Urheberrechte achten!

„Kinderwärmekissen" und Vertragsstrafendogmatik

*Volker Rieble**

Die Entscheidung „Kinderwärmekissen" des BGH vom 17. 7. 2008 (GRUR 2009, 181) ordnet Rechtsfragen der (wettbewerblichen) Vertragsstrafe nach dem Wegfall des Fortsetzungszusammenhangs. Der gute Wille des Senats führt ab vom Gesetz (§ 348 HGB), schafft ein Sonderstrafermäßigungsrecht aus § 242 BGB und mündet in eine schwer erträgliche Freirechtsschule.

I. Harter Fall

Der leicht vereinfachte Sachverhalt zeigt das immense Risiko der Vertragsstrafe: Zwei Unternehmen eines Konzerns *T* vertrieben im Jahr 2001 Kinderwärmekissen – wurden aber wegen Verletzung fremden Geschmacksmusters in Anspruch genommen. Daraufhin versprechen die *T*-Unternehmen dem Rechteinhaber, Herstellung und Vertrieb einzustellen – bei einer Vertragsstrafe von je 15 000 DM für jedes angebotene, verkaufte bzw. verbreitete Stück. Das ist eine hohe Strafe, kann man doch aus

* Prof. Dr., Inhaber des Lehrstuhls für Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht an der Ludwig-Maximilians-Universität München und Direktor des Zentrums für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht (ZAAR).

Umsatzangaben des Sachverhalts errechnen, dass der Preis des einzelnen Kinderwärmekissens bei etwa 13,50 DM gelegen haben muss.

Freundlicherweise gestattete die Schutzrechtsinhaberin den Abverkauf von noch rund 42 000 produzierten Wärmekissen im Restbestand – aber eben nur in einer exakt bestimmten Verkaufsperiode vom 27. 12. 2002 bis zum 27. 3. 2003. Die *T*-Unternehmen verkauften nun noch rund 7000 Kinderwärmekissen – aber bedauerlicherweise nicht innerhalb des zugelassenen Zeitraums, sondern zu früh. Daraus errechnet sich die Klägerin eine Vertragsstrafe von 7000 × 15 000 DM, also ungefähr 100 Mio DM oder umgerechnet über 53 Mio Euro. Hiervon klagt sie einen Teilbetrag ein.

II. Konsequent: kein Fortsetzungszusammenhang

Früher hätte man dem Strafschuldner geholfen – mit dem vertragsstraferechtlichen Prinzip des Fortsetzungszusammenhangs, auch gegen den Wortlaut der Strafvereinbarung, die auf „jeden Fall der Zuwiderhandlung" oder wie hier auf eine Mengenanknüpfung abstellt. Dann wäre für eine einheitliche Vertriebsaktion durch solche „Handlungseinheit" nur eine einheitliche „Strafe" verfallen.

Indes: Der Fortsetzungszusammenhang war ein systemfremder Import aus dem Strafrecht, wurde dort bereits aufgegeben und für die Vertragsstrafe in der *zentralen Entscheidung* „Trainingsvertrag" vom 25. 1. 2001[1] entsorgt – gerade weil er Vorsatztäter unzulässig privilegiert. Vielmehr kommt es auch nach dem *BGH* auf die Auslegung der konkreten Strafvereinbarung an, ob mehrfache Pflichtverletzungen zu einer rechtlichen Einheit zusammenzufassen sind, so dass sie nur eine einmalige Strafe auslösen oder ob für jede Verletzung gesondert ein Anspruch auf Leistung der Vertragsstrafe entstehe.

Eben dieser Entfall des Fortsetzungszusammenhangs wird in der Entscheidung „Kinderwärmekissen" bestätigt, aber auch in der Entscheidung „Mehrfachverstoß gegen Unterlassungstitel"[2], die die Mehrfachbestrafung nun auch für die Zwangsvollstreckung nach § 890 ZPO zulässt. Die Verteidiger des Fortsetzungszusammenhangs werden einsam[3].

III. Gesamtschuldnerische Strafhaftung?

Hier hatten zwei Konzernunternehmen der *T*-Gruppe gemeinsam die Vertragsstrafe versprochen. Der *Senat* lässt das ohne Problematisierung durchgehen:

„Richtig ist zwar, dass die Verpflichtungen mehrerer Schuldner, die auf Unterlassung und im Falle einer Zuwiderhandlung auf eine Vertragsstrafe haften, grundsätzlich nebeneinanderstehen (...). Im vorliegenden Fall haben die Beklagten sich jedoch nicht nur einheitlich strafbewehrt zur Unterlassung verpflichtet. Sie sind vielmehr nach Aufzählung der Vertragsschließenden nur noch als eine Partei bezeichnet worden (‚... nachfolgend *T* genannt'). Daraus hatte bereits das *LG* zu Recht gefolgert, dass eine Differenzierung nach dem Konzernunternehmen, das den Verstoß vorgenommen hat, vertraglich ausgeschlossen ist und die Beklagten gesamtschuldnerisch für die Vertragsstrafe haften."

Das ist nicht nur wagemutig. Haben zwei Schuldner die strafbewehrte Pflicht gesamtschuldnerisch versprochen, so kann die Pflichtverletzung des einen dem anderen Gesamtschuldner gerade nicht zugerechnet werden: Pflichtverletzung und Strafverfall sind eine Leistungsstörung, für die nach § 425 II BGB grundsätzlich das Prinzip der Einzelwirkung gilt – weil jeder für sich schuldet und sich Fehlverhalten der anderen Gesamtschuldner nicht zurechnen lassen muss[4]. Dagegen lässt sich einwenden, dass § 425 I BGB die vereinbarte Gesamtwirkung zulässt – „soweit sich nicht aus dem Schuldverhältnis ein anderes ergibt"[5].

Indes steht die Vertragsstrafe einer solchen unmittelbaren Strafhaftung für Dritte entgegen. Eine Haftung für fremde Vertragsstrafenschuld kann keine Vertragsstrafe mehr sein: Die Vertragsstrafe ist Druckmittel zur Steuerung des Schuldnerverhaltens[6] und deswegen notwendig vom Verschulden des Strafschuldners abhängig, dem vorgehalten wird, dass er sich hätte anders verhalten müssen[7]. Eben deshalb kann eine Baustrafklausel den Werkunternehmer nicht für witterungsbedingte Beeinträchtigungen haften lassen[8].

Eine Vertragsstrafe für Drittverhalten ist möglich nur, soweit der Schuldner für die Dritten verantwortlich ist, also wenn es sich entweder um nach § 278 BGB zurechenbares Verhalten von Erfüllungsgehilfen handelt[9] – oder soweit der Schuldner verspricht, auf andere Dritte in einem bestimmten Sinne verhaltenssteuernd einzuwirken (compliance). Strafbewehrt ist im zweiten Fall nur diese Einwirkungspflicht – und nicht die Verhaltenspflicht des Dritten[10]. Eben deswegen lässt sich eine Gesamtwirkung der Vertragsstrafe gegenüber allen Gesamtschuldnern nicht vereinbaren – sie verstößt gegen das Grundprinzip der Akzessorietät der Vertragsstrafe.

Dass die Rechtsordnung an anderer Stelle – also für die Verrichtungsgehilfen des § 831 BGB und die *Beauftragten* nach § 8 II UWG und §§ 14 VII, 15 VI MarkenG – eine deliktsrechtliche Verantwortung sieht, spielt für die Vertragsstrafe als Vertragsrecht keine Rolle: Der Strafschuldner haftet für sie nicht[11].

Soll ein Schuldner unmittelbar für das Fehlverhalten von ihm unbeeinflusster Dritter zahlen, so handelt es sich nicht um eine Vertragsstrafe sondern in aller Regel um eine Garantie. Ebenso denkbar ist eine Bürgschaft für fremde Vertragsstrafenschuld. Solche Mithaftung könnte keinesfalls zur „Kumulativverwirkung" einer Vertragsstrafe durch zwei Schuldner führen; vielmehr hätte der *Senat* konkret prüfen müssen, welcher Unterlassungsschuldner mit welchem Zuwiderhandeln die für ihn als Vertragspartei greifende Strafbedingung erfüllt hat.

IV. Sonderstrafermäßigung nach § 242 BGB für Kaufleute

1. Gesetzesbindung und Richterrecht

§ 348 HGB mit dem Ausschluss des Strafermäßigungsrechts aus § 343 BGB ist hart für Kaufleute. Sie müssen die einmal verfallene Strafe grundsätzlich voll bezahlen; sie können weder Geringfügigkeit des Verstoßes, noch

1) *BGHZ* 146, 318 = GRUR 2001, 758 = NJW 2001, 2622 – Trainingsvertrag.

2) *BGH*, GRUR 2009, 427 = NJW 2009, 921 – Kinderwärmekissen.

3) *Gottwald*, in: MünchKomm, 5. Aufl. (2007), § 339 Rdnr. 40; *Palandt/Grüneberg* BGB, 68. Aufl. (2009), § 339 Rdnr. 18.

4) *P. Bydlinksi*, in: MünchKomm (o. Fußn. 3), § 425 Rdnrn. 13 ff., 17 ff.; *Staudinger/Noack*, BGB, 2005, § 425 Rdnrn. 1 ff., 24 ff.

5) *Staudinger/Noack* (o. Fußn. 4), § 425 Rdnr. 9.

6) *BGH*, NJW 1998, 2600.

7) *Staudinger/Rieble*, BGB, 2004, § 339 Rdnr. 158; *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, 9. Aufl. (2007), Kap. 20 Rdnrn. 13 f.

8) *BGH*, NJW-RR 2008, 615.

9) *BGH*, GRUR 1998, 963 = NJW 1998, 3342 – Verlagsverschulden II; eingehend *Traub*, in: Festschr. f. Gaedertz, 1992, S. 563; auch *OLG Celle*, Urt. v. 11. 10. 2007 – 6 U 40/07, BeckRS 2009, 07553: keine Strafhaftung für verspätete oder ausgefallene Materiallieferung des Lieferanten, der kein Erfüllungsgehilfe ist.

10) Dazu *Lindacher*, GRUR 1975, 413 (415); *Teplitzky* (o. Fußn. 7), Kap. 20 Rdnr. 15.

11) *Teplitzky* (o. Fußn. 7), Kap. 20 Rdnr. 15.

einen geringen Verschuldensgrad oder das Mitverschulden des Strafgläubigers geltend machen. Diese Härte wird nun durch den Wegfall des Fortsetzungszusammenhangs deutlich verschärft. Gerade wenn der Kaufmann für „jeden Fall der Zuwiderhandlung" die volle Einsatzstrafe ohne „ermäßigende Gesamtstrafenbildung" zahlen muss, kann es zu einer unverhältnismäßig scharfen Bestrafung kommen.

Während man dem Kaufmann im Allgemeinen den im HGB verfügten Verzicht auf BGB-Schutzvorgaben zumutet, und obzwar im Zivilrecht nach wie vor kein allgemeines Verhältnismäßigkeitsprinzip die Rechtswahrnehmung beschränkt[12], wird die Belastung mit einer „unkontrollierten" Vertragsstrafe immer schon als „zu hart" angesehen. In der Literatur gibt es deshalb eine starke Meinung, die den Kaufmann „materialisierend" vor „unverhältnismäßigen Strafen" schützen will – über § 242 BGB[13]. Nur im Ausgangspunkt ist das richtig: § 343 BGB ist ein spezialgesetzlicher Sonderfall der Rechtsausübungskontrolle des § 242 BGB und verdrängt mithin jene Norm. Ist § 343 BGB durch § 348 HGB ausgeschlossen, so lebt § 242 BGB insoweit als allgemeines Rechtsprinzip wieder auf. § 348 HGB sperrt die Anwendung von § 242 BGB gegenüber der Geltendmachung von Vertragsstrafen nicht. Nur ist es schwer, hier das richtige Maß zu finden und einerseits die „krassen Fälle" mit § 242 BGB herauszufiltern, indes keine Simulation des ausgeschlossenen § 343 BGB durchzuführen. Eben diesen Weg beschreitet nun aber die Entscheidung „Kinderwärmekissen" und greift so beherzt wie ungeniert zu § 242 BGB (unter 5 b der Gründe):

„Die Vertragsstrafe von mehr als 53 Mio. Euro ist gem. § 242 BGB wegen unverhältnismäßiger Höhe auf einen Betrag herabzusetzen, der jedenfalls 200 000 Euro nicht übersteigt.

aa) Eine Herabsetzung der Vertragsstrafe wegen unverhältnismäßiger Höhe nach § 343 BGB ist zwar gem. § 348 HGB vorliegend ausgeschlossen. ... 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 Mio. 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 Beklagten 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."

Ähnlich hatte das *OLG Hamm* aus § 242 BGB die Befugnis abgeleitet, eine kaufmännische Bauverzögerungsstrafe „in angemessener Weise zu begrenzen", und dahin kontrolliert, ob „die letztendlich verlangte Strafe nicht völlig außer Verhältnis zu den möglichen Schäden steht"[14]. Andere Obergerichte sehen klarer: „Für eine Herabsetzung unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben nach § 242 BGB bleibt vor diesem Hintergrund schon im Ansatz kein Raum[15]."

Solche Strafermäßigung aus Verhältnismäßigkeitsaspekten ist Sache des ausgeschlossenen § 343 BGB und also *„illegitim"*[16] – genauer: ein Verstoß gegen die Bindung des Richters an das Gesetz. Wenn § 348 HGB die besondere Strafermäßigung des § 343 BGB ausschaltet – dann kann sie auch nicht ersatzweise über § 242 wieder eingeführt werden. Entgegen seinen eigenen Worten „umgeht" der *Senat* § 348 HGB. Das wird besonders deutlich daran, dass die nach § 242 BGB eben noch verhältnismäßige Strafe den doppelten Betrag der nach § 343 angemessenen Vertragsstrafe ausmachen soll – das ist absurd. Trotz § 348 HGB wird eben doch § 343 angewandt (wenn auch verkleidet als § 242) nur eben mit dem Faktor 2.

Wenn ein Gericht meint, die von § 348 HGB gewollte Schutzlosigkeit treffe den Kaufmann „zu hart", dann ist das Gericht angesichts der eindeutigen Normaussage nicht befugt, eine Ersatz- und Umwegverhältnismäßigkeitskontrolle über § 242 BGB zu installieren – sondern mag § 348 HGB dem *BVerfG* nach Art. 100 GG vorlegen. Mit der Handelsrechtsreform 1998 hat der Gesetzgeber den Anwendungsbereich von § 348 HGB erweitert, insbesondere § 351 HGB gestrichen und die an sich vorkonstitutionelle Norm in seinen Regelungswillen aufgenommen.

Nun mag man sich damit beruhigen, dass das Ergebnis nicht zu beanstanden ist – weil doch dem Strafgläubiger nur ein ohnehin unverdienter Ertrag aus der Strafabrede genommen wird[17] und der Strafschuldner „vernünftig" geschützt wird. Indes wird eben dieser Aspekt von § 343 BGB aufgenommen, der eine dem Privatrecht sonst fremde (aber noch: § 655 BGB, § 3 a II RVG) umfassende Verhältnismäßigkeitskontrolle des Vertrags und seiner Wirkungen im Einzelfall gestattet – und mit einer besonderen richterlichen Umgestaltungsermächtigung versieht. Wer nun mit dem *BGH* auf § 242 BGB ausweicht, durchbricht damit eben diese grundsätzliche Schranke und eröffnet § 242 BGB ein umfassendes weites Feld der Vertragsverhältnismäßigkeitskontrolle im Einzelfall. Von der Binnenlogik des § 242 BGB lässt sich dies nicht auf Strafabreden begrenzen. Soll dann in jedem Vertrag eine allgemeine Vertragsfolgenkontrolle auf Verhältnismäßigkeit nach § 242 BGB stattfinden können? Das ermächtigte den Richter zur umfassenden Vertragshilfe. Und damit würde dem Ergebnis nach die eng begrenzte Ausnahme der richterlichen Umgestaltungsermächtigung des § 343 BGB letztlich doch auf alle Verträge erstreckt – auf dem Umweg über § 242 BGB. Warnendes Beispiel ist Schweden.

Eine umfassende, ausufernde Treuwidrigkeits- oder Verhältnismäßigkeitskontrolle des Strafanspruches über § 242 BGB muss ausgeschlossen bleiben – weil sonst § 348 HGB ignoriert wird[18]. Überdies ist die vom *BGH*

12) *Medicus*, AcP 192 (1992), 35 ff.

13) *Gottwald*, in: MünchKomm (o. Fußn. 4), § 339 Rdnrn. 41 ff.; *Staudinger/Looschelders/Olzen* (o. Fußn. 4), § 242 Rdnrn. 666 ff.; *Köhler*, in: Festschr. f. Gernhuber, 1993, S. 207 (220) m. w. Nachw.

14) *OLG Hamm*, BauR 1995, 548 (549) m. krit. Anm *Rieble*.

15) *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 2. 8. 2007 – VI-U [Kart] 10/07, BeckRS 2007, 19468; auch *OLG Brandenburg*, Urt. v. 11. 7. 2007 – 4 U 185/06, BeckRS 2008, 09632.

16) *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, 1989, § 34 III 5 Fußn. 67.

17) Dazu, dass jede Vertragsstrafe für den Gläubiger eigentlich unverdiente Bereicherung ist, *Staudinger/Rieble* (o. Fußn. 7), Vorb. §§ 339 ff. Rdnr. 30.

18) *Staudinger/Rieble* (o. Fußn. 7), § 343 Rdnrn. 37 f.

vorgenommene *teilweise Herabsetzung* der Strafe ausgeschlossen[19].

2. Kompetenzüberschreitung in der Revisionsinstanz

Ob eine Vertragsstrafe unverhältnismäßig hoch ist – und deswegen nach § 343 BGB herabzusetzen ist – das ist eine der Tatsacheninstanz vorbehaltene Ermessensentscheidung. Für die Anwendung des § 242 BGB nach konkreten Umständen des Einzelfalls gilt nichts anderes. Das Revisionsgericht ist als reine Rechtsinstanz auf die Kontrolle des tatrichterlichen Ermessens beschränkt. Stellt das Revisionsgericht einen (gerügten) Ermessensfehler fest, muss es die Sache grundsätzlich an die *Tatinstanz zurückverweisen*, damit diese das ihr vorbehaltene Ermessen erneut und diesmal fehlerfrei ausüben kann.

Nur § 563 III ZPO verschafft dem Revisionsgericht im Dienst der Prozessökonomie ein Eintrittsrecht, so dass es ausnahmsweise die Grenzen der Revisibilität überschreiten und „wie eine Tatsacheninstanz" eine eigene Ermessensentscheidung treffen kann, wenn alle maßgeblichen Tatsachen festgestellt sind[20] und der Rechtsstreit dadurch erledigt wird. Das geschieht gerade in Vertragsstrafsachen immer wieder, etwa so: „Denn die hier versprochene und in vier Fällen verwirkte Strafe von je 50 000 DM ist nicht unverhältnismäßig hoch, sondern den berechtigten und schützenswerten Interessen der Klägerin angemessen[21]."

Hier ist der *Senat* zu weit gegangen: Der Rechtsstreit wurde einerseits an das *OLG* zur Strafermäßigung nach § 242 BGB zurückverwiesen – und zugleich vom *BGH* unter Klagabweisung ausgesprochen, dass jedenfalls „eine 200 000 Euro übersteigende Vertragsstrafe auch unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls unangemessen hoch ist". Ganz offensichtlich wollte der *BGH* den Beklagten die existenzielle Sorge scharfer Strafhaftung (und die damit verbundene Rückstellungslast) abnehmen – unter Verletzung seiner kompetentiellen Beschränkung. Aber: In eine solche tatrichterliche Beurteilung der im Einzelfall angemessenen Strafe durfte der *Senat* überhaupt nicht eintreten – und hat damit nicht als gesetzlicher Richter entschieden[22]. Auch in der Sache ist das kaum nachvollziehbar. Der *Senat* führt mit Blick auf die Zurückverweisung selbst aus:

„Bei der Bemessung der Vertragsstrafe kommt es in erster Linie auf den Sanktionscharakter der Vertragsstrafe und deren Funktion, weitere Zuwiderhandlungen zu verhüten, auf Schwere und Ausmaß der Zuwiderhandlung und ihre Gefährlichkeit für den Gläubiger, auf das Verschulden des Verletzers und auf die Funktion der Vertragsstrafe als pauschalierten Schadensersatz an (...). Feststellungen für eine nähere Prüfung anhand dieser Bemessungskriterien hat das Berufungsgericht – von seinem Standpunkt folgerichtig – nicht getroffen. Diese wird es im wiedereröffneten Berufungsrechtszug nachzuholen haben."

Der *Senat* kennt also keinen einzigen Strafzumessungsaspekt und meint dennoch, für diesen Einzelfall eine Höchststrafe von 200 000 Euro festsetzen zu dürfen?

„Auf Grund der im Revisionsverfahren feststehenden Tatsachen ist aber bereits jetzt davon auszugehen, dass eine 200 000 Euro übersteigende Vertragsstrafe auch unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls unangemessen hoch ist. Die Beklagten haben mit dem Verkauf der 7000 Restanten einen Nettoumsatz von 48 215,52 Euro erzielt. Der Verkauf der Restanten war den Beklagten für einen bestimmten Zeitraum gestattet. Die Zuwiderhandlung der Beklagten besteht daher nicht in einem Verstoß gegen ein generelles Unterlassungsgebot, sondern in der Verkaufsaktion außerhalb des vereinbarten Zeitraums. ... Die absolute Zahl der verkauften Wärmekissen war zwar nicht gering. Es handelte sich aber um eine einzige Verkaufsaktion der zentralen Verkaufsorganisation für sämtliche Filialen. In Anbetracht dieser Umstände ist eine 200 000 Euro übersteigende Vertragsstrafe jedenfalls unangemessen hoch. Wegen des 200 000 Euro übersteigenden Betrags ist die Klage bereits jetzt abzuweisen."

Soll das ernstlich auch dann gelten, wenn der Schuldner vorsätzlich gegen seine Unterlassungsverpflichtung verstoßen hat? Und wird so nicht dem Gläubiger das rechtliche Gehör verwehrt? Denn vor der Entscheidung des *Senats* wusste der Strafgläubiger noch nicht, dass eine Strafherabsetzung nach § 242 BGB und trotz § 348 HGB in Betracht kommt. Deswegen ist ihm im Verfahren vor dem *OLG* jedenfalls die Möglichkeit einzuräumen, die „strafschärfenden" Umstände vorzutragen[23], diese aber können zu einer höheren Gesamtsumme führen. Es gibt also einen Sachgrund für die Grenzen des § 563 III ZPO.

Ein weiterer Einwand: Nach der Logik des *Senats* bedeutet die Ermäßigung auf 200 000 Euro, dass im Fall der Strafermäßigung nach § 343 BGB der halbe Betrag von 100 000 Euro geschuldet gewesen wäre – also bei 7000 Kissen etwa 14 Euro je Kissen. Berücksichtigt man, dass das einzelne Kissen ungefähr 13,50 DM gekostet hat, so meint der *BGH* offenbar, die Vertragsstrafe sei im Rahmen des § 343 BGB auf das Doppelte des Preises zu beschränken und gegenüber Kaufleuten über § 242 BGB auf das Vierfache. Das ist gewagt. Erstens sind solche verallgemeinernden „Strafwertgrenzen" zuerst eine Frage der Inhaltskontrolle der Vertragsstrafenabrede nach §§ 138, 307 BGB – mit anderer Rechtsfolge (sogleich 5). Zugleich wird auf diese Weise, der *BGH* denkt historisch, die alte Strafgrenze im Allgemeinen Landrecht mit dem Doppelten des Interesses wiederbelebt (I 5 § 301 ALR). Jene hat freilich einen entscheidenden Nachteil: Sie ist vom Gesetzgeber bewusst nicht ins BGB übernommen worden[24].

V. Übersehener Ausweg: Sittenwidrige Strafhöhe

Dies alles geschieht ohne Not: Strafabreden unterliegen gerade in Ansehung der Strafhöhe seit jeher[25] einer Sittenwidrigkeitskontrolle nach § 138 BGB, die wegen § 348 HGB gerade für Kaufleute wichtig ist: Die Vertragsstrafe darf zwar hart, aber nicht exzessiv sein. Es geht um ein gerade noch erträgliches Verhältnis zwischen dem zu erzwingenden Schuldnerverhalten und der angedrohten Strafe. Dagegen kommt es nicht auf die bloße Strafhöhe als solche und die durch sie womöglich bewirkte „finanzielle Überforderung" an[26].

Gerade der Fall „Kinderwärmekissen" belegt eine überzogene Strafabrede: Eine Einzelstrafe für den Vertrieb auch nur eines einzigen Wärmekissens von 15 000 DM

19) *Gernhuber* (o. Fußn. 16), § 34 III 5 Fußn. 67; allg. *Roth*, in: MünchKomm (o. Fußn. 3), § 242 Rdnr. 197; offengelassen für die Strafermäßigung von *OLG Stuttgart*, MDR 2005, 518 = BeckRS 2005, 08432.

20) *Wenzel*, in: MünchKommZPO, 3. Aufl. (2007), § 563 Rdnr. 21.

21) *BGH*, WM 1983, 1264 = ZIP 1983, 1463 (919); *BAG*, NZA 1986, 782 unter III 2 = AP Nr. 12 zu § 339 BGB = EzA § 339 BGB Nr. 2.

22) Für die strafprozessuale Strafzumessungsparallele des § 354 Ia 1 StPO: *BVerfGE* 118, 212.

23) Zur Darlegungs- und Beweislast im Rahmen von § 343 BGB *Staudinger/Rieble* (o. Fußn. 7), § 343 Rdnrn. 87 ff.

24) *Knütel*, AcP 175 (1975), 44 (47); *Geiershöfer*, SeuffBl 61 [1896], 49 ff.

25) *RGZ* 68, 229; *RG*, JW 1913, 319 Nr. 5; SeuffA 81 [1927] Nr. 83; zuletzt *BGH*, WM 2009, 181.

26) Treffend *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 2. 8. 2007 – VI-U [Kart] 10/07, BeckRS 2007, 19468.

bei einem Warenwert von rund 13,50 DM ist schlechthin überzogen – insofern kommt es auch gar nicht auf die weitere Strafschärfung durch den fehlenden Fortsetzungszusammenhang an. Halten ließe sich eine solch exorbitant hohe Strafe (mehr als tausendfacher Warenwert) nicht einmal dann, wenn die Strafdrohung auf vorsätzliches Handeln beschränkt ist. Der *Senat* sagt doch selbst, dass die Strafe hier im „außerordentlichen Missverhältnis zu der Bedeutung der Zuwiderhandlung" steht. Weswegen der *Senat* den Weg zu § 138 BGB nicht gefunden hat, ist mir unerfindlich.

War hier die Strafabrede bereits nichtig nach § 138 BGB, bestand zu kuriosen Volten kein Anlass. Damit wäre nicht nur dem Schuldnerschutz vernünftig Rechnung getragen; überdies hätte der *BGH* hier die Klage sofort und insgesamt zurückweisen müssen. Ist die Strafabrede sittenwidrig, besteht von vornherein keine Strafforderung, die einer Kontrolle nach § 343 BGB oder § 242 BGB zugänglich ist.

Freilich darf auch mit § 138 BGB bei Kaufleuten kein Ersatz für den ausgeschlossenen § 343 BGB geschaffen werden – durch Lockerung des Sittenwidrigkeitsmaßstabs.

VI. Konsequenzen für die Vertragsgestaltung

Der Wegfall des Fortsetzungszusammenhangs verschiebt die Lastwirkung der Vertragsstrafe: Sie gerät grundsätzlich härter, weswegen ein Bedürfnis nach Vertragskorrektur oder -kontrolle besteht.

Insofern stellt das Vertragsrecht zwei unterschiedliche Instrumente zur Verfügung, die eine intensivere Kontrolle der Vertragsstrafe auch zum Schutz von Kaufleuten gestatten: Erstens und vor allem kann § 348 HGB abbedungen und hierdurch der Schutz des § 343 BGB wieder hergestellt werden. Das ist allgemeine Meinung; streitig ist nur wettbewerbsrechtlich, ob eine solchermaßen herabsetzbare Strafe im Betrag erhöht werden muss, um die Unterwerfung ernsthaft zu machen und die Wiederholungsgefahr entfallen zu lassen. Das ist zu verneinen[27] – schon deshalb, weil es vor dem Hintergrund des entfallenen Fortsetzungszusammenhangs ein besonderes Bedürfnis nach „Gesamtstrafenbildung" gibt.

Zweiter „Ausweg" ist der „neue Hamburger Brauch"[28], also die Vereinbarung eines Leistungsbestimmungsrechts nach § 315 BGB: Sie ermächtigt den Strafgläubiger die Strafzahlung einseitig festzusetzen; an die Stelle der Sonderkontrolle der Strafvereinbarung nach § 343 BGB tritt dann die Leistungsbestimmungskontrolle nach § 315 III BGB. Der Strafgläubiger muss dann schon bei der Straffestsetzung eine einzelfallgerechte („billige") Entscheidung treffen. Anders als nach § 343 BGB ist die unbillig festgesetzte Vertragsstrafe von Anfang an unwirksam, bis sie durch richterliche Ersatzleistungsbestimmung korrigiert wird. Dieses Gläubigerrisiko hat den *BGH* bewogen, wettbewerbsrechtlich für die Beseitigung der Wiederholungsgefahr eine deutlich erhöhte Obergrenze im Vergleich zur Festbetragsstrafe zu fordern[29].

Eine Kombination beider leistet die Herabsetzung einer Festbetragsstrafe durch Leistungsbestimmung, etwa nach dem Vorbild des niedersächsischen Vergabegesetzes[30]. Hier bleibt – wie im Fall des § 343 BGB – die ursprüngliche Strafforderung zunächst bestehen, kann aber sodann durch Leistungsbestimmung ermäßigt werden, also durch privaten und nicht richterlichen Gestaltungsakt.

Die kautelarjuristische Aufgabe trifft beide – Strafgläubiger und Strafschuldner. In erster Linie ist es Sache des Schuldners, sich nur auf eine solche Strafvereinbarung einzulassen, die ihn im Verwirkungsfalle nicht zu hart trifft. Er entscheidet auch, welche Strafregelung er auf die wettbewerbliche Abmahnung hin anbietet. Dementsprechend bedeutet „Kinderwärmekissen" eine hübsche Entlastung: Wer als kaufmännischer Strafschuldner die nötige Sorgfalt in eigenen Vertrags- und Wettbewerbsangelegenheiten vermissen lässt – nun dem hilft die Rechtsprechung mit nachträglicher Korrektur.

Der Gläubiger seinerseits hat ein Interesse daran, dass die Strafherabsetzung wirksam ist und insbesondere nicht wegen exzessiver Strafhöhe an § 138 BGB scheitert. Insofern kann es auch für ihn sinnvoll sein, § 348 HGB abzubedingen oder zur Strafleistungsbestimmung zu greifen. Denn der Umstand, dass eine Strafe herabsetzbar oder kontrollierbar ist, mindert die durch sie bewirkte Belastung und fließt in das Sittenwidrigkeitsurteil des § 138 BGB ein[31].

VII. Wer spielt hier Klavier?

Die Entscheidung illustriert den Streit um die Befugnis zur Rechtsfortbildung und die dem Richter durch das Gesetz gezogenen Grenzen. Aufregung gibt es insbesondere um den selbstbewussten Vergleich des früheren *BGH*-Präsidenten *Hirsch*, der den Richter als Pianisten sieht, der die Komposition des Gesetzgebers spielt[32]. Der Vergleich ist treffend, geht es auch dort um Werktreue. Nur kommt dem Richter keine künstlerische Freiheit zu; er darf Noten (oder Text) nicht einfach weglassen oder andere spielen. Von der Schreibjustiz führt kein Weg zum Richterkönigtum[33]. Die Entscheidung „Kinderwärmekissen" geht zu weit, der Pianist improvisiert, er interpretiert nicht.

Damit wird zwar dem Bedürfnis nach modern-materialisierter Einfallrechtsfindung Rechnung getragen, indes ein Zentralprinzip des Vertragsrechts beschädigt, dass es keine allgemeine Verhältnismäßigkeitskontrolle von Verträgen gibt. Dass der Schuldner den Richter dauert, ermächtigt nicht dazu, aus einem Rechtsgefühl heraus Gefühlsrecht zu schaffen[34]. Pikant ist dies vor dem Hintergrund der neuen Werbekampagne für deutsches Recht (www.lawmadeingermany.de), die eine Produktqualität verspricht, die einzulösen ist. Die Entscheidung ist bedauerlich, gerade weil sich das gewünschte und gebotene Ergebnis systemgerecht mit § 138 BGB hätte erreichen lassen.

---

27) Instruktiv *Teplitzky* (o. Fußn. 7), Kap. 8 Rdnr. 30 b; Kap. 20 Rdnr. 16; *B. Kaiser*, Die Vertragsstrafe im Wettbewerbsrecht, 1999, S. 240.

28) *Teplitzky* (o. Fußn. 7), Kap. 8 Rdnrn. 22 f. und Kap. 20 Rdnr. 10; *BGH*, GRUR 1990, 1051 = NJW-RR 1990, 1390 – Vertragsstrafe ohne Obergrenze.

29) *BGH*, GRUR 1985, 155 = NJW 1985, 191 – Vertragsstrafe „bis zu ..." I; GRUR 1985, 937 = NJW 1985, 2021 – Vertragsstrafe „bis zu ..." II.

30) § 8 I 3: „Ist die verwirkte Vertragsstrafe unverhältnismäßig hoch, so kann sie vom öffentlichen Auftraggeber auf Antrag des Auftragnehmers auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden."

31) *BGH*, WM 1977, 641 (643).

32) *Günter Hirsch*, Rechtsanwendung, Rechtsfindung, Rechtsschöpfung, 2003, und *ders.*, ZRP 2006, 161, gegen *Rüthers*, These von der Richteroligarchie. Dazu *Steiner*, in: Festschr. f. Günter Hirsch, 2008, S. 611 ff. Eine hervorragende Übersicht bieten *Staudinger/Coing/Honsell* (o. Fußn. 7), Einl. Rdnrn. 200 ff. Luzide, indes selten herangezogen: *Schmitt*, Gesetz und Urteil, 2. Aufl. (1969), insbes. S. 91 ff.; *Flume*, Richter und Recht, Schlussvortrag zum 46. DJT 1966 (1967), K 5 ff.; *Hans Joachim Hirsch*, JR 1966, 334.

33) Zur Freirechtsschule *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. (1991), S. 59 ff. (in der Studienausgabe nicht enthalten!), dort Fußn. 67 Nachw. zum Werk von *Ernst Fuchs*.

34) Instruktiv *Bihler*, Rechtsgefühl, System und Wertung, 1979. Das betont richtig *Günter Hirsch* (o. Fußn. 32), S. 20.