

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 163

Die Vertragsstrafe

Ein unerkanntes Mittel privater Genugtuung

Von

Claus Hess



Duncker & Humblot · Berlin

***Claus Hess* · Die Vertragsstrafe**

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 163

Die Vertragsstrafe

Ein unerkanntes Mittel privater Genugtuung

Von

Claus Hess



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Hess, Claus:

Die Vertragsstrafe : ein unerkanntes Mittel

privater Genugtuung / von Claus Hess. –

Berlin : Duncker und Humblot, 1993

(Schriften zum bürgerlichen Recht ; Bd. 163)

Zugl.: Kiel, Univ., Diss., 1992

ISBN 3-428-07842-X

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1993 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fotoprint: Werner Hildebrand, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0720-7387

ISBN 3-428-07842-X

Vorwort

Die vorliegende Schrift wurde im Wintersemester 1992/93 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel als Dissertation angenommen.

Meinem verehrten akademischen Lehrer, Herrn Prof. Dr. Horst-Eberhard Henke, möchte ich an dieser Stelle zum einen für seine engagierte und stets ermutigende Förderung und Begleitung der Arbeit danken. Zum anderen möchte ich ihm meinen Dank dafür aussprechen, daß er es in unzähligen während meiner zweijährigen Assistenz an seinem Lehrstuhl geführten Gesprächen verstanden hat, meinen Blick dafür zu schärfen, daß das Verständnis des Rechts neben aller notwendigen Technik auch und vor allem eine stete Einbeziehung der philosophischen und soziologischen Bezüge des Faches erfordert.

Zu Dank bin ich auch Herrn Prof. Dr. Dieter Reuter verpflichtet, der es trotz hoher Arbeitsbelastung übernommen hat, die Dissertation als Zweitgutachter zu betreuen.

Kiel, im Frühjahr 1993

Claus Hess

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	13
A. Über die Notwendigkeit, den Begriff "Vertragsstrafe" herauszuarbeiten	13
I. Die besonderen Schuldnerschutzvorschriften des Vertragsstrafenrechts	13
II. Die praktischen Schwierigkeiten bei der Bestimmung des Vertragsstrafencharakters einer Abrede - dargestellt am Beispiel des § 550 a BGB	16
B. Die fehlende gesetzliche Begriffsbestimmung der Vertragsstrafe	19
I. Das Schweigen der jüngeren Gesetze	20
II. Die Umschreibung in den §§ 339 ff. BGB	20
C. Der Vertragsstrafenbegriff des historischen Gesetzgebers	22
D. Derzeitiger Forschungsstand und Gang der Untersuchung	27
 <i>Erster Teil</i>	
Die Vertragsstrafe als Steuerungsmittel des Gläubigers	30
A. "Echte" und "unechte" Vertragsstrafe - eine berechtigte Unterscheidung?	30
I. Die sog. "echte" Vertragsstrafe	30
II. Die sog. "unechte" Vertragsstrafe	31
B. Die Ausgrenzung von Abredetypen im Wege einer Subtraktionsmethode	35
I. Die konditionale Struktur des Strafversprechens	35
1. Vertragsstrafe und Garantiezusage	35
2. Vertragsstrafe und vergleichsähnliche Absprachen	37

II. Vertragsstrafe und Erleichterung der Vertragsaufsage	38
1. Vertragsstrafe und Reugeld i.S.d. § 359 BGB	38
2. Befreiung des Schuldners durch Entrichtung der "Strafe"	45
3. Untergang des Erfüllungsanspruchs mit Verwirkung der "Strafe"	48
4. Vertragsstrafe und einverständliche Vertragsaufhebung	57
5. Lösungsabsprachen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen	60
III. Das Gewicht des in Aussicht gestellten Nachteils	66
C. Zusammenfassung	70

Zweiter Teil

Der pauschalierte Schadensersatz - Entstehungsgeschichte und Begriff

A. Die Herausbildung der Rechtsfigur "pauschalierter Schadensersatz" durch Kautelarpraxis, Rechtsprechung und Gesetzgebung	73
I. Das Aufkommen von Schadensersatzabreden in der Kautelarpraxis - dargestellt am Beispiel von Zahlungsverzugs- und Nichtabnahmeklauseln	74
1. Allgemeine Geschäftsbedingungen in den zwanziger und dreißiger Jahren	74
2. Der Siegeszug von Schadensersatzabreden nach Ende des Zweiten Weltkriegs	76
II. Die Reaktion der Rechtsprechung	78
1. Die - unausgesprochene - Differenzierung des Reichsgerichts	78
2. Die Behandlung von Nichtabnahmeklauseln durch die Instanzgerichte	79
3. Die Ausformung der Figur "pauschalierter Schadensersatz" durch die höchstrichterliche Rechtsprechung	80
III. Der Einzug des pauschalierten Schadensersatzes in die lex scripta	87
IV. Die Eigenständigkeit des pauschalierten Schadensersatzes - eine überholte Fragestellung?	89

B. Der pauschalierte Schadensersatz - ein Begriff mit vielen Facetten	92
I. Die konstitutiven Merkmale der Schadenspauschalierung	93
1. Schadenspauschalierung als in der Abrede fixierte Leistungspflicht des Schuldners	94
2. Vertragswidriges Schuldnerverhalten als Anknüpfungspunkt der Schadenspauschalierung	95
3. Die Struktur der Pauschalierungsabrede	110
II. Voraussetzungen und Umfang der Ersatzpflicht des Schuldners	112
1. Vom Gläubiger zu beweisender Schadenseintritt als Voraussetzung der Ersatzpflicht	112
2. Die Auswirkungen des tatsächlichen Schadensverlaufs auf die Leistungspflicht des Schuldners	113
III. Schadenspauschalierung und Ersatzfähigkeit des Schadens	117
1. Die Einbeziehung von Nichtvermögensschäden in die Pauschale	118
2. Die Einbeziehung nicht ersatzfähiger Vermögensschäden in die Pauschale	120
IV. Schadenspauschalierung und haftungsbegründender Tatbestand	122

Dritter Teil

**Der pauschalierte Schadensersatz -
Vertragsstrafe oder eigenständiges Rechtsinstitut?** 125

A. Der Aspekt des Schuldnerschutzes - ein brauchbarer Ausgangspunkt der Diskussion?	125
B. Die Gegenüberstellung von "monofunktionaler" Schadenspauschalierung und "bifunktionaler" Vertragsstrafe - ein unzulänglicher Differenzierungsansatz	132
I. Die gesetzlich angeordnete Schadensersatzpflicht - ein Instrument der Erfüllungssicherung?	134
1. Die psychologische Wirkung der drohenden Schadensersatzpflicht	135

2. Abschreckung als mittelbare Wirkung oder (Sekundär-)Funktion der Schadensersatzpflicht?	136
II. Erfüllungssicherung als Zweck der Schadenspauschalierung	137
C. Erfüllungszwang und Struktur des Leistungsversprechens	139
I. Die Vertragsstrafe: Verwirkungsvoraussetzungen und richterliche Herabsetzbarkeit nach Verfall der Strafe	140
1. Die Verwirkungsvoraussetzungen der Vertragsstrafe	141
2. Die Herabsetzbarkeit der verwirkten Vertragsstrafe nach § 343 BGB	143
II. Erfüllungszwang und Struktur der Schadenspauschalierungsmethode	149
III. Die Schadenspauschalierung mit Gegenbeweismöglichkeit des Schuldners - nur eine atypische Vertragsstrafe?	151
IV. Die Gegenbeweismöglichkeit des Schuldners - zur praktischen Handhabung des Unterscheidungsmerkmals	154
1. Die Prüfungsschritte	154
2. Auslegungsmaßstäbe zur Feststellung der Gegenbeweismöglichkeit	155
V. Die Schadenspauschalierung ohne Gegenbeweismöglichkeit - stets eine Vertragsstrafe? - Über die Grenzen des unterscheidenden Ansatzes -	159

Vierter Teil

Die Vertragsstrafe - Mittel zur Erfüllungssicherung und zugleich ein Instrument zur Vereinfachung des Schadensausgleichs oder zur Verfolgung privater Strafzwecke?	162
A. Der erleichterte Schadensausgleich - keine notwendige Funktion der Vertragsstrafe, wohl aber des pauschalierten Schadensersatzes	162
I. Der pauschalierte Schadensersatz als bifunktionales Rechtsinstitut	163
II. Vertragsstrafe und Strafverfall an Dritte	163
III. Vertragsstrafe und fehlende Schadenserwartung	166
IV. Vertragsstrafe und fehlende Vorausschätzbarkeit des Schadens	167

V. Pauschalierter Schadensersatz als Vorabfixierung der erwarteten Einbußen, Vertragsstrafe als beabsichtigte Zusatzsanktion?	170
VI. Vertragsstrafe und immaterielle Einbußen - eine Präzisierung des Begriffs "Zusatzsanktion"	173
B. Die Zusatzsanktionsmöglichkeit - eine der Rechtfertigung bedürftige Erscheinung ...	176
I. Rechtfertigung der Zusatzsanktionsmöglichkeit durch den Institutszweck der Erfüllungssicherung	177
II. Erfüllungssicherung als ausschließliche Rechtfertigung der Zusatzsanktionsmöglichkeit?	179
C. Die Vertragsstrafe - eine (Privat-)Strafe?	181
I. Die Strafe - ein schwer faßbarer Begriff	182
1. Strafe als Übelzufügung in Reaktion auf ein Fehlverhalten des zu Bestrafenden - eine Begriffsbestimmung ohne ausreichende Trennschärfe	183
2. Strafe als ausschließlich staatliche Sanktion - eine rechtshistorisch nicht zu rechtfertigende Begriffsverengung	184
II. Vertragsstrafe und Kriminalstrafe - nicht zu vergleichende Erscheinungen?	188
1. Vergeltung, Sühne, sozialetische Mißbilligung - Kennzeichen der Kriminalstrafe, nicht aber der Vertragsstrafe	189
2. Spezial- und Generalprävention - nicht nur Aufgabe der Kriminalstrafe, sondern auch zweite Rechtfertigung der Zusatzsanktionsmöglichkeit	193
3. Die Vertragsstrafe - im Ergebnis keine der öffentlichen Strafe vergleichbare Erscheinung	197
III. Die Übertragbarkeit der die öffentliche Strafe kennzeichnenden Merkmale auf das Privatrecht - eine Gegenüberstellung von Kriminal-, Vereins- und Vertragsstrafe	198
D. Die Vertragsstrafe als Privatgenugtuung - über die mehr gefühlsmäßig als rational faßbare Seite des Instituts	204
I. Genugtuung oder Satisfaktion - eine in der älteren Literatur angedeutete Funktion der Vertragsstrafe	206
II. Die Genugtuung - ein von der Strafe einerseits und dem Ersatz immateriellen Schadens andererseits abzugrenzender Sanktionszweck?	208

1. Genugtuung und Strafe	209
2. Genugtuung und Ersatz immateriellen Schadens - die im Deliktsrecht geübte Unterscheidung	210
III. Die Berechtigung des Genugtuungsgedankens im Vertragsrecht	213
1. Die psychologischen Wirkungen des Vertragsbruchs	213
2. Das Verlangen nach Genugtuung - eine von der Rechtsordnung unterdrückte Gefühlsregung des Gläubigers?	216
3. Das Verlangen nach Genugtuung - eine nur bei frivolem Vertragsbruch zu berücksichtigende Gefühlsregung?	219
IV. Die Genugtuungsfunktion der Vertragsstrafe - ein Schlüssel zum besseren Verständnis des Vertragsstrafenrechts	222
1. Genugtuung und richterliche Herabsetzungsmöglichkeit	222
2. Genugtuung und Vertragsstrafenverbote	225
3. Genugtuung und Vorbehaltserfordernis (§ 341 III BGB)	228
E. Pauschalierter Schadensersatz als Vorabfixierung der erwarteten Einbußen, Vertragsstrafe als beabsichtigte Zusatzsanktion - eine berechnete Unterscheidung	232
F. Die Vertragsstrafe - Zusatzsanktion und zugleich Mittel des erleichterten Schadensausgleichs?	233
G. Vertragsstrafe und pauschalierter Schadensersatz in praktischer Abgrenzung	238

Fünfter Teil

Begriffliche Arbeit	243
----------------------------	-----

Literaturverzeichnis	246
-----------------------------------	-----

Einleitung

A. Über die Notwendigkeit, den Begriff "Vertragsstrafe" herauszuarbeiten

Die vorliegende Untersuchung widmet sich dem Rechtsinstitut¹ der Vertragsstrafe. Ihr Anliegen besteht darin, die das Institut prägenden Merkmale herauszuarbeiten. Eine solche Aufgabenstellung muß überraschen, zählt die Vertragsstrafe doch gewiß nicht zu den Instituten, um die sich aktuell ausgelegene grundsätzliche Streitfragen ranken. Der hier gewählte Ansatz verspricht auf den ersten Blick auch deshalb wenig neue Erkenntnisse, weil die Merkmale einer Vertragsstrafe bereits eine umfassende monographische Untersuchung erfahren haben.² Der Eindruck, sich mit der aufgeworfenen Fragestellung in einem wenig problemträchtigen Bereich zu bewegen, verflüchtigt sich indes, wenn man sich der Vertragsstrafe nicht von der Seite der Dogmatik, sondern der Rechtsprechungspraxis her nähert. Schwierigkeiten bereitet den Gerichten aller Instanzen zwar nicht die Begriffsbestimmung der Vertragsstrafe, wohl aber die Beantwortung der Frage, ob es sich bei einem so oder anders bezeichneten Leistungsversprechen der Sache nach um eine Vertragsstrafe handelt.

I. Die besonderen Schuldnerschutzvorschriften des Vertragsstrafenrechts

Der Feststellung des Vertragsstrafencharakters einer Abrede kommt deshalb eine große praktische Bedeutung zu, weil das Vertragsstrafenrecht eine Reihe spezieller Schuldnerschutzvorschriften kennt.³

¹ Den Begriff des Rechtsinstituts als einer rechtlich geregelten Einrichtung stellt *Medicus*, Allgemeiner Teil, RdNr. 60 heraus.

² Zu nennen sind hier insbesondere die 1972 von *Walter F. Lindacher* unter dem Titel "Vertragsstrafe, Schadensersatzpauschalierung und schlichter Schadensbeweisvertrag" vorgelegte Habilitationsschrift sowie die im Jahre 1982 unter dem Titel "Vertragsstrafe und vertragliche Schadenspauschalierung" veröffentlichte Dissertation von *Detlev Fischer*.

³ *Medicus*, Schuldrecht I, § 39 II (S. 207) bezeichnet den Schuldnerschutz mit Recht als wichtigste Aufgabe des Vertragsstrafenrechts; ihm zustimmend *Soergel/Lindacher*, Vor § 339 RdNr. 11.

Zum einen sind in diesem Zusammenhang Vorschriften zu nennen, die auf bestimmten Gebieten sowohl individual- als auch formularvertraglichen Strafversprechen jegliche Wirksamkeit versagen. Neben den in der Gerichtspraxis, gemessen an der Zahl veröffentlichter Entscheidungen, weniger bedeutsamen Regelungen⁴ des § 5 II Nr. 2 BBiG⁵, der die Nichtigkeit von Vertragsstrafenversprechen in Berufsausbildungsverhältnissen bestimmt, sowie des § 2 V Nr. 1 FernUSG⁶, der Vertragsstrafenversprechen zu Lasten des Teilnehmers am Fernunterricht für unwirksam erklärt, ist hier insbesondere die Schranke des § 550 a BGB zu erwähnen, wonach Vereinbarungen, durch die sich der Vermieter von Wohnraum vom Mieter eine Vertragsstrafe versprechen läßt, unwirksam sind.⁷

Abreden, die dem Wohnraummieter eine Zahlungspflicht für den Fall der Nicht- bzw. nicht gehörigen Erfüllung einer Verbindlichkeit (vergl. § 339 S. 1 Hs. 1 BGB) oder der Vornahme bzw. Unterlassung einer Handlung (vergl. § 343 II BGB) auferlegen, werden den Begriff "Vertragsstrafe" möglichst zu vermeiden suchen, um sich nicht von vornherein dem Vorwurf der Unwirksamkeit nach § 550 a BGB auszusetzen.

Als wohl bekannteste Schuldnerschutzvorschrift ist zum anderen § 343 BGB zu nennen; eine Norm, die die richterliche Herabsetzung unverhältnismäßig hoher Vertragsstrafen ermöglicht.⁸ Läßt sich der Vertragsstrafencharakter einer Abrede bejahen, so erlaubt dies dem Richter, auf Antrag des Schuldners gestaltend in den Vertrag einzugreifen.⁹

Während sich bei den §§ 550 a, 343 BGB lediglich die Frage stellt, ob eine Abrede als Vertragsstrafe zu bewerten und damit die einzig in Betracht kommende Schuldnerschutzvorschrift zur Anwendung zu bringen ist, sind bei einer in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltenen Klausel zusätzliche Überlegungen anzustellen. Ein an eine Störung in der Vertragsabwicklung anknüpfendes Leistungsversprechen ist hier nämlich unterschiedlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen unterworfen, je nachdem ob es sich um eine an § 10

⁴ Das Verbot einer Vertragsstrafe mit dem Ziel, die Eheschließung wenigstens mittelbar zu erzwingen (§ 1297 II BGB), wird hier als anachronistisch nur noch anmerkungsweise verzeichnet.

⁵ Berufsbildungsgesetz vom 14.8.1969, BGBl. I, S. 1112.

⁶ Gesetz zum Schutz der Teilnehmer am Fernunterricht vom 24.8.1976, BGBl. I, S. 2525.

⁷ Beachte im Zusammenhang mit der Wohnraummiete auch § 4 WoVermittG, wonach Vertragsstrafen wegen Nichterfüllung der Vertragspflichten nur innerhalb bestimmter Höchstgrenzen (10 v.H. des erfolgsabhängigen Entgelts, höchstens jedoch 50 DM) wirksam vereinbart werden können.

⁸ Zu beachten ist, daß § 343 BGB gemäß § 348 HGB auf von einem (Voll-)Kaufmann im Bereich seines Handelsgewerbes versprochenen Vertragsstrafen keine Anwendung findet.

⁹ Die Herabsetzung unverhältnismäßig hoher Strafen auf Antrag des Schuldners - also nicht von Amts wegen - wird durch Gestaltungsurteil ausgesprochen, man lese RGRK-*Ballhaus*, § 343 RdNr. 2; MünchKomm-*Söllner*, § 343 RdNr. 1.

Nr. 7 AGBG zu messende Nutzungs- oder Aufwendungspauschale, um eine an § 11 Nr. 5 AGBG zu messende Schadenspauschale oder aber um eine nach § 11 Nr. 6 AGBG zu beurteilende Vertragsstrafe handelt. Immer wieder betonte¹⁰ Schwierigkeiten bereitet in diesem Zusammenhang insbesondere die Abgrenzung zwischen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen weithin unzulässigen Vertragsstrafenversprechen¹¹ und der grundsätzlich zulässigen¹² Schadenspauschalierung. Während sich für einen Teil der Literatur das Abgrenzungsproblem im Bereich der §§ 550 a, 343 BGB nicht stellt, da die genannten Schuldnerschutzvorschriften im Wege der Analogie auf Schadenspauschalierungen ausgedehnt werden, machen die im AGB-Gesetz normierten unterschiedlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen eine exakte Unterscheidung erforderlich. Da sich der Bundesgerichtshof gegen eine entsprechende Anwendung des § 343 BGB auf Schadenspauschalierungen ausgesprochen hat¹³, besitzt die Abgrenzungsfrage aber auch in diesem Bereich nach wie vor nicht nur eine dogmatische, sondern ebenso eine praktische Bedeutung. Letzteres muß auch für die Wohnraummiete gelten, da sich die eine analoge Anwendung des § 550 a BGB befürwortenden¹⁴ und die eine Analogie ablehnenden Stimmen¹⁵ seit Schaffung der Vorschrift¹⁶ ohne greifbaren Erkenntnisfortschritt gegenüberstehen, und der schlichte Hinweis auf den sozialen Schutzzweck der Norm, der die Einbeziehung von Schadenspauschalen gebietet¹⁷, auch in Zukunft kaum auf breiten Konsens hoffen darf. Bei der Herausarbeitung der die Vertragsstrafe prägenden Merkmale wird daher besondere Beachtung der Fra-

¹⁰ So etwa von MünchKomm-Kötz, § 11 Nr. 5 AGBG RdNr. 34; *Frank/Werner*, DB 1977, S. 2172; *Baril*, NJW 1978, S. 731.

¹¹ § 11 Nr. 6 AGBG enthält ein generelles Vertragsstrafenverbot für die in den Fällen typischerweise auftretenden Leistungsstörungen, in denen der Kunde die Geldleistung zu erbringen hat, siehe hierzu MünchKomm-Kötz, § 11 Nr. 6 AGBG RdNr. 51 f. Von der Vorschrift nicht erfaßte Vertragsstrafenversprechen unterliegen der Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG, siehe hierzu (m.w.N.) MünchKomm-Kötz, § 11 Nr. 6 AGBG RdNr. 53-55.

¹² § 11 Nr. 5 AGBG läßt formularvertragliche Schadenspauschalierungen zu, sofern die Pauschale dem nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden entspricht, und der Schuldner zudem die Möglichkeit besitzt, sich durch den Nachweis eines fehlenden bzw. wesentlichen niedrigeren Schadens von der Pauschale zu befreien.

¹³ BGH NJW 1970, 29 (32). Zugunsten einer analogen Anwendung des § 343 BGB sprechen sich demgegenüber *Palandt/Heinrichs*, § 343 RdNr. 2 in Verbindung mit § 276 RdNr. 55; *Soergel/Lindacher*, Vor § 339 RdNr. 27; *Staudinger/Kaduk*, § 343 RdNr. 13 sowie - beschränkt auf den Fall eines eklatanten Mißverhältnisses zwischen Schaden und Pauschale - *Bötticher*, ZfA 1970, S. 37 aus.

¹⁴ So *Sternel*, Mietrecht, RdNr. III 289; *Hans*, § 550 a Anm. 3; *Soergel/Kummer*, § 550 a RdNr. 4. Siehe weiterhin auch *Emmerich* in: *Emmerich/Sonnenschein*, § 550 a BGB RdNr. 2 sowie *Blank*, WuM 1985, S. 275, denenzufolge zumindest solche Schadenspauschalierungen unter § 550 a BGB fallen, die denselben Zweck und dieselbe Wirkung wie ein Vertragsstrafenversprechen haben.

¹⁵ So *Graf von Westphalen*, DB 1984, Beilage 8, S. 7; *Palandt/Putzo*, § 550 a RdNr. 1; *Erman/Schopp*, § 550 a RdNr. 3.

¹⁶ § 550 a BGB wurde durch ein Gesetz zur Änderung mietrechtlicher Vorschriften vom 14.7.1964 (BGBl. I, S. 457) in das Bürgerliche Gesetzbuch eingefügt.

¹⁷ *Emmerich* in: *Emmerich/Sonnenschein*, § 550 a BGB RdNr. 2.