

## ARTICOLE

### VERTRAGSSTRAFE UND PAUSCHALIERTER SCHADENSERSATZ IM DEUTSCHEN RECHT<sup>1</sup>

Jakob Fortunat STAGL\*

**Zusammenfassung:** Der Beitrag bietet einen Überblick über die Vertragsstrafe und den pauschalierten Schadensersatz im deutschen Recht. Er bemüht sich insbesondere die von Windscheid propagierte und von Knütel weiterentwickelte Theorie der "Verfallsbereinigung" zu stärken, nach welcher die Vertragsstrafe dann entfällt, wenn der Schuldner – nach Verfall der Strafe – den mit ihr bezweckten Erfolg herbeiführt. Diese Theorie wurde und wird wegen begriffsjuristischer Engpaßführungen weitestgehend ignoriert.

**Stichworte:** Vertragsstrafe, selbständiges und unselbständiges Strafversprechen, pauschalierter Schadensersatz, Verfallsbereinigung

#### 1. Unselbständiges Strafversprechen

##### a) Begriff der Vertragsstrafe

Bei vielen Typen von Verträgen ist es üblich, dass die Parteien eine Strafe für den Fall vereinbaren, dass die eine Seite ihre Verpflichtungen aus dem Vertrag nicht gebührend erfüllt, also zu spät, gar nicht oder schlecht leistet. Solche unselbständigen (zu den selbständigen siehe sub. 2) Vertragsstrafversprechen finden sich in der Praxis vor allem unter Kaufleuten und außerhalb des Handelsrechts im Arbeitsrecht und Werkvertragsrecht. Ein *Beispiel* für ein Vertragsstrafversprechen aus einem anderen Bereich ist BGHZ 97, 372:<sup>2</sup> Herr M und Frau F leben in nichtehelicher Lebensgemeinschaft zusammen. Da aus der Verbindung nach dem ursprünglichen Willen der beiden keine Kinder hervorgehen sollen, verpflichtet sich F gegenüber M, die „Pille“ zu nehmen. Für den Fall der Zuwiderhandlung wird vereinbart, dass F dem M eine Vertragsstrafe von 10.000 Euro zahlen soll. Nach einiger Zeit setzt F die „Pille“ heimlich ab, um M durch die Geburt eines Kindes an sich zu binden. Tatsächlich ist F wenig später schwanger. M verlangt von F Zahlung der 10.000 Euro. Der Bundesgerichtshof hielt das Versprechen für unwirksam: Da der höchstpersönliche Bereich der privatautonomen Gestaltung entzogen sei, könnten Vereinbarungen über die Einnahme empfängnisverhütender Mittel keine rechtliche Wirksamkeit beanspruchen. Denn der Schutz der Entscheidungsfreiheit in

höchstpersönlichen Fragen dürfe nicht durch die Anerkennung eines mittelbaren Erfüllungszwangs umgangen werden.

Wie dies Beispiel zeigt, ist die Strafabrede ein aufschiebend bedingtes Leistungsversprechen, wobei die Leistung die versprochene Strafe ist und nicht das Verhalten, das durch die Strafe erzwungen werden soll. Verhält der Schuldner sich so wie gewünscht, tritt die Bedingung nicht ein, verhält er sich so wie nicht gewünscht, tritt die Bedingung ein, ist also die Strafe verwirkt.<sup>3</sup> Hieraus ergibt sich auch, dass die Vertragsstrafe nur *zukünftiges Verhalten* erzwingt: Eine Bedingung ist ja definitionsgemäß ein künftiges ungewisses Ereignis.<sup>4</sup> Wird ein in der Vergangenheit liegendes Verhalten mit einer Strafe bestärkt, so spricht man von einer Garantie.<sup>5</sup>

Es liegt Nahe, dass bei einem Institut wie der Vertragsstrafe die Versuchung für die Rechtsprechung besonders stark ist, mit der Generalklausel von ‚Treu und Glauben‘ des § 242 BGB<sup>6</sup> zu operieren. Oftmals werden sich nämlich die Schuldner des hohen Risikos ihres Versprechens nicht bewußt sein, da sie – wie die meisten Menschen – die Zukunft zu optimistisch einschätzen. So hatte etwa das LG Berlin einen Fall zu entscheiden, bei dem ein Kaufmann versprochen hatte 1.470 in der Stadt aufgehängte Plakate wieder abzunehmen. Das Gericht entschied, dass gemäß § 242 BGB die Vertragsstrafe von 20.000 Deutsche Mark auf 1.000 Deutsche Mark herabzusetzen sei, da nur *ein einziges* Plakat hängen geblieben sei<sup>7</sup> – genau auf dieses eine Plakat kann es aber dem Gläubiger angekommen sein! Diese Tendenzen sind natürlich der Vertragsfreiheit und damit der Rechtssicherheit nicht förderlich.

### **b) Zweck der Vertragsstrafe**

Zweck der Vereinbarung einer Privatstrafe ist es natürlich, den Schuldner der Sachleistung dazu anzuhalten, seine Verpflichtungen realiter und pünktlich zu erfüllen (Beugefunktion).<sup>8</sup> Das zeigt der „Pillen-Fall“ sehr deutlich: Was der Mann hier will, ist, dass die Frau die „Pille“ nimmt, also eine tatsächliche Handlung setzt. Die Strafe hat primär den Zweck, dieses Verhalten herbeizuführen. Zu diesem Mittel greift man natürlich nur deshalb, weil man das allgemeine Recht der Leistungsstörungen und der Gewährleistung nicht dafür ausreichend hält, den Schuldner zur Pflichterfüllung anzuspornen.

Ein weiterer legitimer und in der Praxis gebräuchlicher Grund für ein Vertragsstrafeversprechen liegt darin, dass der Gläubiger hierdurch auch solche Schäden ersetzbar macht, die nicht in Vermögensschäden bestehen. Hierzu besteht ein Bedürfnis deshalb, weil nach § 253 BGB<sup>9</sup> der Ersatz von Nichtvermögensschäden nur in den vom Gesetz besonders angeordneten Fällen zulässig ist.<sup>10</sup> Ein weiterer Grund liegt für den Gläubiger darin, dass er auf diese Weise der peinlichen Notwendigkeit entgeht, seinen Schaden der Höhe nach nachweisen zu müssen (Ersatzfunktion).<sup>11</sup> *Beispiel:* Ein Kegel-Verein lädt einen Sänger zu einem Auftritt auf der Weihnachtsfeier vor seinen Mitgliedern ein. Der Sänger erscheint nicht. Hier einen Vermögensschaden zu beweisen, dürfte praktisch unmöglich sein.<sup>12</sup>

### c) Abgrenzung zu verwandten Instituten

Die Vertragsstrafe bedarf der Abgrenzung, zunächst zur Garantie. Die Garantie<sup>13</sup> teilt mit der Vertragsstrafe die Funktion, einen Ersatz für die nichterhaltene Leistung zu bieten. Ihr fehlt aber die Straffunktion, sie setzt dementsprechend auch kein Verschulden voraus.<sup>14</sup> In der Praxis werden oftmals strafbewehrte Bieterklärungen abgegeben, mit denen Teilnehmer an öffentlichen Ausschreibungen versichern, ihre Gebote nicht mit Konkurrenten abgesprochen zu haben. Nach richtiger Auffassung des BGH handelt es sich hierbei nicht um Vertragsstrafeversprechen, sondern Garantien. Das hat zur Folge, daß die §§ 339 ff. BGB keine Anwendung finden.<sup>15</sup> Das Abgrenzungskriterium liegt, wie bereits gesagt, in diesen Fällen darin, daß es sich hier um ein in der Vergangenheit liegendes Ereignis handelt und damit nicht um zukünftiges Verhalten des Schuldners.

Das Reuegeld aus § 353 BGB<sup>16</sup> ist keine Strafe, sondern eine Leistung, die dafür erbracht wird, sich vom Vertrag lösen zu dürfen. Kauft sich der Schüler in einem Unterrichtsvertrag von der Leistungspflicht frei, ohne auf den Gestaltungsakt des Rücktritts zurückzugreifen,<sup>17</sup> so handelt es sich auch hier nicht um eine Vertragsstrafe, sondern einen Fall der Ersetzungsbefugnis: Der Schüler hat die Wahl, die Unterrichtsstunden zu bezahlen oder eben eine bestimmte Summe.<sup>18</sup> Dasselbe gilt für Stornogebühren eines Reiseveranstalters.<sup>19</sup> Rieble betont gegen Gernhuber<sup>20</sup> zu Recht, dass es für die Abgrenzung nicht darauf ankommt, ob der Schuldner zurücktreten muss oder nicht – das ist eine Frage, wie man sein reales Handeln, die Leistung nicht entgegenzunehmen, interpretiert. Abgrenzungskriterium ist, ob durch die Stornogebühr der Schuldner zur Leistung angehalten werden soll (dann Vertragsstrafe) oder ob er frei sein soll und sich die Freiheit, durch die Stornogebühr erkaufte.<sup>21</sup>

Nach richtiger Auffassung<sup>22</sup> geht es daher auch nicht um eine Vertragsstrafe, wenn der Schuldner für eine einvernehmliche Vertragsaufhebung etwas zahlen soll: Hier geht es gerade nicht darum, den Schuldner in Richtung Vertragserfüllung zu lenken, hat er es doch in der Hand, zu erfüllen.<sup>23</sup>

Ebenfalls keine Vertragsstrafe ist das ‚Entgelt für in Anspruch genommene Leistung‘: Hierunter ist eine Vereinbarung zu verstehen, nach welcher der Schuldner optieren kann, eine bestimmte Leistung des Gläubigers in Anspruch zu nehmen, in diesem Fall aber eine besondere Gegenleistung zu erbringen hat. Ein Beispiel hierfür sind etwa Überziehungszinsen einer Bank.<sup>24</sup> Das hat insbesondere zur Folge, dass eine Preiskontrolle über § 343 BGB<sup>25</sup> (siehe sub e) nicht stattzufinden hat. Hier kann es ja durchaus im Interesse des Gläubigers liegen oder ihm egal sein, dass der Schuldner diese Option zieht. Bei der Vertragsstrafe kommt es aber dem Gläubiger gerade auf das Verhalten des Schuldners an. Er will die Leistung, wie gesagt, realiter und nicht das Geld. Das Geld ist bei der Vertragsstrafe primär ein Zwangsmittel.

### d) Ist die Vertragsstrafe eine Form der Privatstrafe?

Eine Privatstrafe im Sinne der US-amerikanischen *punitive damages* ist im deutschen Recht unzulässig: Eine Strafe, deren primärer Zweck die Strafe um des Schutzes

der Rechtsordnung willen ist, muss – so die Begründung – dem Staat vorbehalten sein. Dementsprechend verstößt die Zwangsvollstreckung einer Forderung, die aus einer ausländischen *punitive damage* herrührt, gegen den deutschen *ordre public*.<sup>26</sup> Es stellt sich angesichts dessen die Frage, inwieweit die Vertragsstrafe als Privatstrafe zu verstehen ist – wenn das der Fall wäre, so wäre sie unzulässig bzw. würde eine entsprechende Qualifikation der richterlichen Inhaltskontrolle natürlich Tür und Tor öffnen. Das ist nach herrschender deutscher Auffassung nicht der Fall: Die Vertragsstrafe beruht nämlich auf dem Willen beider Seiten, sie wirkt also relativ und gerade nicht wie eine Privatstrafe gegenüber jedermann, also *erga omnes*.<sup>27</sup>

### e) Gesetzliche Regelung der Vertragsstrafe und ihre Teleologie

Die Vertragsstrafe ist im BGB recht ausführlich geregelt in den §§ 339 ff.:

§ 339 BGB Verwirkung der Vertragsstrafe: <sup>1</sup>Verspricht der Schuldner dem Gläubiger für den Fall, dass er seine Verbindlichkeit nicht oder nicht in gehöriger Weise erfüllt, die Zahlung einer Geldsumme als Strafe, so ist die Strafe verwirkt, wenn er in Verzug kommt. <sup>2</sup>Besteht die geschuldete Leistung in einem Unterlassen, so tritt die Verwirkung mit der Zuwiderhandlung ein.

§ 340 BGB Strafversprechen für Nichterfüllung: (1) <sup>1</sup>Hat der Schuldner die Strafe für den Fall versprochen, dass er seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, so kann der Gläubiger die verwirkte Strafe statt der Erfüllung verlangen. <sup>2</sup>Erklärt der Gläubiger dem Schuldner, dass er die Strafe verlange, so ist der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen. (2) <sup>1</sup>Steht dem Gläubiger ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu, so kann er die verwirkte Strafe als Mindestbetrag des Schadens verlangen. <sup>2</sup>Die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen.

§ 342 BGB Andere als Geldstrafe: Wird als Strafe eine andere Leistung als die Zahlung einer Geldsumme versprochen, so finden die Vorschriften der §§ 339 bis 341 Anwendung; der Anspruch auf Schadensersatz ist ausgeschlossen, wenn der Gläubiger die Strafe verlangt.

§ 343 BGB Herabsetzung der Strafe: (1) <sup>1</sup>Ist eine verwirkte Strafe unverhältnismäßig hoch, so kann sie auf Antrag des Schuldners durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden. <sup>2</sup>Bei der Beurteilung der Angemessenheit ist jedes berechnete Interesse des Gläubigers, nicht bloß das Vermögensinteresse, in Betracht zu ziehen. <sup>3</sup>Nach der Entrichtung der Strafe ist die Herabsetzung ausgeschlossen. (2) Das Gleiche gilt auch außer in den Fällen der §§ 339, 342, wenn jemand eine Strafe für den Fall verspricht, dass er eine Handlung vornimmt oder unterlässt.

§ 344 BGB Unwirksames Strafversprechen: Erklärt das Gesetz das Versprechen einer Leistung für unwirksam, so ist auch die für den Fall der Nichterfüllung des Versprechens getroffene Vereinbarung einer Strafe unwirksam, selbst wenn die Parteien die Unwirksamkeit des Versprechens gekannt haben.

§ 345 BGB Beweislast: Bestreitet der Schuldner die Verwirkung der Strafe, weil er seine Verbindlichkeit erfüllt habe, so hat er die Erfüllung zu beweisen, sofern nicht die geschuldete Leistung in einem Unterlassen besteht.

Bevor wir diese Vorschriften und die zu ihnen entwickelte Rechtsprechung im einzelnen betrachten, ist es notwendig klarzustellen, welches ihre Teleologie ist. Der primäre Zweck der §§ 339 ff. BGB ist der Schutz des Schuldners.<sup>28</sup> Wegen der allgemeinen menschlichen Tendenz, die Zukunft optimistisch zu sehen, besteht oftmals die Gefahr, dass der Schuldner leichtfertig ein Strafversprechen abgibt, ohne sich über die Folgen so recht im Klaren zu sein. Das BGB hindert aber den Schuldner nicht generell daran, solche Versprechen abzugeben, das wäre im Rahmen der Privatautonomie auch nicht möglich. Auch knüpft es – anders als bei der Bürgschaft (§ 766 BGB<sup>29</sup>) – das Vertragsstrafversprechen nicht an eine bestimmte Form mit ihrer Warn-, Schutz- und Beweisfunktion. Das Gesetz ermöglicht es hingegen, das eingegangene Versprechen nach § 343 BGB – der Zentralnorm der Vertragsstrafe – durch richterlichen Gestaltungsakt auf erträgliches Maß zu ermäßigen. Der Schutz des Schuldners erfolgt also *ex post* und im Einzelfall. Es liegt auf der Hand, dass angesichts dieser Analyse bestimmte Gruppen eines besonders intensiven Schutzes bedürfen: also Verbraucher, Mieter und Arbeitnehmer (hierzu weiter unten). Ebenfalls dem Schutz des Schuldners dient das sogleich zu besprechende Akzessorietätsprinzip: Er soll nicht eine Strafe zahlen müssen, obwohl die Primärverpflichtung – um deren Erfüllung willen sie versprochen worden war – überhaupt nicht besteht.<sup>30</sup>

#### f) Geltungsgründe eines Vertragsstrafversprechens

Ein Vertragsstrafversprechen gilt primär dann, wenn es vertraglich vereinbart wurde. An einer solchen vertraglichen Vereinbarung fehlt es zunächst beim Ladendieb: Er ist mit einer solchen Vereinbarung nicht einverstanden.<sup>31</sup> Beim Schwarzfahrer kann die Vertragsstrafe freilich hoheitlich angeordnet sein (hierzu zugleich). Auch in öffentlich-rechtlichen Verträgen (§§ 54 ff. Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes (VwVfG)) kann eine Vertragsstrafe bedungen werden.<sup>32</sup> Eine Besonderheit gilt bei Vereinsstrafen. Nach einer grundlegenden Entscheidung des BGH sind in der Satzung eines Vereines vorgesehene Strafen keine Vertragsstrafen, sondern beruhen vielmehr auf der Unterwerfung unter die Satzung.<sup>33</sup> Hintergrund ist der folgende: Zu den Hauptproblemen des Vereinsrechts gehört das Ausmaß der gerichtlichen Kontrolle von Entscheidungen des Vereins. Nach traditioneller Auffassung ist der Umfang der gerichtlichen Kontrolle durch die Vereinsautonomie eingeschränkt. Das Reichsgericht prüfte anfangs nur, ob sich der Verein an die eigenen Satzungsbestimmungen gehalten hatte. Es führte sodann auch eine auf grobe Verstöße bezogene Inhaltskontrolle ein und unterwarf die Vereinsstrafen einer Kontrolle auf Sittenwidrigkeit, Unbilligkeit und soziale Härte. Nach der genannten Entscheidung des Bundesgerichtshofs kann bei Vereinsstrafen vom ordentlichen Gericht nur nachgeprüft werden, ob die Strafe

- in einer satzungsmäßigen Ermächtigung eine Stütze findet, die nicht gesetz- oder sittenwidrig ist,
- in einem satzungsmäßig vorgeschriebenen und fairen Verfahren verhängt worden ist und
- nicht gesetzwidrig, sittenwidrig oder offenbar unbillig ist.

Eine wichtige Erweiterung brachte im Jahr 1983 das Urteil des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (BGHZ) 87, 337: „Die Tatsachenermittlung im vereinsrechtlichen Disziplinarverfahren unterliegt der Nachprüfung durch die staatlichen Gerichte.“ Es hat damit einer Forderung der Literatur entsprochen. Darüber hinaus fordert ein erheblicher Teil des Schrifttums eine vollständige Prüfung nicht nur in tatsächlicher, sondern auch in rechtlicher Hinsicht. Dem ist im Grundsatz zuzustimmen.<sup>34</sup> Ebensowenig, wie sich das Mitglied einer Strafgewalt für nicht begangene Verstöße unterwirft, unterwirft es sich irgendeiner sonst unberechtigten Vereinsstrafe. Rechtsschutzexklaven sind, wie *Karsten Schmidt* sagt, nicht zuzugestehen.

Neben der privatautonomen Vertragsstrafe gibt es auch den Geltungsgrund staatlicher Anordnung, sei es in unmittelbar durch Gesetz oder aufgrund öffentlich-rechtlicher Verordnungen und Satzungen.<sup>35</sup>

#### **g) Verschuldensprinzip in § 339**

Das Vertragsstrafeversprechen ist für den Schuldner, wie gesagt, sehr gefährlich. Aus diesem Grunde kommt ihm das Gesetz zu Hilfe: Nach § 339 BGB ist die Vertragsstrafe nur dann verwirkt, wenn der Schuldner mit seiner Leistungspflicht „in Verzug kommt“.<sup>36</sup> Und in Verzug kommt man nach deutschem Recht nur dann, wenn man schuldhaft<sup>37</sup> nicht geleistet hat<sup>38</sup>. Nach dem Gesetz ist die Vertragsstrafe also nur dann verwirkt, wenn der Schuldner die Verantwortung dafür trägt, daß die die Strafe auslösende Bedingung eingetreten ist. Den Beweis mangelnden Verschuldens hat freilich der Schuldner zu führen.<sup>39</sup> Das ist für ein Verhalten, das in einem positiven Tun besteht, eindeutig vom Gesetz so vorgesehen. Beim Unterlassen ist die Rechtslage nicht ganz so klar: siehe Satz 2 des § 339 BGB. Doch hat der Bundesgerichtshof (BGH) 1972 entschieden, dass das Verschuldensprinzip auch für das Unterlassen gilt.<sup>40</sup>

Es ist allerdings nicht erforderlich, dass dem Gläubiger durch das Handeln des Schuldners ein Schaden entstanden ist, noch muss ein Schaden überhaupt möglich gewesen sein.<sup>41</sup> Hat der Gläubiger dazu beigetragen, dass die Bedingung eintritt, an welche die Strafe geknüpft ist, so ist nach § 162 Absatz 2 BGB<sup>42</sup> die Strafe als nicht verwirkt anzusehen: Wird der Eintritt der Bedingung von der Partei, zu deren Vorteil er gereicht, wider Treu und Glauben herbeigeführt, so gilt der Eintritt als nicht erfolgt.

#### **h) Abdingbarkeit der §§ 339 ff.**

Nun ist § 339 BGB aber kein zwingendes Recht, sondern abdingbar.<sup>43</sup> Diese Abdingbarkeit ist freilich in der Praxis weit weniger stark ausgeprägt, als es auf den ersten Blick scheinen mag.<sup>44</sup> Dem Schuldner kommt das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zur Hilfe (§§ 305-310 BGB). Dieses Regime findet wegen § 310 Absatz 1 Satz 1 und 2 BGB auch für Kaufleute Anwendung.<sup>45</sup> § 309 BGB (Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit) bestimmt:

Auch soweit eine Abweichung von den gesetzlichen Vorschriften zulässig ist, ist in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam... (Nummer 6 Vertragsstrafe): eine Bestimmung, durch die dem Verwender für den Fall der Nichtabnahme oder verspäteten Abnahme der Leistung, des Zahlungsverzugs oder für den Fall, dass der andere Vertragsteil sich vom Vertrag löst, Zahlung einer Vertragsstrafe versprochen wird.

Diese Vorschrift hat freilich wegen ihres engen Anwendungsbereichs nur geringe praktische Bedeutung für das Rechtsleben gewonnen.<sup>46</sup> Entscheidend ist vielmehr die Generalklausel des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, § 307 BGB (Inhaltskontrolle), die insbesondere auch im Verhältnis von Unternehmer/Kaufmann zu Unternehmer/Kaufmann Anwendung findet.<sup>47</sup>

(1) Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist.

(2) Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung

1. mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist oder

2. wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.

Aus dieser Vorschrift leitet die Rechtsprechung ab, dass unter besonderen gewichtigen Gründen, das Verschuldensfordernis des § 339 BGB in durch Allgemeine Geschäftsbedingungen eingeführten Vertragsstrafversprechen abbedungen werden kann.<sup>48</sup>

So wurde entschieden, dass eine verschuldensunabhängige Vertragsstrafe nicht zulässig ist bei: Bauverträgen<sup>49</sup>, bei Bierlieferungsverträgen<sup>50</sup> oder bei Automatenaufstellungsverträgen<sup>51</sup>.

### **i) Höhe der Vertragsstrafe**

Besonderen Schutzes bedarf der Schuldner naturgemäß hinsichtlich der Höhe der von ihm versprochenen Strafe. Nach § 317 BGB<sup>52</sup> kann die Leistung und damit auch die Höhe der Vertragsstrafe einem Dritten überlassen werden.<sup>53</sup> Dem Gläubiger kann die Bestimmung aber nicht überlassen werden – dies würde zu einem nach § 138 BGB<sup>54</sup> unzulässigen ‚Strafdiktat‘ führen.<sup>55</sup> Weiterer Schutz ergibt sich aus § 343 BGB ‚Herabsetzung der Strafe‘. Diese Vorschrift ist zwingend.<sup>56</sup> Sie gilt jedoch nicht, wenn sie von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes versprochen wird (§ 348 Handelsgesetzbuch (HGB))<sup>57</sup>. Doch greift auch hier wieder die Generalklausel des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, § 307 BGB ein.<sup>58</sup> Die Höhe der versprochenen Strafe muss in einem ‚sachgerechten Verhältnis‘ zur Bedeutung des Strafverstoßes stehen.<sup>59</sup> Unwirksam ist eine Vertragsstrafe in mehrfacher Höhe des vom Gläubiger mit seinem Geschäft zu erzielenden Gewinns.<sup>60</sup> Nach einer neueren Rechtsprechung ist vor allem bei Werkverträgen im Baubereich von einer Obergrenze von 5 % des

Auftragsvolumens auszugehen.<sup>61</sup> Insgesamt lassen sich hier allgemeine Linien kaum ziehen und kommt es vor allem auf den Einzelfall an. Bei der notwendigen Abwägung ist auf Gläubigerseite zu fragen, ob die durch die Vertragsstrafe gesicherte Pflicht bedeutsam ist (Schikaneverbot), ob es keine anderen Durchsetzungsmöglichkeiten gibt, sowie nach dem drohenden Schaden im Falle der Nichterfüllung. Auf Schuldnerseite ist zu fragen, ob von der Strafe eine Existenzgefährdung ausgeht, ob man sich mit einer Herabsetzung nach § 343 BGB behelfen kann und ob eine Beschränkung der Strafe auf vorsätzliche Verstöße möglich gewesen wäre.<sup>62</sup> Auf jeden Fall muss das Vertragsstrafeversprechen (Transparenzgebot aus § 307 Absatz 1 BGB!) eine Bestimmung der Höchstsumme enthalten.<sup>63</sup>

Neben dem Schutz aus § 307 BGB ist noch eine Herabsetzung der Strafe nach § 242 BGB möglich (ein Gläubiger hatte über Jahre hinweg Belege von Vertragsverletzungen gesammelt und in einer Klage gebündelt, die den vordringlichen Sinn hatte, den Schuldner wirtschaftlich in die Knie zu zwingen)<sup>64</sup> und wegen Fehlens oder Wegfalls der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB<sup>65</sup>) möglich.<sup>66</sup> Eine Herabsetzung nach § 242 spielt vor allem unter Kaufleuten eine Rolle, für die wegen § 348 HGB § 343 BGB nicht gilt. 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. In diesem Fall ist die Vertragsstrafe nicht auf die nach § 343 BGB angemessene Höhe, sondern nur auf das Maß zu reduzieren, das ein Eingreifen nach § 242 BGB noch nicht rechtfertigen würde.<sup>67</sup>

Soweit § 343 BGB demnach Anwendung findet, gilt folgendes: Die Herabsetzung der Strafe ist eine Form richterlicher Vertragskontrolle und als solche ein Fremdkörper in dem auf Privatautonomie ausgelegten System des BGB.<sup>68</sup> Die richterliche Strafherabsetzung ist technisch gesehen ein echter konstitutiver Gestaltungsakt. Erst die richterliche Entscheidung beseitigt die Leistungspflicht des Schuldners. Dementsprechend muss der Schuldner mit einer Gestaltungsklage gegen die aus seiner Sicht zu hohe Strafe vorgehen.<sup>69</sup> Allerdings muß der Schuldner nicht eine zu hohe Strafforderung einfach erdulden und sich durch Entrichtung der Strafe der Möglichkeit berauben, diese herabzusetzen (§ 343 Absatz 1 Satz 3 BGB). Vielmehr steht ihm die ‚Einrede der Herabsetzbarkeit‘ zu. Diese – anspruchshindernde – Einrede nimmt – wenn sie begründet ist und erhoben wurde – dem Gläubiger die Möglichkeit, die Strafforderung im Wege der Klage oder Aufrechnung durchzusetzen.<sup>70</sup>

Klagt der Schuldner auf Herabsetzung der Strafe, so muss der Richter sie reduzieren. Den Parteien kommt hierbei ein Einschätzungsspielraum zu, den der Richter zu respektieren hat. Erst wenn die Grenze einer unverhältnismäßigen, disproportionalen Strafe erreicht ist, kann der Richter eingreifen. Die Feststellung dieser Grenze ist seine wesentliche Aufgabe.<sup>71</sup>

Für die Angemessenheit der Strafe ist maßgeblich die Frage, ob die Strafe *in dieser Höhe* erforderlich ist, um den Schuldner zu einem vertragstreuen Handeln zu motivieren.<sup>72</sup> Zu berücksichtigen sind alle Umstände des Einzelfalls, so die Schwere des Vertragsverstößes in objektiver (‚Pflichtverletzung‘ im Sinne von § 280 BGB<sup>73</sup>) und

subjektiver (Verschulden im Sinne von § 276 BGB) Hinsicht und die Vermögenslage des Schuldners.<sup>74</sup> Übersteigt die Strafe den tatsächlich entstandenen Schaden nicht, so kann sie nicht herabgesetzt werden.<sup>75</sup> § 343 BGB findet natürlich nur Anwendung soweit der in Rede stehende Vertrag überhaupt wirksam und nicht nach § 138 BGB nichtig ist. Das ist etwa beim ‚Knebelungsvertrag‘ der Fall, bei dem jede noch so kleine Verfehlung unter Strafe gestellt wird.<sup>76</sup> Die Unangemessenheit der Strafe ist eine Rechtsfrage und keine Tatfrage. Es gibt für die Unangemessenheit dementsprechend auch keine Beweislast.<sup>77</sup>

Neben § 343 BGB kann die Höhe der Strafe auch über die Generalklausel der guten Sitten, § 138 BGB, kontrolliert werden. Hier geht es zumeist um Fälle, bei denen nicht so sehr die Höhe der Strafe das Problem ist, sondern wo noch besondere Umstände hinzukommen, die der Strafe den Stempel der Sittenwidrigkeit aufdrücken: etwa eine Strafe, die so hoch ist, dass sie bei zu erwartend gleichbleibender Höhe nicht zurückgezahlt werden kann.<sup>78</sup>

#### **j) Art der Strafe**

In aller Regel besteht die zu leistende Strafe in der „Zahlung einer Geldsumme“ (§ 339 BGB). Ein Sonderfall ist die Zinsstrafe (nicht der Überziehungszins der Bank, er ist Gegenleistung, siehe oben): also eine Strafe dafür, daß der Schuldner ein Darlehen nicht rechtzeitig zurückzahlt, wie vom Gläubiger gewünscht. Solche Zinsstrafen werden sehr selten vereinbart, weil § 309 Nummer 6 BGB Vertragsstrafen für Zahlungsverzug im Bereich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen *stricte* verbietet. Neben der Zahlung von Geld kommt auch der Verfall von Rechten in Betracht: Die Parteien können vereinbaren, dass die Strafe im Verlust eines Anspruches besteht; insoweit handelt es sich bei der Strafe um einen auflösend bedingten Erlassvertrag (§ 397 BGB<sup>79</sup>). Ähnlich wirken Klauseln, die ein dem Schuldner ‚an sich‘ zustehendes Recht beschränken oder ausschließen. Klassischer Fall ist die Regelung, dass der Gläubiger frei sein soll, wenn der Schuldner eine Reparatur durch einen anderen als den Vertragshändler vornehmen läßt oder eine Mitteilungspflicht nicht erfüllt.<sup>80</sup> Strafe kann auch der Verfall bereits erbrachter Leistungen sein, hierzu ein interessanter Fall des Bundesgerichtshofs.<sup>81</sup> Bezüglich eines Kaufes hatten die Parteien vereinbart: „Kaufpreis: (1) Der Kaufpreis beträgt 200.000 DM ... Der Kaufpreis ist wie folgt zur Zahlung fällig: Die 1. Rate bei Übernahme des Kaufobjekts 100.000 DM ... Die 2. Rate in Höhe von 100.000 DM ... 15. 12. 1986. (2) Sollten die Käufer ihre Zahlungen nicht in der vereinbarten Frist leisten, dann steht dem Verkäufer ein uneingeschränktes Rücktrittsrecht vom Kaufvertrag zu. Der Verkäufer hat dann das Recht, das Kaufobjekt am 1. 1. 1987 wieder vollumfänglich zu übernehmen. (3) Bis dahin geleistete Zahlungen auf den Kaufpreis und Investitionen in das Kaufobjekt gehen dann entschädigungslos in das Eigentum des Verkäufers über [sog. Verfallklausel]“. ... Der Bundesgerichtshof (BGH) qualifizierte diese Klausel als der Vertragsstrafe ähnlich, hielt sie im konkreten Fall aber für sittenwidrig (§ 138 BGB).

In diesen Zusammenhang gehört auch § 28 des Versicherungsvertragsgesetzes (VVG)<sup>82</sup>: Der Versicherer kann sich von seiner Leistungspflicht freizeichnen, wenn der

Versicherungsnehmer gegen eine Obliegenheit verstoßen hat: zum Beispiel die Bewachungsklausel bei einer Juwelierversicherung vorsätzlich nicht beachtet hat.<sup>83</sup> Obwohl es sich hier um Vertragsstrafen handelt, hat der Bundesgerichtshof (BGH) § 343 BGB bislang sehr zurückhaltend angewandt und seit der VVG-Reform 2008 (BGBl I 2631) sind die §§ 339 ff. BGB nicht mehr auf § 28 VVG anwendbar.<sup>84</sup>

### k) Strafanspruch und Erfüllungsanspruch

Der *Strafanspruch* aus dem Vertragsstrafeversprechen ist ein selbständiger Anspruch, der mit dem primären *Erfüllungsanspruch* nicht identisch ist. Das macht es notwendig, das Verhältnis von Strafanspruch und Erfüllungsanspruch zu klären. Das Gesetz verwendet verschiedene Regelungsmechanismen:

Erstens: Wahlrecht des Gläubigers zwischen Erfüllung und Strafe wegen Nichterfüllung (§ 340 Absatz 1 BGB); zweitens: Wahlrecht des Gläubigers zwischen Schadensersatz statt der Leistung und einer Strafe, die nicht in Geld besteht (§ 342 BGB); drittens: Anrechnung der Geldstrafe auf Schadensersatzansprüche des Gläubigers aus dem primären Erfüllungsanspruch (§§ 340 Absatz 2 und § 341 Absatz 1 BGB); viertens: Kumulation von Strafe und Erfüllung bei § 341 BGB (allerdings nur unter den Voraussetzungen von Absatz 3).

Die Anwendung dieser unterschiedlichen Prinzipien ist von verschiedenen tatbestandlichen Voraussetzungen abhängig. § 340 Absatz 1 (Wahlrecht des Gläubigers zwischen Erfüllung und Strafe wegen Nichterfüllung) BGB ist nur einschlägig, wenn „der Schuldner die Strafe für den Fall versprochen“ hat, „dass er seine Verbindlichkeit nicht erfüllt“. Für diesen Fall hat der Gläubiger das Wahlrecht zwischen Strafe und Erfüllung in Gestalt des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung. Diese Vorschrift hat den Zweck zu verhindern, dass der Schuldner das *Erfüllungsinteresse* mehrfach leisten muss.<sup>85</sup> Insoweit ist die Vorschrift zwingend. Allerdings kann es vertraglich vereinbart werden, ob die vereinbarte Strafe das Erfüllungsinteresse umfasst, was *de facto* darauf hinausläuft, daß die in § 340 Absatz 1 BGB ausgesprochene Beschränkung auf das Erfüllungsinteresse doch disponibel ist.<sup>86</sup>

Ob die Vertragsstrafe das Interesse an der ganzen Vertragserfüllung decken soll (mit der Folge der Anwendung des § 340 BGB) oder ob sie sich nur auf die Zuwiderhandlung gegen einzelne Vertragspflichten bezieht (dann ist § 341 BGB anzuwenden mit der Möglichkeit der Kumulation), kann nur durch Auslegung der Parteivereinbarung ermittelt werden.

Ist der Anwendungsbereich von § 340 Abs. 1 (Wahlrecht des Gläubigers zwischen Erfüllung und Strafe wegen Nichterfüllung) BGB eröffnet, gilt folgendes: Erfüllt der Schuldner überhaupt nicht, so kann der Gläubiger die Strafe als unwiderlegbaren Mindestschaden statt der Leistung verlangen. Tut er dies, so ist sein Anspruch auf Erfüllung damit ausgeschlossen.<sup>87</sup> Die Erklärung dessen ist ein Gestaltungsakt.<sup>88</sup> Vorbehaltlich einer anderen Vereinbarung kann der Schuldner den Gläubiger nicht zu einer bestimmten Wahl zwingen.

Allerdings wird diskutiert, ob der Schuldner der bereits verfallenen Strafe entgehen kann, indem er die Leistung anbietet, den Gläubiger also indirekt zwingt auf die Strafe zu verzichten (sog. Verfallsbereinigung). Hierfür hat *Knütel* unter Rückgriff auf das römische Recht und die Pandektistik des 19. Jahrhunderts, namentlich *Windscheid*, plädiert<sup>89</sup> und *Larenz* ist ihm hierin gefolgt<sup>90</sup>. *Knütel* macht für seine Auffassung insbesondere geltend, daß die Vertragsstrafe ihre Funktion, den Schuldner zur Leistung anzuhalten (Beugefunktion) gerade erfüllt, wenn er die Leistung anbietet. Der Gläubiger bekommt das, was ihm zusteht.<sup>91</sup> Diese zutreffende Auffassung hat sich freilich nicht durchsetzen können. *Gernhuber*<sup>92</sup> und *Rieble*<sup>93</sup> etwa meinen, dass für den Fall einer solchen Möglichkeit zur Verfallsbereinigung die Vertragsstrafe ihre präventive Funktion verlöre. Damit wird die Vertragsstrafe aber für die Durchsetzung einer bestimmten Moral instrumentalisiert – und das rückt sie in die Nähe einer unzulässigen Privatstrafe. Auch scheint man sich nicht im klaren darüber zu sein, dass man solche Institute wie die Vertragsstrafe nach der *Maxime Fortiter rei suaviter modo* handhaben muss, sonst werden sie von der Rechtsprechung über die Generalklauseln vollständig zerbröseln.

Der Gläubiger kann aber auch weiterhin ohne weitere Erklärung die Erfüllung verlangen. Dann bleibt ihm die Möglichkeit, noch solange die Vertragsstrafe zu verlangen, als der primäre Leistungsanspruch nicht durch Erfüllung untergegangen ist (§ 362 BGB). Eine Bindung des Gläubigers erfolgt also in diesem Fall erst durch die Erfüllung.<sup>94</sup>

§ 340 Absatz 2 BGB (Anrechnung der Geldstrafe auf Schadensersatzansprüche des Gläubigers aus dem primären Erfüllungsanspruch) enthält eine besondere Regelung für den Fall, dass ein „Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung“ (nach der modernen Terminologie des § 281 BGB<sup>95</sup> müsste es heißen: „statt der Leistung“) an die Stelle des ursprünglichen Erfüllungsanspruches getreten ist, etwa wegen Unmöglichkeit §§ 280, 283 BGB oder Vertragsverletzung § 280 BGB. In der Situation des § 341 Absatz 2 BGB, der auf § 340 Absatz 2 BGB verweist, ist vor allem an Verzugsschadensersatz (§§ 280, 286 BGB<sup>96</sup>) zu denken. § 340 Absatz 2 BGB ist Ausdruck des einleuchtenden und den Schuldner schützenden Grundsatzes, dass die doppelte Entschädigung desselben Interesses grundsätzlich ausgeschlossen ist.<sup>97</sup> Die Anrechnung findet daher dann statt, wenn die Vertragsstrafe nach ihrer Zweckbestimmung dasselbe Interesse kompensieren soll, das auch von dem Schadensersatzanspruch umfaßt ist: Wird etwa bei einem Bauvorhaben eine nach Tagen berechnete Vertragsstrafe bedungen, dann dient die Strafe wie der Schadensersatz wegen Verzuges demselben Interesse an rechtzeitiger Fertigstellung des Baus. Wenn also Mieteinnahmen wegen der verspäteten Leistung ausfallen, so ist auf den Schadensersatzanspruch bezüglich der ausgefallenen Mieten die verfallene Vertragsstrafe anzurechnen.<sup>98</sup> Sind die in Rede stehenden Interessen nicht ident, verfolgte also die Strafe einen anderen Zweck als der Schadensersatzanspruch, so findet eine Anrechnung nicht statt, lebt die Eigenständigkeit der beiden in Anspruchskonkurrenz stehenden Ansprüche wieder auf.

Auch bei § 340 Absatz 2 BGB hat der Gläubiger ein Wahlrecht: Er kann den Strafanspruch geltend machen und den Schadensersatzanspruch. Beide Ansprüche haben

hinsichtlich der Darlegungs- und Beweislast im Prozeß für den Gläubiger Vorteile und Nachteile.<sup>99</sup>

Berechtigt der Umstand, der zum Verfall der Strafe führt, auch zum Rücktritt vom Vertrag, so kann der Gläubiger Rücktritt und Strafbegehren kumulieren. Das ergibt sich jetzt zweifelsfrei aus § 325 BGB<sup>100</sup>, war aber vorher umstritten.<sup>101</sup>

Für die Schlechterfüllung, insbesondere den Verzug, trifft § 341 (Kumulation von Strafe und Erfüllung) BGB eine besondere Regelung, die nur im Zusammenhang mit § 340 BGB zu verstehen ist. An die Stelle der Alternativität von § 340 Absatz 1 BGB tritt in § 341 Absatz 1 BGB die Kumulation in den Fällen, in denen der Schuldner „die Strafe für den Fall versprochen hat, dass er seine Verbindlichkeit nicht in gehöriger Weise, insbesondere nicht zu der bestimmten Zeit erfüllt“. § 341 Absatz 1 BGB stellt klar, dass die Alternativität der beiden Ansprüche in § 340 Absatz 1 BGB angesichts der Tatsache, daß der Strafanspruch und der Erfüllungsanspruch selbständig nebeneinander stehen (Anspruchskonkurrenz) die besondere Ausnahme ist. In Absatz 2 beläßt § 341 BGB es denn auch bei dem Prinzip der Anrechnung, sofern die Interessen ident sind.

Besondere Bedeutung hat der Absatz 3 von § 341 BGB. Ist die Strafe verwirkt und nimmt der Gläubiger die ihm angebotene Leistung gleichwohl an, so entfällt im Anwendungsbereich von § 340 BGB automatisch sein Strafanspruch, denn die Erfüllung beendet die elektive Konkurrenz von Strafanspruch und Leistungsanspruch. Dies findet – im Zweifel – auch bei § 341 BGB statt. Denn in aller Regel wird sich der Gläubiger die Geltendmachung der Strafe bei Annahme der Leistung nicht vorbehalten, sondern sagen ‚Ende gut, alles gut‘ und zwar schon allein deshalb, um die von ihm begehrte Leistung auch tatsächlich vom Schuldner zu erhalten. § 341 Absatz 3 BGB gibt also dem Schuldner die Chance, die verfallene Strafe zu bereinigen.<sup>102</sup>

Der Vorbehalt muss ausdrücklich erklärt werden, Stillschweigen genügt nur in Ausnahmefällen.<sup>103</sup> Der Vorbehalt muss bei „Annahme der Erfüllung“ erklärt werden. Dies Erfordernis ist streng auszulegen: Ein früher oder später erklärter Vorbehalt genügt nicht.<sup>104</sup> Eine Vorbehaltserklärung ist auch noch dann erforderlich, wenn der Gläubiger bezüglich der Strafe die Aufrechnung erklärt hat<sup>105</sup> oder über den Strafanspruch eine vollstreckbare Urkunde errichtet worden ist.<sup>106</sup> Erklärt ein vollmachtloser Vertreter den Vorbehalt, so muss die Vorbehaltserklärung unverzüglich nachgeholt werden.<sup>107</sup> Die Tendenz dieser Rechtsprechung geht dahin, die von *Knütel* geforderte Verfallsbereinigung durch nachträgliche Leistung dadurch herbeizuführen, dass die Kumulation von Leistung und Strafanspruch an der Hürde des § 341 Absatz 3 BGB scheitert.

## 2. Selbständiges Strafversprechen

Nach der Vorstellung des § 339 BGB verspricht der Schuldner die Leistung einer Strafe für den Fall, dass er „seine Verbindlichkeit“ nicht oder nicht gehörig erfüllt. Das unselbständige Vertragsstrafversprechen setzt somit das Bestehen einer Verbindlichkeit voraus, es ist zu diesem akzessorisch. Ähnlich wie bei den nicht-akzessorischen

Sicherheiten (der Grundschuld zum Beispiel) kann auch hier aber durchaus das legitime Bedürfnis bestehen, dass die Vertragsstrafe auch für den Fall geschuldet ist, dass der Vertrag aus irgendeinem Grunde nicht wirksam ist. Daneben gibt es auch den Fall, dass der Schuldner eine Strafe für den Fall verspricht, dass er eine bestimmte Handlung setzt (oder nicht setzt), zu der er sich von Rechts wegen nicht verpflichtet hat, weil er sich dazu nicht verpflichten konnte.<sup>108</sup>

Die Kategorie des selbständigen Strafversprechens ist nicht unumstritten. Es dürfte dem regelmäßigen Parteiwillen entsprechen, dass eine Strafe nur für den Fall versprochen ist, dass das Schuldverhältnis, zu dessen Bestärkung das Strafversprechen dient, auch wirksam ist. Das nicht-akzessorische selbständige Strafversprechen ist daher der begründungsbedürftige Ausnahmefall. Selbständiges und unselbständiges Strafversprechen stehen also nicht in der scharfen Opposition eines Entweder-Oder, sondern sind Früchte desselben Stammes und es geht letztlich – wie im Bereich der Privatautonomie gewöhnlich – um die Ermittlung dessen, ob die Parteien die Akzessorität des Strafversprechens wollten (wovon auszugehen ist) oder nicht.<sup>109</sup>

In der Praxis fand das selbständige Strafversprechen Anwendung in folgendem *Beispiel* (LAG Hamm NZA<sup>110</sup> 2003, 499): Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbaren im Arbeitsvertrage, dass wenn der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis nicht antritt oder wegen Vertragsbruchs auflöst, der Arbeitnehmer eine Vertragsstrafe in Höhe eines Brutto-Monatsgehalts zahlen muss.

Ein Beispiel für eine ansonsten nicht rechtsbewährte Pflicht ist etwa das Versprechen nicht zu trinken oder nicht zu rauchen. Dieses Versprechen wird über das selbständige Strafversprechen verschärft und sein Ziel ist von der Rechtsordnung nicht mißbilligt.<sup>111</sup>

Auf das selbständige Strafversprechen finden die Regelungen über das selbständige Strafversprechen weitestgehend Anwendung: Die Möglichkeit der Herabsetzung ist in § 343 Absatz 2 BGB ausdrücklich auch für das selbständige Strafversprechen angeordnet.<sup>112</sup> Auch § 339 BGB wird entsprechend angewandt.<sup>113</sup> Die Strafe ist also – in aller Regel – nur dann verwirkt, wenn der Schuldner die Vornahme oder Nichtvornahme der geschuldeten Handlung zu vertreten hat.

Selbstverständlich kann das selbständige Strafversprechen nicht dazu verwendet werden, ein Versprechen, das an sich nicht unter dem Schutz der Rechtsordnung steht, ja ihr sogar widerspricht, indirekt doch rechtlich erzwingbar zu machen. Das erklärt § 344 BGB (Unwirksames Strafversprechen):

Erklärt das Gesetz das Versprechen einer Leistung für unwirksam, so ist auch die für den Fall der Nichterfüllung des Versprechens getroffene Vereinbarung einer Strafe unwirksam, selbst wenn die Parteien die Unwirksamkeit des Versprechens gekannt haben.

In der Praxis spielt § 344 BGB eine Rolle vor allem bei Grundstückskaufverträgen. Solche Verträge bedürfen nach § 311b BGB<sup>114</sup> der notariellen Beurkundung. Wird im Rahmen eines formnichtigen (§ 125 BGB<sup>115</sup>) Grundstückskaufvertrages eine Vertragsstrafe vereinbart, so teilt diese Vereinbarung die Nichtigkeit des Hauptvertrages.<sup>116</sup> Bedeutung

gewinnt in diesem Zusammenhang auch das selbständige Strafversprechen: Soll eine Anzahlung auf den Kaufpreis verfallen, wenn der Grundstückskaufvertrag nicht zustande kommt<sup>117</sup> oder soll der Kunde dem Makler die Provision schulden, auch wenn er nicht kauft (sog. Reueprovision<sup>118</sup>) so üben diese selbständigen Strafversprechen indirekten Zwang aus, einen Grundstückskaufvertrag abzuschließen und unterliegen damit im Wege teleologischer Auslegung dem Formzwang des § 311b Absatz 1 BGB. Dementsprechend ist ein solches Strafversprechen formnichtig, wenn es nicht notariell beurkundet wurde.<sup>119</sup>

### 3. Vertragsstrafe und pauschalierter Schadensersatz

Die Parteien können vereinbaren, der Schuldner müsse im Falle einer von ihm zu vertretenden Leistungsstörung einen bestimmten Betrag als ‚Schadensersatz‘ oder ‚pauschalierten Mindestschaden‘ zahlen, vorbehaltlich des Nachweises eines höheren Schadens. Dies hat für den Gläubiger den Vorteil, dass er bis zur Höhe des pauschalierten Schadensersatzes keinen Nachweis über den Schaden zu führen braucht. Solche Vereinbarung sind grundsätzlich zulässig, da sie auf das legitime Ziel der Beweiserleichterung gerichtet sind, welches nicht nur im Interesse des Gläubigers, sondern auch in dem des Schuldners liegt, insoweit Beweiserhebungen sehr viel Geld kosten können.<sup>120</sup> Besonders im Massenverkehr haben solche Pauschalierungen einen Rationalisierungseffekt.<sup>121</sup>

Es liegt auf der Hand, dass der Schuldner auch hier sehr gefährdet ist und er eines dem § 343 BGB vergleichbaren Schutzes bedarf. Haben die Parteien den Schaden vor ihrer Vereinbarung ernsthaft geschätzt und diese Schätzung ihrer Vereinbarung zugrunde gelegt, so handelt es sich nicht um eine Vertragsstrafe. Haben hingegen die Parteien dies nicht getan, so handelt es sich bei der Vereinbarung um ein Vertragsstrafeversprechen mit der Folge, dass die §§ 339 BGB ff. auf dieses Versprechen anzuwenden sind. Auf die von den Parteien gewählte Bezeichnung<sup>122</sup> oder sonstige theoretische Aussagen über die Natur der von ihnen getroffenen Vereinbarung kommt es nicht an.<sup>123</sup>

In der Praxis von entscheidender Bedeutung ist auch hier das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. § 309 BGB (Klauseln ohne Wertungsmöglichkeit) bestimmt:

Auch soweit eine Abweichung von den gesetzlichen Vorschriften zulässig ist, ist in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam

5. (Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen) die Vereinbarung eines pauschalierten Anspruchs des Verwenders auf Schadensersatz oder Ersatz einer Wertminderung, wenn

a) die Pauschale den in den geregelten Fällen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden oder die gewöhnlich eintretende Wertminderung übersteigt oder

b) dem anderen Vertragsteil nicht ausdrücklich der Nachweis gestattet wird, ein Schaden oder eine Wertminderung sei überhaupt nicht entstanden oder wesentlich niedriger als die Pauschale.

In der Praxis sind Gegenstand von Schadenspauschalierungen ganz überwiegend Ansprüche aus § 280 BGB (Positive Vertragsverletzung), weniger aus § 281 BGB (Schadensersatz statt der Leistung). Dem Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist es anders als bei § 340 Absatz 2 BGB nicht vorbehalten, in den AGB den Mindestschaden festzulegen und im Übrigen einen höheren Schaden – vorbehaltlich seiner Nachweisbarkeit – geltend zu machen.<sup>124</sup> Denn aus Sicht des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist die Pauschalierung des Schadensersatzes überhaupt nur wegen des Rationalisierungseffekts der Pauschalierung erträglich, kommt dieser doch auch dem AGB-Kunden zugute. Wenn sich aber der AGB-Verwender die Geltendmachung höheren Schadensersatzes vorbehält, dann würde genau dieser Effekt zunichte gemacht. Daher das Motto: „Wer pauschaliert, bindet sich“.<sup>125</sup> Rechtsfolge eines Verstoßes gegen § 309 Ziffer 5 BGB ist der komplette Wegfall der Klausel in den AGB, welche die Schadenspauschalierung enthält.<sup>126</sup> Dies ergibt sich aus dem, dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zugrunde liegenden ‚Verbot der geltungserhaltenden Reduktion‘.<sup>127</sup> Es würde der Teleologie des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen widersprechen, wenn es gestattet wäre, unwirksame Allgemeine Geschäftsbedingungen zu verwenden und dabei als Sanktion nur gewärtigen zu müssen, dass diese unwirksamen Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf ein gerade noch wirksames Maß reduziert werden.<sup>128</sup> Dieses Regime gilt auch für Kaufleute/Unternehmer.<sup>129</sup>

#### 4. Vertragsstrafe im Mietrecht und Arbeitsrecht

§ 555 BGB<sup>130</sup> verbietet kategorisch Vertragsstrafen zu Lasten des Mieters bei der Wohnraummiete. Diese Vorschrift ist weit auszulegen. So verbietet diese Vorschrift überhöhte Bearbeitungsgebühren seitens des Vermieters, Verzugszinsen, den Verfall der Kautions bei vorzeitigem Auszug des Mieters und Pauschalabfindungen zugunsten des Vermieters in einem Mietaufhebungsvertrag.<sup>131</sup> § 139 BGB (Ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde) ist in der Regel nicht anwendbar,<sup>132</sup> mit der Folge, dass nur die einzelne gegen § 555 BGB verstoßende Klausel nichtig ist, aber nicht der gesamte Mietvertrag oder Aufhebungsvertrag.

Die Vereinbarung der Vertragsstrafe für den Fall, dass der Arbeitnehmer seine Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis verletzt oder gegen ein Wettbewerbsverbot verstößt, sind nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung und nach der überwiegenden Ansicht zulässig: ein generelles Verbot der Vertragsstrafe im Arbeitsrecht hat sich nicht durchgesetzt.<sup>133</sup> Dies wird insbesondere damit begründet, dass der Mechanismus der Vertragsstrafe am besten geeignet ist, den Arbeitgeber gegen die Folgen eines Vertragsbruchs seitens des Arbeitnehmers zu schützen.<sup>134</sup> Die anderen ihm zur Verfügung stehenden Mittel, a) der Leistungsklage, b) des Schadensersatzes und c) der Kündigung sind nämlich stumpfe Schwerter: Die Leistungsklage ist gem. § 888 Absatz 3 ZPO<sup>135</sup> nicht vollstreckbar, die Kündigung durch das Kündigungsschutzgesetz sehr stark beschränkt und

Schadensersatzansprüche scheitern regelmäßig an der Nachweisbarkeit des Schadens.<sup>136</sup> Ohne Vertragsstrafe wäre also das Prinzip der ‚Waffengleichheit‘ verletzt, mit dessen Hilfe z.B. auch die Aussperrung im Falle des Streiks begründet wird.

Allerdings unterliegen Vertragsstrafevereinbarungen der Inhaltskontrolle des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen: Entgegen § 309 Nummer 6 BGB ist die Vereinbarung der Vertragsstrafe in Allgemeinen Geschäftsbedingungen als „arbeitsrechtliche Besonderheit“ gemäß § 310 Absatz 4 Satz 2 Halbsatz 1 BGB<sup>137</sup> grundsätzlich zulässig.<sup>138</sup> Eine Unwirksamkeit der Klausel kann sich aber aus der unangemessenen Benachteiligung des Arbeitnehmers gemäß § 307 Absatz 1 Satz 1 BGB ergeben.<sup>139</sup> Insbesondere die Höhe der Vertragsstrafe kann zu einer unangemessenen Benachteiligung führen.<sup>140</sup> Ferner ist bei der Formulierung der Klausel der Bestimmtheitsgrundsatz (Transparenzgebot) nach § 307 Absatz 1 Satz 2 BGB zu beachten.<sup>141</sup> Die sanktionierte Pflichtverletzung muss so klar bezeichnet werden, dass der Arbeitnehmer sich darauf einstellen kann.<sup>142</sup> Schließlich darf die fristgerechte Kündigung des Arbeitnehmers nicht mit einer Vertragsstrafe sanktioniert werden.<sup>143</sup> Die unangemessene Benachteiligung führt nach § 307 Absatz 1 BGB zur Unwirksamkeit der vollständigen Klausel (Verbot der geltungserhaltenden Reduktion), § 343 BGB findet also keine Anwendung.<sup>144</sup>

#### IV. Zur Geschichte der Vertragsstrafe und Kritik der gesetzlichen Regelung

Die §§ 339 ff. sind seit Inkrafttreten des BGB im Jahre 1900 nicht geändert worden. Sie gehen zurück auf das römisch-gemeine Recht, das in Deutschland in vielen Territorien bis unmittelbar galt und wegen der überragenden Bedeutung der Pandektenwissenschaft auch überall dort die höchste Autorität hatte, wo es bereits Kodifikationen gab, wie das Preußische Allgemeine Landrecht oder den Code Civil deutscher Übersetzung.<sup>145</sup> Unter den Lehrbüchern des Pandektenrechts war das *book of authority*<sup>146</sup> schlechthin das Pandektenrecht von *Windscheid*.<sup>147</sup> Dort lesen wir unter Bezugnahme auf die Quellen des *Corpus Iuris Civilis* und die gesamte europäische Literatur in wenigen kurzen Sätzen die Grundzüge der Vertragsstrafe, so wie sie heute im BGB stehen.<sup>148</sup> Für die §§ 339 ff. BGB gilt also das, was *Josef Unger*, ein bedeutender Pandektist aus Österreich,<sup>149</sup> über das sächsische Bürgerliche Gesetzbuch gesagt hatte, dass es sich nämlich um ein „modernes, in anmerkungslose Paragrafen gebrachtes, kurz gefasstes Lehrbuch des Pandektenrechts“ handle.<sup>150</sup>

Es besteht freilich ein entscheidender Unterschied zwischen den glücklichen Tagen des Pandektenrechts zur Rechtsanwendung unter Geltung des BGB: Wir lesen bei *Windscheid* immer wieder, es komme entscheidend „auf den Sinn der Vereinbarung“ an und auf den „Willen der Parteien“. Für den Juristen, der im Rahmen einer Kodifikation arbeitet, noch dazu einer so ausführlichen und kasuistischen Kodifikation wie dem BGB, besteht bei der Lösung von Fällen die ungeheure Versuchung, ‚das Gesetz anzuwenden‘ und sich dabei nicht genügend klar zu machen, was denn dieses Gesetz genau ist. Der größte Teil der Normen über die Vertragsstrafe sind dispositives Recht und das dispositive

Recht ist nicht sehr viel mehr als geronnener Parteiwille.<sup>151</sup> Statt also die in einem Fall einschlägige Vertragsstrafevereinbarung auf das Prokrustesbett der §§ 339 ff. BGB vorzunehmen oder waghalsige Abgrenzungen vorzunehmen, wenn man antizipiert, dass diese Behandlung dem Probanden nicht bekommen wird, sollte man sich verstärkt auf das konzentrieren, was auch für *Windscheid* im Vordergrund bei einem so sehr von der Privatautonomie getragenen Institut stand, nämlich "auf den Sinn der Vereinbarung" und auf den "Willen der Parteien". Nur wegen des teilweise gedankenlosen und damit methodisch äußerst fragwürdigen Positivismus der deutschen Zivilistik, die eben verkennt, dass es hier primär um – gegebenenfalls ergänzende – Vertragsauslegung geht, kann es dazu kommen, dass eine so altehrwürdige und richtige Lehre, wie die von *Knütel* und von *Windscheid* (mit Bezug auf den Willen der Parteien!) propagierte 'Verfallsbereinigung' nicht akzeptiert wird. Hinter dieser Ablehnung steht in Wahrheit zum einen der Umstand, dass die 'Verfallsbereinigung' nicht im Gesetz steht – was aber wegen des privatautonomen Charakters eines Vertragsstrafeversprechens keine Rolle zu spielen hat! – und zum anderen die stumpfmechanische 'Anwendung' des § 339 BGB „so ist die Strafe verwirkt, wenn er [der Schuldner] in Verzug kommt“. So darf man aber mit § 339 BGB nicht umgehen. Die Vorschrift ist bestenfalls als Vermutung zu lesen: so ist die Strafe verwirkt, wenn er [der Schuldner] in Verzug kommt, *es sei denn aus Sinn und Zweck der Vereinbarung ergibt sich unter Rückgriff auf § 157 etwas anderes, nach welcher Vorschrift, Verträge so auszulegen sind, wie Treu und Glauben es mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erfordern*.

---

<sup>1</sup> Dieser Artikel ist Teil des "Proyecto Anillo de investigación asociativa SOC 1111".

\* Universidad Bernardo O'higgins; jakob.stagl@yahoo.de

<sup>2</sup> Entscheidung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen; Siehe hierzu *Looschelders*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 8. Auflage (2010) Randnummer 810.

<sup>3</sup> *Staudinger/Rieble*, Bürgerliches Gesetzbuch, (2009) Vorbemerkung zu den §§ 339 ff. Randnummer 1; *Jauernig/Stadler*, Bürgerliches Gesetzbuch, 15. Auflage (2014) § 339 Randnummer 1; Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch/*Gottwald*, 6. Auflage (2012) Vorbemerkung zu den §§ 339 ff. Randnummer 2.

<sup>4</sup> Bedingung nach § 158 BGB ist eine rechtsgeschäftliche Bestimmung, die eine Abhängigkeit von einem künftigen Ereignis bestimmt. Siehe *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. Auflage (2011) Randnummern 1252 ff..

<sup>5</sup> *Staudinger/Rieble*, (oben Fußnote 2) Vorbemerkung zu den §§ 339 ff. Randnummer 23; Münchener Kommentar/*Gottwald* (oben Fußnote 2) Vorbemerkung zu den §§ 339 ff. Randnummer 45; *Schulze*, Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar/*Schulze*, 6. Auflage (2009) § 339 Randnummer 5.

<sup>6</sup> Bürgerliches Gesetzbuch (im F.n BGB); § 242 BGB Leistung nach Treu und Glauben: Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

<sup>7</sup> Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1996, 1142.

<sup>8</sup> *Huber*, Archiv für die civilistische Praxis (AcP) 210 (2010), 322, meint, in der Praxis sei der Anspruch auf Geld gegenüber der *specific performance* im Vordergrund. Die Vertragsstrafe spricht dagegen.

<sup>9</sup> § 253 BGB Immaterieller Schaden (1) Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden. (2) Ist wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen

- Selbstbestimmung Schadensersatz zu leisten, kann auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden.
- <sup>10</sup> Siehe auch Jauernig/Stadler, (oben Fußnote 2) § 339 Randnummer 3.
- <sup>11</sup> Mehr zu der sogenannten „Doppelfunktion der Vertragsstrafe“ siehe: Staudinger/Rieble, (oben Fußnote 2) Vorbemerkung zu den §§ 339 ff. Randnummern 14 ff.; Münchener Kommentar / Gottwald, (oben Fußnote 2) Vorbemerkung zu den §§ 339 ff. Randnummer 6; Erman/Schaub, BGB, 13. Auflage (2011), Vorbemerkung zu den §§ 339-345 Randnummer 1.
- <sup>12</sup> Nach Larenz, Schuldrecht I, 14. Auflage (1987), Seite 347.
- <sup>13</sup> Allgemein hierzu Staudinger/Horn, (oben Fußnote 2), Vorbemerkung zu den §§ 765 ff. Randnummern 194 ff.; Münchener Kommentar/Habersack, (oben Fußnote 2) Vorbemerkung zu den §§ 765 ff. Randnummern 16 ff.: Looschelders, (oben Fußnote 1) Randnummern 531 ff.
- <sup>14</sup> Staudinger/Rieble, (oben Fußnote 2) Vorbemerkung zu §§ 339 ff. Randnummer 43; Münchener Kommentar/Habersack, (oben Fußnote 2) Vorbemerkung zu den §§ 765 ff. Randnummer 16.
- <sup>15</sup> Entscheidung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (BGHZ) 105, 24.
- <sup>16</sup> § 353 BGB Rücktritt gegen Reugeld: Ist der Rücktritt gegen Zahlung eines Reugelds vorbehalten, so ist der Rücktritt unwirksam, wenn das Reugeld nicht vor oder bei der Erklärung entrichtet wird und der andere Teil aus diesem Grunde die Erklärung unverzüglich zurückweist. Die Erklärung ist jedoch wirksam, wenn das Reugeld unverzüglich nach der Zurückweisung entrichtet wird.
- <sup>17</sup> Fall aus KG Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report (NJW-RR) 1989, 1075.
- <sup>18</sup> Staudinger/Rieble, (oben Fußnote 2) Vorbemerkung zu den §§ 339 ff. Randnummer 68; Palandt/Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, 73. Auflage (2014) § 339 Randnummer 5.
- <sup>19</sup> Staudinger/Rieble, (oben Fußnote 2) Vorbemerkung zu den §§ 339 ff. Randnummer 68; Münchener Kommentar/Gottwald, (oben Fußnote 2) Vorbemerkung zu den §§ 339 ff. Randnummer 42.
- <sup>20</sup> Gernhuber, Das Schuldverhältnis (1989), § 34 I 3b.
- <sup>21</sup> Staudinger/Rieble, (oben Fußnote 2) Vorbemerkung zu den §§ 339 ff. Randnummer 68; Palandt/Grüneberg, (oben Fußnote 17) § 339 Randnummer 5; Münchener Kommentar zum BGB/Gottwald, (oben Fußnote 2) Vorbemerkung zu den §§ 339 ff. Randnummer 42.
- <sup>22</sup> Staudinger/Rieble, (oben Fußnote 2) Vorbemerkung zu den §§ 339 ff. Randnummern 68/69.
- <sup>23</sup> Anders Bundesgerichtshof (BGH) Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1985, 57.
- <sup>24</sup> Staudinger/Rieble, (oben Fußnote 2) Vorbemerkung zu den §§ 339 ff. Randnummer 69; Allgemein zu Vorschusszinsen siehe auch Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch Randnummern 71/72; ausführlich dazu Servatius: Die AGB-rechtliche Behandlung von Vorschusszinsregelungen im Sparverkehr in BKR 2005, 295 sowie Rösler, Wimmer: Angemessenheit der Höhe von Vorschusszinsen - Eine kombiniert rechtlich-finanzmathematische Analyse als Diskussionsbeitrag zu Servatius, BKR 2005, 295 in BKR 2007, 8.
- <sup>25</sup> § 343 BGB Herabsetzung der Strafe: (1) Ist eine verwirkte Strafe unverhältnismäßig hoch, so kann sie auf Antrag des Schuldners durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden. Bei der Beurteilung der Angemessenheit ist jedes berechnete Interesse des Gläubigers, nicht bloß das Vermögensinteresse, in Betracht zu ziehen. Nach der Entrichtung der Strafe ist die Herabsetzung ausgeschlossen. (2) Das Gleiche gilt auch außer in den Fällen der §§ 339, 342, wenn jemand eine Strafe für den Fall verspricht, dass er eine Handlung vornimmt oder unterlässt.
- <sup>26</sup> Entscheidung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (BGHZ) 118, 312, 344.
- <sup>27</sup> Staudinger/Rieble, (oben Fußnote 2) Vorbemerkung zu den §§ 339 ff. Randnummern 36-42, 126 f.; Münchener Kommentar zum BGB/Gottwald, (oben Fußnote 2) Vorbemerkung zu den §§ 339 ff. Randnummern 6 ff.; Palandt/Grüneberg, (oben Fußnote 17) § 339 Randnummer 17.

- <sup>28</sup> Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, 20. Auflage (2012) Randnummer 547; Bundesgerichtshof (BGH) Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1971, 1126; *Looschelders*, (oben Fußnote 1) Randnummer 824.
- <sup>29</sup> § 766 BGB Schriftform der Bürgschaftserklärung: Zur Gültigkeit des Bürgschaftsvertrags ist schriftliche Erteilung der Bürgschaftserklärung erforderlich. Die Erteilung der Bürgschaftserklärung in elektronischer Form ist ausgeschlossen. Soweit der Bürge die Hauptverbindlichkeit erfüllt, wird der Mangel der Form geheilt.
- <sup>30</sup> Staudinger/*Rieble*, (oben Fußnote 2) Vorbemerkung zu den §§ 339 ff. Randnummern 89 ff., § 339 Randnummern 14 ff.; Münchener Kommentar/*Gottwald*, (oben Fußnote 2) § 339 Randnummer 14; Jauernig/*Stadler*, (oben Fußnote 2) § 339 Randnummern 17 ff.
- <sup>31</sup> Staudinger/*Rieble*, (oben Fußnote 2) § 339 Randnummer 29; *Larenz*, (oben Fußnote 11) S. 385-387.
- <sup>32</sup> Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwGE) 98, 58.
- <sup>33</sup> Entscheidung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (BGHZ) 21, 370. Weitere Nachweise bei Staudinger/*Rieble*, (oben Fußnote 2) Vorbemerkung zu den §§ 339 ff. Randnummern 186 ff.; Jauernig/*Stadler*, (oben Fußnote 2) § 339 Randnummer 13.
- <sup>34</sup> So auch *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Auflage (2002) § 24 V 3f; kritisch Staudinger/*Rieble*, (oben Fußnote 2) Vorbemerkung zu den §§ 339 ff. Randnummern 95 f.
- <sup>35</sup> Staudinger/*Rieble*, (oben Fußnote 2) Vorbemerkung zu den §§ 339 ff. Randnummern 202 ff.; Palandt/*Grüneberg*, (oben Fußnote 17) § 339 Randnummer 14; Münchener Kommentar/*Gottwald*, (oben Fußnote 2) § 339 Randnummer 32; Schulze/*Schulze*, (oben Fußnote 4) § 339 Randnummer 11.
- <sup>36</sup> § 339 BGB Verwirkung der Vertragsstrafe: Verspricht der Schuldner dem Gläubiger für den Fall, dass er seine Verbindlichkeit nicht oder nicht in gehöriger Weise erfüllt, die Zahlung einer Geldsumme als Strafe, so ist die Strafe verwirkt, wenn er in Verzug kommt. Besteht die geschuldete Leistung in einem Unterlassen, so tritt die Verwirkung mit der Zuwiderhandlung ein.
- <sup>37</sup> § 276 BGB Verantwortlichkeit des Schuldners: (1) Der Schuldner hat Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, wenn eine strengere oder mildere Haftung weder bestimmt noch aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses, insbesondere aus der Übernahme einer Garantie oder eines Beschaffungsrisikos, zu entnehmen ist. Die Vorschriften der §§ 827 und 828 finden entsprechende Anwendung. (2) Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt. (3) Die Haftung wegen Vorsatzes kann dem Schuldner nicht im Voraus erlassen werden.
- <sup>38</sup> § 286 BGB Verzug des Schuldners: (1) Leistet der Schuldner auf eine Mahnung des Gläubigers nicht, die nach dem Eintritt der Fälligkeit erfolgt, so kommt er durch die Mahnung in Verzug. Der Mahnung stehen die Erhebung der Klage auf die Leistung sowie die Zustellung eines Mahnbescheids im Mahnverfahren gleich (...) (4) Der Schuldner kommt nicht in Verzug, solange die Leistung infolge eines Umstands unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat.
- <sup>39</sup> Bundesgerichtshof (BGH), Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1972, 1893/2264 mit Anmerkungen von Lindacher; *Larenz*, (oben Fußnote 11) Seite 348; Jauernig/*Stadler*, (oben Fußnote 2) § 339 Randnummer 19.
- <sup>40</sup> Bundesgerichtshof (BGH), Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1972, 1893; *Larenz*, (oben Fußnote 11) Seite 348; Palandt/*Grüneberg*, (oben Fußnote 17) § 339 Randnummer 15; Jauernig/*Stadler*, (oben Fußnote 2) § 339 Randnummer 19; Soergel/*Lindacher*, 13. Auflage (2010) § 339 Randnummer 19; Bamberger/*Roth/Becker*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Auflage (2007) = aktuell: Beck Online-Kommentar Stand 1.2.2014 Edition 30 § 309 Nummer 6 Randnummer 15.
- <sup>41</sup> Entscheidung des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ) 103, 99; Bundesgerichtshof (BGH) Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1969, 491. Staudinger/*Rieble*, (oben Fußnote 2) § 339 Randnummer 268; Palandt/*Grüneberg*, (oben Fußnote 17) § 339 Randnummer 14; Jauernig/*Stadler*, (oben Fußnote 2) § 339 Randnummer 18.

- <sup>42</sup> § 162 BGB Verhinderung oder Herbeiführung des Bedingungseintritts: (1) Wird der Eintritt der Bedingung von der Partei, zu deren Nachteil er gereichen würde, wider Treu und Glauben verhindert, so gilt die Bedingung als eingetreten. (2) Wird der Eintritt der Bedingung von der Partei, zu deren Vorteil er gereicht, wider Treu und Glauben herbeigeführt, so gilt der Eintritt als nicht erfolgt.
- <sup>43</sup> Palandt/*Grüneberg*, (oben Fußnote 17) § 339 Randnummer 15.
- <sup>44</sup> Sehr kritisch und mit guten Gründen zur Abdingbarkeit Staudinger/*Rieble*, (oben Fußnote 2) § 339 Randnummern 313 f.
- <sup>45</sup> § 310 BGB Anwendungsbereich: (1) § 305 Absatz 2 und 3 und die §§ 308 und 309 finden keine Anwendung auf Allgemeine Geschäftsbedingungen, die gegenüber einem Unternehmer, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen verwendet werden. § 307 Absatz 1 und 2 findet in den Fällen des Satzes 1 auch insoweit Anwendung, als dies zur Unwirksamkeit von in den §§ 308 und 309 genannten Vertragsbestimmungen führt; auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche ist angemessen Rücksicht zu nehmen.
- <sup>46</sup> *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht, 11. Auflage (2011) § 309 Nummer 6 Randnummer 1.
- <sup>47</sup> *Ulmer/Brandner/Hensen*, (oben Fußnote 45) § 309 Nummer 6 Randnummer 18; *F. Graf von Westphalen/G. Thüsing*, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 34. Ergänzungslieferung (2013), 43. Vertragsstrafe, Randnummer 14 ff.; andere Ansicht Staudinger/*Rieble*, (oben Fußnote 2) § 339 Randnummer 91.
- <sup>48</sup> Bundesgerichtshof (BGH), Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1997, 135; Bamberger/*Roth/Becker*, (oben Fußnote 39) § 309 Nummer 6 Randnummern 15 ff.; Erman/*Schaub*, (oben Fußnote 10) § 339 Randnummer 6; *F. Graf von Westphalen/G. Thüsing*, (oben Fußnote 46) Randnummer 23; andere Ansicht Staudinger/*Rieble*, (oben Fußnote 2) § 339 Randnummern 103/104, Soergel/*Lindacher*, (oben Fußnote 39) § 339 Randnummer 20.
- <sup>49</sup> Bundesgerichtshof (BGH), Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1998, 3488; Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report (NJW-RR) 2008, 615.
- <sup>50</sup> Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf, Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht (NZM) 2008, 611.
- <sup>51</sup> Landgericht (LG) Aachen, Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report (NJW-RR) 1987, 948.
- <sup>52</sup> § 317 BGB Bestimmung der Leistung durch einen Dritten: (1) Ist die Bestimmung der Leistung einem Dritten überlassen, so ist im Zweifel anzunehmen, dass sie nach billigem Ermessen zu treffen ist.
- <sup>53</sup> Bamberger/*Roth/Janoschek*, (oben Fußnote 39) § 339 Randnummer 2; Bundesgerichtshof (BGH), Wohnungswirtschaft & Mietrecht (WM) 1971, 165; Erman/*Schaub*, (oben Fußnote 10) § 339 Randnummer 2.
- <sup>54</sup> § 138 BGB Sittenwidriges Rechtsgeschäft; Wucher: (1) Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.
- <sup>55</sup> *Larenz*, (oben Fußnote 11) Seite 347; andere Ansicht: Bamberger/*Roth/Janoschek*, (oben Fußnote 39) § 339 Randnummer 2; Erman/*Schaub*, (oben Fußnote 10) § 339 Randnummer 2; Münchener Kommentar/*Gottwald*, (oben Fußnote 2) § 339 Randnummer 28.
- <sup>56</sup> *Larenz*, (oben Fußnote 11) Seite 348; Palandt/*Grüneberg*, (oben Fußnote 17) § 343 Randnummer 3; Bundesgerichtshof (BGH) Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 52, 623; Bundesgerichtshof (BGH) Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 68, 1625.
- <sup>57</sup> § 348 HGB: Eine Vertragsstrafe, die von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes versprochen ist, kann nicht auf Grund der Vorschriften des § 343 des Bürgerlichen Gesetzbuchs herabgesetzt werden.
- <sup>58</sup> Staudinger/*Rieble*, (oben Fußnote 2) § 339 Randnummern 105 ff.; Bamberger/*Roth/Becker*, (oben Fußnote 39) § 309 Nummer 6 Randnummern 23-24; andere Ansicht *Knütel/Rieger*, Pönalen wegen

- Verzugs oder Minderleistungen in Individualvereinbarungen und AGB, Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht (NZBau), 285, 287.
- <sup>59</sup> Bundesgerichtshof (BGH), Betriebsberater (BB) 2004, 1740.
- <sup>60</sup> Bundesgerichtshof (BGH), Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP) 1998, 1159.
- <sup>61</sup> Bundesgerichtshof (BGH) Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2003, 1805.
- <sup>62</sup> Staudinger/Rieble, (oben Fußnote 2) Vorbemerkung zu den § 339 Randnummern 59 f.; Jauernig/Stadler, (oben Fußnote 2) § 339 Randnummer 22; Münchener Kommentar/Gottwald, (oben Fußnote 2) § 339 Randnummer 29.
- <sup>63</sup> Bundesgerichtshof (BGH) Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1998, 3488; siehe auch F. Graf von Westphalen/G. Thüsing, (oben Fußnote 46) Randnummern 14 ff.
- <sup>64</sup> Bundesgerichtshof (BGH) Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1998, 1144. Vergleiche Jauernig/Stadler, (oben Fußnote 2) § 343 Randnummer 3.
- <sup>65</sup> § 313 BGB Störung der Geschäftsgrundlage: (1) Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. (2) Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen. (3) Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. An die Stelle des Rücktrittsrechts tritt für Dauerschuldverhältnisse das Recht zur Kündigung.
- <sup>66</sup> Bundesgerichtshof (BGH) Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1954, 998; Bamberger/ Roth/ Janoschek, (oben Fußnote 39) § 343 Randnummer 2.
- <sup>67</sup> Bundesgerichtshof (BGH) Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2009, 1882.
- <sup>68</sup> Canaris, Verfassungs- und europarechtliche Aspekte der Vertragsfreiheit, in Festschrift Lerche, München 1993, 873, 886 f.
- <sup>69</sup> Staudinger/Rieble, (oben Fußnote 2) § 343 Randnummern 50 f.; Münchener Kommentar/Gottwald, (oben Fußnote 2) § 343 Randnummer 1; Schulze/Schulze, (oben Fußnote 4) § 343 Randnummer 5.
- <sup>70</sup> Staudinger/Rieble, (oben Fußnote 2) § 343 Randnummern 93 f.; Münchener Kommentar/Gottwald, (oben Fußnote 2) § 343 Randnummern 12/13; Palandt/Grüneberg, (oben Fußnote 17) § 343 Randnummer 5.
- <sup>71</sup> Staudinger/Rieble, (oben Fußnote 2) § 343 Randnummer 100; Münchener Kommentar/Gottwald, (oben Fußnote 2) § 343 Randnummer 18.
- <sup>72</sup> Bundesgerichtshof (BGH) Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2000, 2106; Larenz, (oben Fußnote 11) Seite 349; Jauernig/Stadler, (oben Fußnote 2) § 343 Randnummer 6.
- <sup>73</sup> § 280 BGB Schadensersatz wegen Pflichtverletzung: (1) Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen. Dies gilt nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.
- <sup>74</sup> Bamberger/Roth/Janoschek, (oben Fußnote 39), § 343 Randnummer 8 mit weiteren Nachweisen; Palandt/Grüneberg, (oben Fußnote 17) § 343 Randnummer 6.
- <sup>75</sup> Überblick zur Rechtsprechung bei Palandt/Grüneberg, (oben Fußnote 17) § 343 Randnummer 6.
- <sup>76</sup> Bundesgerichtshof (BGH), Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1998, 2531; Larenz, (oben Fußnote 11) Seite 348; Jauernig/Stadler, (oben Fußnote 2) § 343 Randnummer 3.

- <sup>77</sup> Staudinger/*Rieble*, (oben Fußnote 2) § 343 Randnummer 124; lediglich die Beweislast für die Tatsachen, auf denen die Unverhältnismäßigkeit beruhen soll, trägt der Schuldner, siehe Schulze/*Schulze*, (oben Fußnote 4) § 343 Randnummer 7; Münchener Kommentar/*Gottwald*, (oben Fußnote 2) § 343 Randnummer 18.
- <sup>78</sup> Entscheidung des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ) 68, 229.
- <sup>79</sup> § 397 BGB Erlassvertrag, negatives Schuldanerkenntnis: (1) Das Schuldverhältnis erlischt, wenn der Gläubiger dem Schuldner durch Vertrag die Schuld erlässt. (2) Das Gleiche gilt, wenn der Gläubiger durch Vertrag mit dem Schuldner anerkennt, dass das Schuldverhältnis nicht bestehe.
- <sup>80</sup> Bundesgerichtshof (BGH), Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report (NJW-RR) 1991, 1013.
- <sup>81</sup> Bundesgerichtshof (BGH), Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report (NJW-RR) 1993, 243
- <sup>82</sup> § 28 VVG Verletzung einer vertraglichen Obliegenheit: (1) Bei Verletzung einer vertraglichen Obliegenheit, die vom Versicherungsnehmer vor Eintritt des Versicherungsfalles gegenüber dem Versicherer zu erfüllen ist, kann der Versicherer den Vertrag innerhalb eines Monats, nachdem er von der Verletzung Kenntnis erlangt hat, ohne Einhaltung einer Frist kündigen, es sei denn, die Verletzung beruht nicht auf Vorsatz oder auf grober Fahrlässigkeit. (2) <sup>1</sup>Bestimmt der Vertrag, dass der Versicherer bei Verletzung einer vom Versicherungsnehmer zu erfüllenden vertraglichen Obliegenheit nicht zur Leistung verpflichtet ist, ist er leistungsfrei, wenn der Versicherungsnehmer die Obliegenheit vorsätzlich verletzt hat. <sup>2</sup>Im Fall einer grob fahrlässigen Verletzung der Obliegenheit ist der Versicherer berechtigt, seine Leistung in einem der Schwere des Verschuldens des Versicherungsnehmers entsprechenden Verhältnis zu kürzen; die Beweislast für das Nichtvorliegen einer groben Fahrlässigkeit trägt der Versicherungsnehmer.
- <sup>83</sup> Römer/*Rixecker*, Versicherungsvertragsgesetz: VVG Kommentar, 4. Auflage 2014 § 28 Randnummer 14; Staudinger/*Rieble*, (oben Fußnote 2) § 339 Randnummer 375.
- <sup>84</sup> Staudinger/*Rieble*, (oben Fußnote 2) § 339 Randnummern 166, 378.
- <sup>85</sup> Staudinger/*Rieble*, (oben Fußnote 2) § 340 Randnummer 6; Münchener Kommentar/*Gottwald*, (oben Fußnote 2) § 340 Randnummer 1; Jauernig/*Stadler*, (oben Fußnote 2) § 340 Randnummer 1.
- <sup>86</sup> Staudinger/*Rieble*, (oben Fußnote 2) § 340 Randnummern 7 f.; Münchener Kommentar/*Gottwald*, (oben Fußnote 2) § 340 Randnummer 3.
- <sup>87</sup> Bundesgerichtshof (BGH) Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2008, 2849; *Larenz*, (oben Fußnote 11) Seite 349; Palandt/*Grüneberg*, (oben Fußnote 17) § 343 Randnummer 4; Staudinger/*Rieble*, (oben Fußnote 2) § 340 Randnummern 38 ff.; Bamberger/*Roth/Janoschek*, (oben Fußnote 39) § 340 Randnummer 2; Jauernig/*Stadler*, (oben Fußnote 2) § 340 Randnummer 5.
- <sup>88</sup> Staudinger/*Rieble*, (oben Fußnote 2) § 340 Randnummer 34; Münchener Kommentar/*Gottwald*, (oben Fußnote 2) § 340 Randnummer 11.
- <sup>89</sup> Archiv für die civilistische Praxis (AcP) 175 (1975), 44 ff.. *Bernhard Windscheids* Auffassung ist dargelegt in seinem Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl., Frankfurt am Main, 1900, § 287 Note 1, Bd. 2 S. 152.
- <sup>90</sup> *Larenz*, (oben Fußnote 11) S. 376 f.
- <sup>91</sup> Archiv für die civilistische Praxis (AcP) 175 (1975), 56 ff.
- <sup>92</sup> Das Schuldverhältnis, (1989) § 34 I 3b.
- <sup>93</sup> Etwa Staudinger/*Rieble*, (oben Fußnote 2) § 340 Randnummer 29 f.

- <sup>94</sup> Staudinger/Rieble, (oben Fußnote 2) § 340 Randnummer 47; Jauernig/Stadler, (oben Fußnote 2) § 340 Randnummer 5; Münchener Kommentar/Gottwald, (oben Fußnote 2) § 340 Randnummer 10; Erman/Schaub, (oben Fußnote 10) § 340 Randnummer 4.
- <sup>95</sup> § 281 BGB Schadensersatz statt der Leistung wegen nicht oder nicht wie geschuldet erbrachter Leistung: (1) Soweit der Schuldner die fällige Leistung nicht oder nicht wie geschuldet erbringt, kann der Gläubiger unter den Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 Schadensersatz statt der Leistung verlangen, wenn er dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt hat. Hat der Schuldner eine Teilleistung bewirkt, so kann der Gläubiger Schadensersatz statt der ganzen Leistung nur verlangen, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat. Hat der Schuldner die Leistung nicht wie geschuldet bewirkt, so kann der Gläubiger Schadensersatz statt der ganzen Leistung nicht verlangen, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist.
- <sup>96</sup> § 286 BGB Verzug des Schuldners: (1) Leistet der Schuldner auf eine Mahnung des Gläubigers nicht, die nach dem Eintritt der Fälligkeit erfolgt, so kommt er durch die Mahnung in Verzug. Der Mahnung stehen die Erhebung der Klage auf die Leistung sowie die Zustellung eines Mahnbescheids im Mahnverfahren gleich.
- <sup>97</sup> Staudinger/Rieble, (oben Fußnote 2) § 340 Randnummer 61; Palandt/Grüneberg, (oben Fußnote 17) § 340 Randnummer 7; Bundesgerichtshof (BGH), Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2008, 2849.
- <sup>98</sup> Staudinger/Rieble, (oben Fußnote 2) § 340 Randnummer 67.
- <sup>99</sup> Staudinger/Rieble, (oben Fußnote 2) § 340 Randnummer 72.
- <sup>100</sup> § 325 BGB Schadensersatz und Rücktritt: Das Recht, bei einem gegenseitigen Vertrag Schadensersatz zu verlangen, wird durch den Rücktritt nicht ausgeschlossen.
- <sup>101</sup> Staudinger/Rieble, (oben Fußnote 2) § 340 Randnummer 80; Münchener Kommentar/Gottwald, (oben Fußnote 2) § 340 Randnummer 16.
- <sup>102</sup> Entscheidung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (BGHZ) 85, 240, 243; Bundesgerichtshof (BGH), Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1983, 384; Staudinger/Rieble, (oben Fußnote 2) § 341 Randnummer 63.
- <sup>103</sup> Bundesgerichtshof (BGH), Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1979, 1163.
- <sup>104</sup> Bundesgerichtshof (BGH), Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1961, 115; 1983, 384 (ständige Rechtsprechung).
- <sup>105</sup> Bundesgerichtshof (BGH), Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1977, 1293
- <sup>106</sup> Bundesgerichtshof (BGH), Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1979, 1163.
- <sup>107</sup> Bundesgerichtshof (BGH), Baurecht 1992, 232.
- <sup>108</sup> Siehe F. Graf von Westphalen/G. Thüsing, (oben Fußnote 46) Randnummer 2.
- <sup>109</sup> So überzeugend Staudinger/Rieble, (oben Fußnote 2) Vorbemerkung zu den §§ 339 ff. Randnummern 8 f.
- <sup>110</sup> Landesarbeitsgericht Hamm, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht.
- <sup>111</sup> Larenz, (oben Fußnote 11) Seite 353.
- <sup>112</sup> Das Gleiche gilt auch außer in den Fällen der §§ 339, 342 BGB, wenn jemand eine Strafe für den Fall verspricht, dass er eine Handlung vornimmt oder unterlässt.
- <sup>113</sup> Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ) 199, 203; andere Ansicht Jauernig/Stadler, (oben Fußnote 2) § 339 Randnummer 6.
- <sup>114</sup> § 311b BGB Verträge über Grundstücke, das Vermögen und den Nachlass: (1) Ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder zu erwerben, bedarf der notariellen Beurkundung. Ein ohne Beachtung dieser Form geschlossener Vertrag wird seinem ganzen Inhalt nach gültig, wenn die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erfolgen.

- <sup>115</sup> § 125 BGB Nichtigkeit wegen Formmangels: Ein Rechtsgeschäft, welches der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, ist nichtig. Der Mangel der durch Rechtsgeschäft bestimmten Form hat im Zweifel gleichfalls Nichtigkeit zur Folge.
- <sup>116</sup> Entscheidung des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ) 107, 39, 40.
- <sup>117</sup> Bundesgerichtshof (BGH) Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 1979, 307.
- <sup>118</sup> Bundesgerichtshof (BGH) Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 1970, 1915.
- <sup>119</sup> Staudinger/Rieble, (oben Fußnote 2) § 344 Randnummer 13; Palandt/Grüneberg, (oben Fußnote 17) § 344 Randnummer 1.
- <sup>120</sup> Ulmer/Brandner/Hensen, (oben Fußnote 45) § 309 Nummer 5 Randnummer 10; Münchener Kommentar/Kieninger, (oben Fußnote 2) § 309 Nummer 5 Randnummer 1.
- <sup>121</sup> Larenz, (oben Fußnote 11) Seite 353; Münchener Kommentar/Kieninger, (oben Fußnote 2) § 309 Nummer 5 Randnummer 1.
- <sup>122</sup> So aber: Soergel/Lindacher, (oben Fußnote 39) Vorbemerkung zu § 339 Randnummer 23; Bamberger/Roth/Becker, (oben Fußnote 39) § 309 Nummer 5 Randnummer 7.
- <sup>123</sup> Münchener Kommentar/Gottwald, (oben Fußnote 2) Vorbemerkung zu § 339 Randnummern 34 f.; F. Graf von Westphalen/G. Thüsing, (oben Fußnote 46) Randnummer 3; gegen den Unterschied zwischen dem pauschalierten Schadenersatz und der Vertragsstrafe siehe Knütel/Rieger, (oben Fußnote 57) 285, 286 ff.; differenzierter Jauernig/Stadler, (oben Fußnote 2) § 339 Randnummer 10; Staudinger/Rieble, (oben Fußnote 2) Vorbemerkung zu den §§ 339 ff. Randnummern 54 ff.; siehe auch Bamberger/Roth/Becker, (oben Fußnote 39) § 309 Nummer 6 Randnummern 3-4.
- <sup>124</sup> Vergleiche Bamberger/Roth/Becker, (oben Fußnote 39) § 309 Nummer 5 Randnummer 34.
- <sup>125</sup> Ulmer/Brandner/Hensen, (oben Fußnote 45) § 309 Nummer 5 Randnummer 24; andere Ansicht Bundesgerichtshof (BGH) Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1982, 2316; Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Dammann, AGB-Gesetz, 6. Auflage (2013) § 309 Nummer 5 Randnummern 100, 101.
- <sup>126</sup> Bamberger/Roth/Becker, (oben Fußnote 39) § 309 Nummer 5 Randnummern 46 ff. mit weiteren Nachweisen.
- <sup>127</sup> Ulmer/Brandner/Hensen, (oben Fußnote 45) § 309 Nummer 5 Randnummer 26.
- <sup>128</sup> Jakob Fortunat Stagl, Geltung und Transparenz Allgemeiner Geschäfts- und Versicherungsbedingungen (nach österreichischem Recht) 2006, passim.
- <sup>129</sup> Ulmer/Brandner/Hensen, (oben Fußnote 45) § 309 Nummer 5 Randnummern 27 ff.; vergleiche Bamberger/Roth/Becker, (oben Fußnote 39) § 309 Nummer 5 Randnummern 39 ff.
- <sup>130</sup> § 555 BGB Unwirksamkeit einer Vertragsstrafe: Eine Vereinbarung, durch die sich der Vermieter eine Vertragsstrafe vom Mieter versprechen lässt, ist unwirksam.
- <sup>131</sup> Jauernig/Teichman (oben Fn. 2) § 555 Rn. 1.
- <sup>132</sup> Jauernig/Teichmann (oben Fn. 2) § 555 Rn. 1.
- <sup>133</sup> Bundesarbeitsgericht (BAG) 23. 5. 1984, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1984, 255.
- <sup>134</sup> Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht/Müller-Glöge, 11. Auflage (2011), BGB § 345 Randnummer 8; Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht/Reichold, Band 1, 3. Auflage (2009), § 39 Randnummer 48.
- <sup>135</sup> § 888 ZPO Nicht vertretbare Handlungen: (1) <sup>1</sup>Kann eine Handlung durch einen Dritten nicht vorgenommen werden, so ist, wenn sie ausschließlich von dem Willen des Schuldners abhängt, auf Antrag von dem Prozessgericht des ersten Rechtszuges zu erkennen, dass der Schuldner zur Vornahme der Handlung durch Zwangsgeld und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, durch Zwangshaft oder durch Zwangshaft anzuhalten sei... (3) Diese Vorschriften kommen im Falle der Verurteilung zur Leistung von Diensten aus einem Dienstvertrag nicht zur Anwendung.

- <sup>136</sup> Staudinger/*Rieble*, (oben Fußnote 2) § 339 Randnummer 141; Soergel/*Lindacher*, (oben Fußnote 39) Vorbermerkung zu den §§ 339 ff. Randnummer 16.
- <sup>137</sup> § 310 BGB Anwendungsbereich: (2) Bei der Aufwendung auf Arbeitsverträge sind die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen.
- <sup>138</sup> Vergleiche Bundesarbeitsgericht (BAG) 4.3.2004, Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (BAGE) 110, 8.
- <sup>139</sup> Staudinger/*Richardi/Fischinger*, (oben Fußnote 2) § 611 Randnummer 726; Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht/*Reichold*, (oben Fußnote 132) § 50 Randnummer 6.
- <sup>140</sup> Bundesarbeitsgericht (BAG) 25.9.2008, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2009, 1629; Staudinger/*Richardi/Fischinger*, (oben Fußnote 2) § 611 Randnummer 726.
- <sup>141</sup> Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht/*Reichold*, (oben Fußnote 132) § 39 Randnummer 50.
- <sup>142</sup> Bundesarbeitsgericht (BAG) 14.12.1988 – 5 AZR 10/88, Gewerkschafter 1989 Nr. 338; Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht/*Müller-Glöge*, (oben Fußnote 132) BGB § 345 Randnummer 12 mit weiteren Nachweisen.
- <sup>143</sup> Staudinger/*Richardi/Fischinger*, (oben Fußnote 2) § 611 Randnummer 727; Münchener Kommentar/*Müller-Glöge*, (oben Fußnote 2) § 611 Randnummer 1051.
- <sup>144</sup> Staudinger/*Richardi/Fischinger*, (oben Fußnote 2) § 611 Randnummer 726; andere Ansicht Münchener Kommentar/*Müller-Glöge*, (oben Fußnote 2) § 611 Randnummer 1053; differenzierter: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht/*Reichold*, (oben Fußnote 132) § 39 Randnummer 54.
- <sup>145</sup> Zur Bedeutung der Pandektenwissenschaft *Franz Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., 1967, S. 430 ff.
- <sup>146</sup> Zu diesem Phänomen von Lehrbüchern mit Gesetzesautorität *Paul Koschaker*, Europa und das römische Recht, 4. Aufl., 1966, S. 99 ff.
- <sup>147</sup> Zu ihm *Ulich Falk*, Ein Gelehrter wie Windscheid (1989) *passim*.
- <sup>148</sup> Windscheid (oben Fn. 87) § 285, Bd. 2 S. 150 ff.
- <sup>149</sup> Zu ihm *Jakob Fortunat Stagl*, Die Rezeption der Lehre vom Rechtsgeschäft in Österreich durch Joseph Unger, in: Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP) 2007, S. 37-55.
- <sup>150</sup> *Josef Unger*, Der revidierte Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für daß Königreich Sachsen, Leipzig 1861, S. 3.
- <sup>151</sup> Etwa *Flume*, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. (1992) § 16, 4a.