufsregelung des § 312 BGB einbezogen wird, keine Überspannung des Verbraucherschutzes zu erkennen.

[10] 3. Da der Kläger die Beklagte unstreitig nicht in einer den gesetzlichen Anforderungen des § 355 Abs. 2 BGB genügenden Weise über das Widerrufsrecht belehrt hat, konnte es noch im Laufe dieses Rechtsstreits wirksam ausgeübt werden. Eine Verwirkung dieses Rechts durch die Beklagte hat das Berufungsgericht mit zutreffender Begründung verneint; die Revision erhebt insoweit auch keinen Angriff.

[11] 4. Einen Wertersatzanspruch nach § 356 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. §§ 346 ff. BGB haben die Vorinstanzen rechtsfehlerfrei und von der Revision unangegriffen verneint.

[12] 5. Die Klage ist nach alledem mit Recht abgewiesen worden; die Revision des Klägers war zurückzuweisen.

Dazu H. Schmidt in LMK 2008, 261536:

1. Problembeschreibung

Der zivilrechtliche Grundsatz *pacta sunt servanda* ist durch ein Widerrufsrecht zugunsten des Verbrauchers eingeschränkt in etlichen Situationen, denen gemeinsam ist, dass auf der einen Seite ein Verbraucher, auf der anderen ein Unternehmer Vertragspartner ist. Wer Verbraucher, wer Unternehmer ist, bestimmt sich nicht nach seiner Stellung im Rechtsverkehr, seinem „Status“ (vgl. dazu K. Schmidt JuS 2006, 1), sondern allein nach dem Zweck eines Rechtsgeschäfts. Kann dieser weder der gewerblichen noch der selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden, liegt ein Verbrauchergeschäft vor; erfolgt der Abschluss eines Rechtsgeschäfts dagegen in Ausübung einer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit, ist ein Unternehmergegeschäft gegeben. Der BGH hatte in einer früheren Entscheidung (BGHZ 162, 253), auf die der Senat auch im vorliegenden Urteil Bezug nimmt, ein Unternehmergegeschäft darin gesehen, dass eine noch angestellte Ärztin einen Vertrag über die Errichtung einer Gemeinschaftspraxis abschloss, nachdem sie zuvor den Praxisanteil eines ausscheidenden Arztes erworben hatte. Denn auch solche Rechtsgeschäfte, die „im Zuge einer Existenzgründung“ abgeschlossen wurden, seien nicht mehr dem privaten Bereich zuzuordnen. In der hier zu besprechenden Entscheidung eröffnet der BGH eine weitere Ebene und nimmt eine „Existenzvorgründungsphase“, die noch dem Verbraucherbereich zuzuordnen sei.

2. Rechtliche Würdigung

Die Entscheidung überzeugt weder in der Begründung noch im Ergebnis. Ausgangspunkt müssen §§ 13, 14 BGB sein. Man kann es dem BGH nicht verdenken, wenn sich die Entscheidung mit der Abgrenzung der beiden Geschäftsarten schwertut, denn die Abgrenzungsvorschriften sind alles andere als systematisch stimmig. Das beginnt schon mit dem Wortlaut: Während § 13 BGB eine Negativabgrenzung mit teleologischem Element vornimmt (Rechtsgeschäft, das nicht einem bestimmten „Zweck“ zugeordnet werden kann), knüpft § 14 BGB an ein faktisches an (Rechtsgeschäft „in Ausübung“ einer bestimmten Tätigkeit). Damit ist schon eine Grauzone in der Abgrenzung vorgegeben, wobei allerdings die Frage, ob etwas einem Bereich nicht „zugeordnet“ werden kann, angesichts der Dehnbarkeit des Begriffs nicht trennscharf zu beantworten ist; immerhin wird man der negativen Formulierung eine gewisse Weite beizumessen haben. Versucht man den Vorschriften aus ihrer systematischen Stellung heraus näher zu kommen, werden mehr Fragen aufgeworfen als gelöst, ohne dass die teils leidenschaftliche Diskussion hier nachzuzeichnen wäre (lesenswert *Flume ZIP 2000, 1427*): Ließe sich aus der systematischen Stellung im Recht der Personen ableiten, dass Verbraucher- und Unternehmerbegriff sozusagen „statisch“ zu verstehen seien, also als Beschreibung einer permanenten juristischen „Seinsweise“, vergleichbar der in diesem Teil des BGB ansonsten beschriebenen „Seinsweisen“ der natürlichen und der juristischen Personen, so wäre Verbraucher eine Person, die im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses keiner gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit nachgeht, und der Unternehmer eine solche, die eben das tut. Damit wären dann auch, um zum Fall zu kommen, die Personen, die eine gewerbliche oder berufliche Tätigkeit erst eröffnen wollen, Verbraucher, solange sie die Tätigkeit eben nur vorbereiten, aber noch nicht ausüben. Aber: Der Gesetzgeber hat keinen Status beschreiben wollen, sondern eine „Rolle“ bei der Teilnahme am Rechtsverkehr (*Bamberger/Roth/Schmidt-Räntsch BGB, 2. Aufl. 2007, § 13 Rz. 2*). Kommt man über die Systematik also auch nicht recht weiter, hilft möglicherweise ein Blick in die Historie: Bekanntlich wurden die Begriffe über Umwege ins BGB genommen, und ihre Wurzeln liegen in verschiedenen EG-Richtlinien zum Verbraucherschutz. In diesen wird der Verbraucher regelmäßig so definiert, dass er eine natürliche Person ist, die bei einem Vertrag zu einem Zweck handelt, der nicht ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann, wie es beispielsweise formuliert ist in Art. 2 lit. b) der Richtlinie 93/13/EWG (v. 5.4.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABLEG 1993, L. 95, S. 29) oder ganz ähnlich auch in Art. 2 der Richtlinie 85/577/EWG (v. 20.12.1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, ABLEG 1985, L 372, S. 31). Ebenso definiert Art. 15 Abs. 1 der VO 44/2001 (v. 22.12.2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, EuGVO, ABLEG 2001, L 12, S. 1; weitere Richtlinien nennen *Bamberger/Roth/Schmidt-Räntsch § 13 Rz. 3*). Zur Frage, wie der europarechtliche Verbraucherbegriff im Zusammenhang der verfahrensrechtlichen Zuständigkeitsregelung zu verstehen ist, gibt es einschlägige Erkenntnisse des EuGH: So hat der Gerichtshof einen Existenzgründer als Unternehmer angesehen, ohne dass er eine phasenbezogene Differenzierung im Hinblick auf die Vorbereitungsgeschäfte vorgenommen hätte (EuGH, Rs. C 269/95, Slg. 1997, I, 3767 – Benincasa./Dentalkit), und ein Erwerber, der Baumaterialien zu einem „gemischten“ Zweck erworben hat, also sowohl für seinen gewerblich-landwirtschaftlichen Betrieb als auch für sein privates Wohnhaus, wurde vom EuGH ebenfalls nicht als Verbraucher angesehen (EuGH, Rs. C 464/01, NJW 2005, 653 – Gruber./BayWa). Begründet wurde dies mit dem Ausnahmecharakter des besonderen Gerichtsstands in Verbrauchersachen, der damit eng auszulegen sei, aber auch mit dem fehlenden Schutzbedürfnis des Vertragspartners, das nur dann gegeben sei, wenn eine Einzelperson einen Vertrag ohne Bezug zu einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit oder Zielsetzung und unabhängig von einer solchen allein zu dem Zweck schließt, ihren Eigenbedarf beim privaten Verbrauch zu decken; bei einer gemischt privat-gewerblichen Zwecksetzung des Vertrags sei nur dann noch ein Schutzbedürfnis erkennbar, wenn der gewerbliche Teil

von ganz untergeordneter Bedeutung sei (EuGH, NJW 2005, 653, 654 f.). Beide Entscheidungen lassen sich nicht auf den verfahrensrechtlichen Hintergrund beschränken (dazu schon *Bamberger/Roth/Hubert Schmidt* § 307 Rz. 75). Der abweichende Standpunkt, den der BGH in der Entscheidung eingenommen hat, beruht offenbar auf einer Vermischung der Tatbestandselemente in § 13 und § 14 BGB, wenn es zur Begründung heißt, der dem Streit zugrunde liegende Vertragsabschluss sei nur im Vorfeld erfolgt, aber nicht „im Zuge der Existenzgründung“. Darum geht es bei § 13 BGB aber gar nicht, sondern nur, ob der Vertragsabschluss zu einem Zweck erfolgte, der nicht der gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit zugeordnet werden kann. Ob ein Geschäft „im Zuge“, also in Ausübung einer Tätigkeit erfolgte, wäre allenfalls bei § 14 BGB von Interesse. Mit der damit im Rahmen von § 13 BGB unzutreffenden Unterscheidung schafft der BGH zudem eine Abgrenzungsebene, die entgegen der recht kurz geratenen Begründung auch kaum zu trennen ist. Was erst der Entscheidungsfindung zur Existenzgründung dient oder schon ihrer Verwirklichung, geht fließend ineinander über. Das Ergebnis des BGH wäre allenfalls mit der Erwägung zu begründen, dass der Verbraucher zu wenig professionell an die Geschäfte herangehe und er deswegen des Schutzes bedürfe (Geschäftserfahrung als Kriterium mangelnder Schutzbedürftigkeit ansehend EuGH, Rs. C-361/89, Slg. 1991, I, S. 1189 – Di Pinto; grundsätzlich ebenso *Pfeiffer* in: *Grabitz/Hilf*, Das Recht der Europäischen Union, RiLi 93/13, Art. 2 Rz. 8; *ders.* in *Soergel*, BGB, 13. Aufl. 2002, § 13 Rz. 35). Nimmt man das als das entscheidende Kriterium an, wäre die vorliegende Entscheidung richtig, indes die vorangegangene nicht, denn der Existenzgründer hat sowenig Geschäftserfahrung wie der Existenzvorgründer. Die Frage ist allerdings, ob es tatsächlich auf die Geschäftserfahrung ankommt oder auf eine bestimmte Vertragsabschluss-Situation. Käme es nämlich nur auf die mangelnde Geschäftserfahrung an, spräche nichts dafür, den Verbraucher nur situationsbedingt und nicht bei allen Geschäften mit einem Widerrufsrecht zu schützen. Das wird man schwerlich anstreben können. Im übrigen bricht sich die Maßgeblichkeit der mangelnden Geschäftserfahrung auch an dem Befund, dass ein und derselbe Mensch Verbraucher und Unternehmer bei unmittelbar aufeinander folgenden Geschäftsabschlüssen sein kann: Wenn beispielsweise der Inhaber eines gewerblichen Unternehmens im Internet einen PC für sein Unternehmen erwirbt, wenig später einen anderen für sein Kind (das nicht im Geschäft mitarbeitet), hat er im ersten Fall kein, im zweiten Fall sehr wohl ein Widerrufsrecht – ohne dass man einen Schwund geschäftlicher Erfahrung zwischen den Geschäften wahrnehmen könnte. Damit bleibt es als (einziges) Kriterium dabei, auf den Zweck des Geschäfts abzustellen, der hier nun einmal die Vorbereitung der gewerblichen Tätigkeit war und damit nicht mehr dem privaten Bereich zuzuordnen war.

Vor dem Hintergrund der europarechtlichen Genese des Verbraucher- und Unternehmerbegriffs und angesichts des Umstandes, dass zwar das ehemalige Haustürwiderrufsgesetz sozusagen die Richtlinie 85/577/EWG „vorweggenommen“ hatte, aber zu Recht als Umsetzung dieser Richtlinie angesehen wird (vgl. etwa *MünchKommBGB/Masuch*, 5. Aufl. 2007, § 312 Rz. 15), hätte hier eine Vorlage an den EuGH nach Art. 234 EGV (*jetzt Art. 267 AEUV*) zumindest sehr nahe gelegen.

3. Praktische Folgen

Die Entscheidung lässt ohne Not eine wenig befriedigende Abgrenzungsproblematik und damit Unsicherheit in der Handhabung von Verbraucherschützenden Widerrufsvorschriften ungelöst, ja wirft diese Problematik auf. Die mit ähnlichen Fragestellungen im Anschluss an den Verbraucherbegriff befassten Gerichte sollten alsbald die Möglichkeit der Vorlage an den EuGH nach Art. 234 EGV (*jetzt Art. 267 AEUV*) oder, im Fall der EuGVO das letztinstanzlich entscheidende Gericht nach Art. 68 EGV (*eine entsprechende Norm fehlt im AEUV, die Funktion des ehemaligen Art. 68 EGV wird von Art. 267 AEUV übernommen*) nutzen, um zu einem einheitlichen Konzept zu gelangen. Wer sich auf Unternehmenseite seines Vertrags sicher sein will, wird gut daran tun, in Situationen, die Haustürsituation sein oder sonst ein Widerrufsrecht

auslösen könnten, vorsorglich eine Widerrufsbelehrung vorzunehmen, um wenigstens die Widerrufsfrist auszulösen und das Risiko, Leistungen ohne Gegenleistung erbringen zu müssen, auf eine kurze Zeit zu begrenzen; oder er sollte mit der Leistungserbringung vorsichtshalber erst nach ungenutztem Ablauf der Widerrufsfrist beginnen.

BGH NJW 2009, 3780

LS:

Schließt eine natürliche Person ein Rechtsgeschäft objektiv zu einem Zweck ab, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbstständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann, so kommt eine Zurechnung entgegen dem mit dem rechtsgeschäftlichen Handeln objektiv verfolgten Zweck nur dann in Betracht, wenn die dem Vertragspartner erkennbaren Umstände eindeutig und zweifelsfrei darauf hinweisen, dass die natürliche Person in Verfolgung ihrer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit handelt.

Zum Sachverhalt:

Die Kl. ist Rechtsanwältin in H. Die Bekl. vertreibt Lampen über das Internet. Am 7. 10. 2007 bestellte die Kl. über die Internetplattform der Bekl. unter anderem drei Lampen für 766 Euro. Sie gab dabei als Liefer- und Rechnungsadresse an: „Kanzlei Dr. B ...“. In ihrer Bestelleingangsbestätigung vom 7. 10. 2007 räumte die Bekl. der Kl. ein Widerrufsrecht von 14 Tagen ein; die Widerrufsfrist begann mit Erhalt der Bestätigung. Die Kl. bezahlte und erhielt die bestellten Lampen. Mit E-Mail-Schreiben vom 19./21. 11. 2007 widerrief die Kl. ihre Vertrags- erklärungen mit der Begründung, sie habe die Lampen als Verbraucherin bestellt und sei – was zwischen den Parteien außer Streit steht – nicht ordnungsgemäß über ihr Widerrufsrecht nach §§ 355 I, 312d I, § 312b I BGB belehrt worden. Die Bekl. wies den Widerruf als verspätet zurück. Das AG hat sich – im weiteren Verfahren unangegriffen – nach Beweisaufnahme davon überzeugt, dass die bestellten Lampen für die Privatwohnung der Kl. bestimmt waren, und hat der auf Zahlung sowie Feststellung des Annahmeverzugs hinsichtlich der zurückzugebenden Lampen gerichteten Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Bekl. hat das LG (MMR 2009, 350 = CR 2009, 261 = BeckRS 2009, 10950) die Klage abgewiesen. Die Revision hatte Erfolg und führte zur Wiederherstellung des amtsgerichtlichen Urteils.

Aus den Gründen:

[7]1. II. Nach § 13 BGB ist Verbraucher jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zwecke abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbstständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann. Danach hat die Kl. bei der Bestellung der Lampen objektiv als Verbraucherin gehandelt, denn der Zweck ihres Handelns – die Ausstattung ihrer Privatwohnung mit den bestellten Lampen – ist, wie auch das BerGer. nicht verkennt, objektiv nicht ihrer selbstständigen beruflichen Tätigkeit als Rechtsanwältin, sondern ihrem privaten Lebensbereich zuzurechnen.

[8]2. Der Wortlaut des § 13 BGB lässt allerdings nicht erkennen, ob für die Abgrenzung von Verbraucher- und Unternehmerhandeln allein objektiv auf den von der handelnden Person verfolgten Zweck abzustellen ist (so Micklitz, in: MünchKomm, 5. Aufl., § 13 Rdnr. 35; Prütting, in: ders./Wegen/Weinrich, BGB, 4. Aufl., § 13 Rdnr. 9; Jauernig/Jauernig, BGB, 13. Aufl., § 13 Rdnr. 3; Schmidt-Räntsch, in: Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl. § 13 Rdnr. 9), wie die Revision unter Hinweis auf zwei Entscheidungen des BGH (BGHZ 162, 253 = NJW 2005, 1273; BGH, NJW 2008, 435) meint, oder ob es – wie das BerGer. annimmt – für die Zurechnung des Handelns auf die dem Vertragspartner erkennbaren Umstände ankommt (so auch Palandt/Ellenberger, BGB, 68. Aufl., § 13 Rdnr. 4; Ring, in: AnwKomm-BGB, § 13 Rdnr. 30; Larenz/Wolf, AT d. Bürgerl. Rechts, 9. Aufl., § 42 Rdnr. 41; vgl. auch Karsten

Schmidt, JuS 2006, 1, 8; wohl auch Staudinger/Weick, BGB, Neubearb. 2004, § 13 Rdnrn. 42, 64).

[9]Der erkennende *Senat* hat die Frage bislang offengelassen (*Senat*, NJW 2005, 1045 [unter II 2a] m.w. Nachw.). Sie bedarf auch hier keiner Entscheidung.

[10]a) Aus der vom Gesetzgeber gewählten negativen Formulierung des zweiten Halbsatzes der Vorschrift des § 13 BGB wird deutlich, dass rechtsgeschäftliches Handeln einer natürlichen Person grundsätzlich als Verbraucherhandeln anzusehen ist und etwa verbleibende Zweifel, welcher Sphäre das konkrete Handeln zuzuordnen ist, zu Gunsten der Verbrauchereigenschaft zu entscheiden sind.

[11]b) Eine Zurechnung entgegen dem mit dem rechtsgeschäftlichen Handeln objektiv verfolgten Zweck kommt daher nur dann in Betracht, wenn die dem Vertragspartner erkennbaren Umstände eindeutig und zweifelsfrei darauf hinweisen, dass die natürliche Person in Verfolgung ihrer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit handelt. Zwar trägt der Verbraucher die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass nach dem von ihm objektiv verfolgten Zweck ein seinem privaten Rechtskreis zuzuordnendes Rechtsgeschäft vorliegt (*Senat*, NJW 2007, 2619 Rdnr. 13). Unsicherheiten und Zweifel auf Grund der äußeren, für den Vertragspartner erkennbaren Umstände des Geschäfts gehen indes nach der negativen Formulierung des Gesetzes nicht zu Lasten des Verbrauchers. Es kann daher – entgegen der Auffassung des BerGer. – nicht darauf ankommen, ob der Erklärende sich dem anderen Teil eindeutig als Verbraucher zu erkennen gibt. Vielmehr ist bei einem Vertragsschluss mit einer natürlichen Person grundsätzlich von Verbraucherhandeln auszugehen. Anders ist dies nur dann, wenn Umstände vorliegen, nach denen das Handeln aus der Sicht des anderen Teils eindeutig und zweifelsfrei einer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit zuzurechnen ist.

[12]c) An solchen Umständen fehlt es im vorliegenden Fall. Die Angabe der Anschrift der Rechtsanwaltskanzlei als Lieferanschrift für die bestellten Lampen mag schon darin eine nahe liegende Erklärung finden, dass die Kl. an Arbeitstagen zu den üblichen Postzustellzeiten unter ihrer Privatanschrift nicht erreichbar war. Auch die Angabe der Anschrift „Kanzlei *Dr. B*“ in Verbindung mit dem hiervon abweichenden Namen der Kl. als Rechnungsadresse lässt keinen eindeutigen und zweifelsfreien Schluss auf eine Bestellung der Lampen zu selbstständigen freiberuflichen Zwecken zu. Denn hieraus konnte die Bekl. allenfalls erkennen, dass die Kl. in der Rechtsanwaltskanzlei beschäftigt war. Damit blieb aus der verständigen Sicht der Bekl. jedenfalls offen, ob es sich bei der Kl. um eine dort tätige Rechtsanwältin oder um eine angestellte Kanzleimitarbeiterin, etwa die Bürovorsteherin oder eine Rechtsanwaltsgehilfin, handelte.

[13]3. Auch nach den für unternehmensbezogene Geschäfte entwickelten Regeln (dazu etwa *BGH*, NJW 1990, 2678 = *WM* 1990, 600 [unter II 1]) kann aus der Sicht der Bekl. das Handeln der Kl. nicht deren freiberuflicher Tätigkeit als Rechtsanwältin zugerechnet werden. Die Bekl. hat stets die Kl. persönlich, nicht den Inhaber und Namensgeber der Kanzlei *Dr. B* als ihre Vertragspartnerin angesehen. Dass sie ungeachtet der Namensverschiedenheit die Kl. für die Kanzleiinhaberin gehalten habe, hat die Bekl. nicht behauptet.

Zu Folie 6:
BGH NJW 1994, 659

LS:

Die ausdrückliche Regelung einer bestimmten Frage kann auf der Vorstellung der Vertragsparteien beruhen, einem bestehenden Handelsbrauch zu folgen und ihn lediglich aus Gründen der Vollständigkeit oder der Beweissicherung schriftlich festzulegen. Allein die Feststellung, der überwiegende Teil der beteiligten Verkehrskreise regelt die Frage ausdrücklich, schließt deshalb das Bestehen eines Handelsbrauchs nicht aus.

Aus den Gründen:

Ein Handelsbrauch liegt vor, wenn es sich bei der Übung um eine im Verkehr der Kaufleute untereinander verpflichtende Regel handelt, die auf einer gleichmäßigen, einheitlichen und freiwilligen tatsächlichen Übung beruht, die sich innerhalb eines angemessenen Zeitraumes für vergleichbare Geschäftsvorfälle gebildet hat und der eine einheitliche Auffassung der Beteiligten zugrunde liegt (st. Rspr.; vgl. [BGH, Urteil vom 2. Mai 1984 - VIII ZR 38/83](#) = LM § 346 (B) HGB Nr. 9).

a) Es ist streitig, ob eine tatsächliche Übung einen Handelsbrauch begründen kann, wenn ein Teil der beteiligten Verkehrskreise eine bestimmte Frage im Vertrag ausdrücklich regelt und der übrige Teil diesen Punkt aber unregelt lässt. Das Berufungsgericht folgt dem OLG Düsseldorf ([NJW 1976, 1268](#)) und verneint in diesem Fall die Erheblichkeit einer tatsächlichen Übung. Dem steht die Auffassung gegenüber, dieser Umstand allein schließt das Bestehen eines Handelsbrauches nicht aus (Hans. OLG Urteil vom 15. Juli 1982 - [6 U 82/82](#) - unveröffentlicht; Schlegelberger/ Hefermehl HGB 5. Aufl. § 346 Rdn. 13; Schaumburg/Schaumburg NJW 1975, 1261, 1262; wohl auch: [OLG Köln NJW 1971, 894](#), 896). Diese Ansicht teilt der Deutsche Industrie- und Handelstag ausweislich der Nr. 13 seines Merkblattes für die Feststellung von Handelsbräuchen (1957 - abgedruckt bei: Schlegelberger/Hefermehl aaO § 346 Rdn. 18)

b) Der Senat stimmt der letzteren Auffassung im Anschluß an die Entscheidung des VIII. Zivilsenats ([BGH Urteil vom 2. Juli 1980 - VIII ZR 178/79](#) = LM § 346 (B) HGB Nr. 8) zu. Ebenso wie einzelne Bestimmungen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen einen bestehenden Handelsbrauch wiedergeben können, kann die ausdrückliche Regelung einer bestimmten Frage auf der Vorstellung beruhen, einem bestehenden Handelsbrauch zu folgen und ihn lediglich aus Gründen der Vollständigkeit oder der Beweissicherung schriftlich festzulegen. Dies kann gerade bei auf Dauer angelegten Geschäftsbeziehungen ein naheliegendes Motiv sein, zumal Handelsbräuche dem Wandel unterliegen. Das Bestehen eines Handelsbrauches setzt allerdings stets voraus, dass die Beteiligten im Zeitpunkt des jeweiligen Vertragsschlusses davon ausgehen, sie folgten der Übung, zu der sie sich vertraglich verpflichtet haben, auch ohne besondere Vereinbarung.

Zu Folie 20:

Steht eine vereinbarte Vertragsstrafe in einem außerordentlichen Missverhältnis zur Bedeutung der Zuwiderhandlung, ist ihre Herabsetzung nach dem Grundsatz von Treu und

Glauben gem. § 242 BGB geboten, auch wenn eine Verringerung der Vertragsstrafe wegen unverhältnismäßiger Höhe nach § 343 BGB gem. § 348 HGB ausgeschlossen ist. In diesem Fall ist die Vertragsstrafe nicht auf die nach § 343 BGB angemessene Höhe, sondern nur auf das Maß zu reduzieren, das ein Eingreifen des Gerichts nach § 242 BGB noch nicht rechtfertigen würde. (Leitsätze gekürzt)

BGH, Urteil vom 17. 7. 2008 - I ZR 168/05 NJW 2009, 1882 = GRUR 2009, 181

Zum Sachverhalt

Die Kl., eine GmbH, nimmt die als Konzerngesellschaften zum T-Konzern gehörenden Bekl. auf Zahlung einer Vertragsstrafe wegen Verletzung eines Vergleichsvertrags in Anspruch. Dem Vergleichsvertrag war ein Geschmacksmusterprozess vorausgegangen, an dessen Ende sich die Bekl. durch den Vergleich verpflichtet hatten, bestimmte Kinderwärmkissen nicht weiter zu verbreiten und für jeden Fall der Zuwiderhandlung 15000 DM Vertragsstrafe zu zahlen, insbesondere für jedes entgegen dem Vergleich vertriebene Produkt. Die Kl. macht geltend, die Bekl. hätten 7000 Kinderwärmflaschen entgegen dem Vergleichsvertrag verkauft. Sie errechnet hieraus eine Vertragsstrafe von umgerechnet 53,68 Millionen Euro und klagt hiervon einen Teilbetrag von 1 Million Euro ein. Das LG hat der Klage stattgegeben. Das OLG hat sie abgewiesen. Die Revision führte zur Aufhebung des OLG-Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das OLG.

Einführung in die Probleme

1. Um den - für JuS-Zwecke stark vereinfachten - Sachverhalt richtig auszuwerten, muss man sich über die Bedeutung des Vergleichs, der vereinbarten Vertragsstrafe und der Frage nach ihrer Herabsetzung klar werden. Der Vergleich (vgl. § 779 BGB) ist ein in der Regel auf beiderseitigem Nachgeben beruhender streitbeilegender Vertrag¹. Vertragsstrafen (§§ 339ff. BGB) spielen in der unternehmerischen Praxis eine große Rolle. Die Vertragsstrafe dient einem doppelten Zweck: Sie ist „Druckmittel“, um die Erfüllung zu sichern, und sie erspart dem Gläubiger den Schadensbeweis². Ist eine vereinbarte Vertragsstrafe unverhältnismäßig hoch, so kann das Gericht sie nach § 343 BGB durch Gestaltungsurteil³, aber auch inzident durch Teilabweisung der Leistungsklage⁴ auf einen angemessenen Betrag herabsetzen. Aber nach § 348 HGB gilt § 343 BGB nicht, wenn die Vertragsstrafe von einem Kaufmann - z.B. also, wie hier, von einer Handelsgesellschaft - versprochen worden ist⁵. Um diese Frage ging es hier. Die bei unbefangener Lektüre des Falls naheliegende Frage, ob nach dem Sinn des Vergleichsvertrags der Verkauf von 7000 Wärmflaschen wirklich als Verkauf von 7000 „Produkten“ anzusehen war, woraus sich ja die horrende Vertragsstrafe von 105 Millionen DM = 53,68 Millionen Euro ergab, wird in dem Urteil nicht angesprochen. Man wird also davon auszugehen haben, dass der Vergleichsvertrag wirklich so zu verstehen war.

2. Der Fall hatte noch einen vom BGH nicht besonders angesprochenen prozessrechtlichen Aspekt. Es lag eine Teilklage vor, denn geklagt wurde nicht auf 53,68 Millionen Euro, sondern nur auf 1 Million Euro. Solche Teilklagen sind häufig, weil das Kostenrisiko bei einer Klage auf die ganze Summe unverhältnismäßig sein kann, wenn die Klage vielleicht insgesamt unbegründet ist⁶. Deshalb versucht es der Kl. bei hohen Streitwerten oft mit einer Teilklage und klagt den Rest erst ein, wenn die Teilklage erfolgreich war. Man könnte nun auf den Gedanken kommen, dass sich das Gericht in einem solchen Fall gar nicht um eine Herabsetzung der Vertragsstrafe kümmern müsse, sondern einfach sagen könne: „Auch wenn 53,68 Millionen Euro unverhältnismäßig sein sollten, kann doch ohne Weiteres zur Zahlung von 1 Million Euro verurteilt werden, denn 1 Million Euro ist bestimmt nicht zu viel“. Aber das wird nicht so gesehen: Zwar beschränkt sich die Rechtskraft des auf eine Teilklage ergehenden Urteils auf den eingeklagten Betrag⁷. Aber der Streitgegenstand bei der Teilklage muss nicht mit dem Urteilsgegenstand identisch sein⁸. Er bestimmt sich nicht bloß durch die eingeklagte Geldsumme, sondern auch durch den geltend gemachten Teil des Gesamtanspruchs⁹. Angenommen also, die Kl.

konnte insgesamt nur die Hälfte von 53,68 Millionen Euro verlangen, so würden die Bekl. nur zur Zahlung von 500000 Euro verurteilt. Deshalb musste der *BGH*, obwohl nur 1 Million Euro eingeklagt war, darüber entscheiden, ob insgesamt 53,68 Millionen Euro gezahlt werden mussten oder nur ein geringerer Betrag. Erst recht musste er naturgemäß prüfen, ob vielleicht statt insgesamt 53,68 Millionen Euro nicht einmal der eingeklagte Betrag von 1 Million Euro verlangt werden konnte.

Darstellung und Analyse

In dem hier nicht dargestellten Teil des Urteils hatte der *Senat* zu entscheiden, ob die Voraussetzungen des eingeklagten Anspruchs überhaupt gegeben waren. Hinzu kam aber die hier dargestellte Frage, ob § 348 HGB eine Herabsetzung der Vertragsstrafe ganz ausschließt oder ob diese Herabsetzung immer noch möglich ist, soweit sie statt auf § 343 BGB auf § 242 BGB gestützt wird. Letzteres ist herrschende Auffassung¹⁰. Ihr folgt der *Senat*, aber er betont auch, dass die Kontrolle nach § 242 BGB nicht so weit reichen kann wie die nach § 343 BGB.

„Eine Herabsetzung der Vertragsstrafe wegen unverhältnismäßiger Höhe nach § 343 BGB ist zwar gem. § 348 HGB vorliegend ausgeschlossen. Nach dieser Vorschrift kann eine Vertragsstrafe nicht nach § 343 BGB herabgesetzt werden, die ein Kaufmann im Betrieb seines Handelsgewerbes versprochen hat. Diese Voraussetzungen liegen bei den Bekl. im Streitfall vor (§§ 1, 5, 343 HGB). Dies schließt in besonders gelagerten Fällen aber nicht aus, dass auch bei einer von einem Kaufmann übernommenen Vertragsstrafe eine Herabsetzung nach § 242 BGB in Betracht kommt... Davon ist vorliegend auszugehen. Eine Vertragsstrafe von mehr als 53 Millionen Euro steht in einem solchen außerordentlichen Missverhältnis zu der Bedeutung der Zuwiderhandlung, dass ihre Durchsetzung einen Verstoß gegen den das gesamte Rechtsleben beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben darstellt. Die von den Bekl. verwirkte Vertragsstrafe ist deshalb auf ein Maß zu reduzieren, das ein Eingreifen des Gerichts nach § 242 BGB noch nicht rechtfertigen würde. Eine weitergehende Verringerung der Vertragsstrafe auf einen angemessenen Betrag kommt dagegen nach § 242 BGB nicht in Betracht. Die Herabsetzung der Vertragsstrafe auf ein angemessenes Maß durch das Gericht sieht § 343 BGB vor, dessen Anwendung vorliegend gem. § 348 HGB gerade ausgeschlossen ist. Diese gesetzliche Folge darf nicht durch die Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben nach § 242 BGB umgangen werden. Vielmehr ist die Vertragsstrafe nur soweit zu reduzieren, als der Betrag unter Würdigung aller Umstände im Einzelfall nach dem Grundsatz von Treu und Glauben noch hingenommen werden kann. Anhaltspunkt für die Bestimmung des Betrags kann insoweit das Doppelte der nach § 343 BGB angemessenen Vertragsstrafe sein“.

Im vorliegenden Fall war tatrichterlich festgestellt worden, dass die Bekl. mit dem Verkauf der 7000 Restanten einen Nettoumsatz von nur 48215,52 Euro erzielt hatten. Der Verkauf der Restanten war den Bekl. für einen bestimmten Zeitraum gestattet. Die Zuwiderhandlung der Bekl. bestand daher nicht in einem Verstoß gegen ein generelles Unterlassungsgebot, sondern in der Verkaufsaktion außerhalb des vereinbarten Zeitraums. Im Hinblick hierauf reduziert der *Senat*, obwohl er an der Unanwendbarkeit des § 343 BGB formell festhält, die Vertragsstrafe von 53,68 Millionen auf maximal 200000 Euro, also auf 0,37%¹¹. Wegen der weiteren unter den Parteien streitigen Fragen verwies der *Senat* die Sache an das *OLG* zurück.

Folgen für Ausbildung, Prüfung und Praxis

§ 348 HGB ist hiernach so zu lesen: Die Herabsetzung der Vertragsstrafe nach § 343 BGB ist ausgeschlossen, die Herabsetzung nach § 242 BGB nicht!

Zur Vertiefung: *Weyer*, Verteidigungsmöglichkeiten des Unternehmers gegenüber einer unangemessen hohen Vertragsstrafe, *BauR* 1988, 28.

Karsten Schmidt