
Datum: 19.05.2005
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 U 23/05
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2005:0519.4U23.05.00

Vorinstanz: Landgericht Bielefeld, 11 O 21/04

Tenor:

Die Berufung des Beklagten gegen das am 10. Dezember 2004 verkündete Urteil der II. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Bielefeld wird zurückgewiesen.

Der Beklagte trägt die Kosten der Berufung.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe:

I.

Die Klägerin bot 1985 in einer Zeitungsanzeige eine Doppelhaushälfte an, zu der eine Garage gehörte. Dort war nicht der Endpreis, sondern es waren nur die Preisbestandteile – Preis der Doppelhaushälfte und der Garage – angegeben. Durch Schreiben vom 16. Juni 1985 forderte der Beklagte die Klägerin auf, binnen einer Frist bis zum 23. Juli 1985 eine strafbewehrte Unterwerfungserklärung abzugeben. Wegen des Inhalts dieser Erklärung wird auf Bl. 10 der Akten Bezug genommen. Dieser Forderung kam die Klägerin mit Schreiben vom 14. August 1985 nach.

Mit Schreiben vom 25. Februar 2004 forderte der Beklagte die Klägerin zur Zahlung einer Vertragsstrafe von 10.737,13 € (7 x 3.000,00 DM) auf.

1

2

3

4

5

Dagegen hat sich die Klägerin mit einer negativen Feststellungsklage gewandt.	
Auf die Widerklage des Beklagten über 15.338,76 € für 10 vermeintliche Verstöße aus der Zeit von Ende Januar bis Mitte Februar 2004 haben die Parteien das Feststellungsverfahren übereinstimmend in der Hauptsache für erledigt erklärt.	6
Mit Schriftsatz vom 30. April 2004 kündigte die Klägerin "vorsorglich" den Unterlassungsvertrag.	7
Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und gemeint, der Beklagte könne die Vertragsstrafe nicht verlangen, da er zur Zeit der vermeintlichen Verletzungshandlungen nicht mehr als Makler tätig gewesen sei. Sein Zahlungsverlangen stelle sich daher als unzulässige Rechtsausübung dar.	8
Der Beklagte verfolgt mit seiner Berufung sein Zahlungsverlangen weiter.	9
Die Klägerin hat mit ihrer Berufungserwiderung "vorsorglich" auch die Anfechtung ihrer unter dem 14. August 1985 abgegebenen Unterlassungserklärung erklärt.	10
Im Senatstermin hat der Beklagte erklärt, es sei richtig, dass in seinem Schaufenster keine aktuellen Angebote zu finden seien. Grund dafür sei auch, dass er nicht auf mögliche Geschäfte hinweisen wolle.	11
II.	12
Die Berufung des Beklagten ist unbegründet.	13
Im Ergebnis zu Recht ist das Landgericht davon ausgegangen, dass zwischen den Parteien ein Unterwerfungsvertrag zu Stande gekommen ist. Der Beklagte hat die gem. § 150 Abs. 1 BGB als neuer Antrag der Klägerin zu wertende Unterlassungserklärung vom 14. August 1985 – diese hatte das bis zum 23. Juli 1985 befristete Angebot des Beklagten nicht rechtzeitig angenommen – rechtzeitig stillschweigend angenommen. Eine rechtzeitige ausdrückliche Annahme des Antrags kann in dem Vertragstrafeverlangen vom 26. August 1985 nicht gesehen werden, da bei einem Zeitablauf von 12 Tagen die Rechtzeitigkeit nicht mehr gegeben ist. Es ist aber von einer stillschweigenden Annahme auszugehen. Zum einen entsprach die Annahme der unverändert abgegebenen Unterwerfungserklärung dem Interesse des Beklagten. Zum anderen wurde sein Annahmewille dadurch deutlich, dass er das Werbeverhalten der Klägerin weiter beobachtete und dabei einen vermeintlichen Verstoß in der Lippischen Landeszeitung vom 17. August 1985 feststellte.	14
Gleichwohl kann der Beklagte die Vertragsstrafe nicht mit Erfolg geltend machen	15
(§ 339 S. 2 BGB in Verbindung mit der Vereinbarung gemäß dem Inhalt der Erklärung vom 14. August 1985, § 242 BGB).	16
Allerdings verhilft die vorsorglich erklärte Kündigung vom 30. April 2004 der Klägerin nicht zu dem angestrebten Erfolg, da dadurch das Vertragsverhältnis allenfalls mit Wirkung ex nunc, also nach den vermeintlichen Verletzungshandlungen, beendet ist.	17
Auch die vorsorglich erklärte Anfechtung des Unterwerfungsvertrages wegen arglistiger Täuschung gem. § 123 BGB läßt den Vertragsstrafeanspruch nach dem Vorbringen der Klägerin nicht entfallen. Soweit danach der Beklagte damals eine Wettbewerberstellung vorgespiegelt haben soll, um sich damit Vertragsstrafen zu sichern, fehlt es an ausreichenden	18

Darlegungen dazu. Die Klägerin hat nicht dargetan, dass der Beklagte bereits 1985 nicht als Makler tätig gewesen ist. Sie hat lediglich auf Erkenntnisse über ein vermeintliches Geschäftsgebaren des Beklagten aus dem Jahre 1994 hingewiesen.	
Dem Beklagten ist es aber unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben gem.	19
§ 242 BGB verwehrt, die Vertragsstrafe zu beanspruchen, so dass nicht der Frage nachzugehen ist, ob die Klägerin mit den beanstandeten Anzeigen gegen ihre Unterwerfungsverpflichtung verstoßen hat.	20
Der Wegfall der Bindungswirkung ist dann zu bejahen, wenn dem Beklagten der durch die Unterwerfungserklärung gesicherte Anspruch eindeutig nicht mehr zusteht (vgl. BGH GRUR 2001, 85 ff., 86 – Altunterwerfung IV m. w. N.). Es ist mit der Funktion der Unterwerfungserklärung als ein in seinen Wirkungen dem gerichtlichen Unterlassungstitel angenähertes Instrument nicht in Einklang zu bringen, wenn der seines gesetzlichen Unterlassungsanspruchs eindeutig beraubte Gläubiger für vor der Zeit der Kündigung liegende Verstöße noch Vertragsstrafe beanspruchen könnte.	21
Die demnach erforderliche Sachbefugnis des Beklagten als Voraussetzung dafür, im Januar und Februar 2004 gesetzliche Unterlassungsansprüche geltend machen zu können, hat damals nicht bestanden.	22
Der Beklagte hat in jener Zeit das Gewerbe eines Immobilienmaklers tatsächlich nicht mehr ausgeübt.	23
Für den Nachweis, die Tätigkeit als Immobilienmaklers auszuüben, reicht es nicht aus, im Besitz einer Gewerbeerlaubnis zu sein und gelegentlich Anzeigen aufzugeben, sondern die Tätigkeit muß auf eine gewisse Dauer angelegt sein und mit einem gewissen Nachdruck betrieben werden (vgl. OLG München, Beschluss vom 01. Oktober 1984 – 6 W 2530/84 – S. 5).	24
Ebenso wenig ist der Nachweis dadurch geführt, dass der Beklagte weiterhin sein Büro unterhält, zumal dort nach seinem eigenen Bekunden im Schaufenster keine aktuellen Angebote zu finden sind. Soweit der Beklagte dazu erklärt hat, das geschehe gleichsam aus Gründen der Geheimhaltung der Geschäfte, ist das nicht mit seinen Zeitungsanzeigen in Einklang zu bringen, in denen er zum Teil unter Angabe der Adresse das Objekt beworben hat (vgl. Bl. 44 d. A.).	25
Auch Telefonrechnungen, Zahlungen von Mitgliedsbeiträgen und Versicherungen lassen nicht den erforderlichen sicheren Schluss auf eine tatsächliche Tätigkeit als Immobilienmakler zu.	26
Letztendlich ist entscheidend, dass der Beklagte eine tatsächliche Maklertätigkeit in nennenswertem Umfang nicht dargetan hat. Dazu reichen weder die Verträge vom 18. Mai 2002, 15. und 18. Mai 2003 und – aus der Zeit nach den vermeintlichen Verstößen – vom 01. Juli 2000 noch die Rechnung vom 03. November 2003 aus. Aus den Schreiben an die "X" und die "X2" vom 03. Juni 2004 und aus den Anzeigen vom 01. und 09. Oktober 2003 läßt sich nichts Gegenteiliges für den Beklagten herleiten, da sie ersichtlich Einzelercheinungen geblieben sind. Dafür, dass es sich in der fraglichen Zeit lediglich um ein zeitlich begrenztes Einstellen der Tätigkeit gehandelt haben sollte, liegen keine Anhaltspunkte vor.	27
Die Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.	28

