

# Thüringer Oberlandesgericht

Urteil vom 21.03.2012, 2 U 602/11

## Leitsatz

1. Bei einer vorformulierten strafbewehrten Unterlassungserklärung kann es sich um allgemeine Geschäftsbedingungen des Unterlassungsgläubigers handeln.

2. Eine unangemessene Benachteiligung im Sinne von § 307 Abs. 1 BGB liegt vor, wenn die in allgemeinen Geschäftsbedingungen geforderte Vertragsstrafe unter Berücksichtigung der maßgeblichen Faktoren (Schwere und Ausmaß der Zuwiderhandlung, Gefährlichkeit, Verschulden, Pauschalierung des zu erwartenden Schadens) ohne jegliche Differenzierung außergewöhnlich hoch ist.

## Tenor

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Erfurt vom 21.07.2011, Az. 3 O 1738/10, abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten des Rechtsstreits insgesamt zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Kläger kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

## Gründe

I.

Der Kläger macht gegenüber der Beklagten einen Anspruch auf Zahlung einer Vertragsstrafe geltend. Die Beklagte firmierte unter der Bezeichnung „Eigentum H “ mit Sitz in W . Sie wurde wegen der Verwendung des Bestandteils „H “ in ihrer Firmenbezeichnung vom Kläger abgemahnt (Anlage K 1) und gab daraufhin die der Abmahnung beigefügte Unterlassungserklärung ab (Anlage K 3). Die Beklagte firmierte in der Folgezeit im Einverständnis des Klägers um in „Eigentum H “. Der Kläger recherchierte später, dass die Beklagte unter ihrer alten Firma noch in öffentlichen Fernsprech- bzw. Branchenregistern im Internet aufzufinden war. Er machte daraufhin eine Vertragsstrafe von € 50.000,00 geltend, von denen er im hiesigen gerichtlichen Verfahren € 25.000,00 einklagt.

Der Kläger hat geltend gemacht, die Vertragsstrafevereinbarung sei wirksam und die Vertragsstrafe durch schuldhaftes Handeln verwirkt.

Die Beklagte hat vorgetragen, die Vertragsstrafenvereinbarung sei unwirksam. Außerdem habe sie solche Einträge nie aktiv veranlasst. Entsprechende Daten seien aus anderen öffentlichen Verzeichnissen ohne ihr Zutun übernommen worden. Daher fehle es am erforderlichen Verschulden. Zudem sei die geltend gemachte Vertragsstrafe überhöht.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes erster Instanz wird gem. § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf den Tatbestand des landgerichtlichen Urteils Bezug genommen. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Hiergegen richtet sich die Berufung der Beklagten.

Die Beklagte wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen.

Sie beantragt,

unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er verteidigt die angefochtene Entscheidung.

II.

Die zulässige Berufung ist begründet, weil dem Kläger kein Anspruch auf eine Vertragsstrafe (§ 339 Satz 2 BGB) zusteht.

1. Die zwischen den Parteien geschlossene Vertragsstrafevereinbarung ist nach dem auch im kaufmännischen Verkehr anwendbaren § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam. §§ 305 ff. BGB sind auch auf Unterlassungsverträge mit Vertragsstrafeversprechen anwendbar (BGH WRP 1993, 240 – Fortsetzungszusammenhang).

Bei der Vereinbarung, die Grundlage des geltend gemachten Vertragsstrafeanspruchs ist, handelt es sich um eine allgemeine Geschäftsbedingung des Klägers.

Die Unterlassungserklärung ist vom Kläger vorformuliert worden. Sie ist auch von diesem gestellt worden und inhaltlich nicht etwa zur individuell aushandelbaren Disposition der Beklagten gestellt worden. Dies ergibt sich bereits aus der Abmahnung des Klägers, die der Abgabe der Unterlassungserklärung vorausging. Dort führt der Kläger aus: „Wir fordern Sie auf, die anliegende Unterlassungserklärung bis spätestens 23.02.2006 vollständig unterzeichnet zurückzusenden. (...) Wir weisen darauf hin, dass nur die Abgabe der beigefügten Erklärung die Wiederholungsgefahr beseitigt (...)“. Damit hat der Kläger, ohne Raum für eine andere Beurteilung und ohne, dass die Beklagte diese Forderung hinterfragen musste, zu erkennen gegeben, dass er eine andere Unterlassungserklärung, insbesondere auch eine niedrigere als die vorformulierte Vertragsstrafe nicht akzeptiert und nicht für ausreichend erachtet.

Die Unterlassungserklärung ist auch ganz offensichtlich für eine Vielzahl von Fällen vorformuliert. Dies ergibt sich, abgesehen von dem zugunsten der Beklagten anwendbaren Anscheinsbeweis (Palandt/Grüneberg § 305 BGB Rn. 22) bereits daraus, dass die Unterlassungserklärung jedenfalls auch für die Fälle vorformuliert worden war, in denen Dritte die Wort-/Bildmarke des Klägers benutzt haben (so auch BGH NJW 2009, 3717, 3718). Die Unterlassungserklärung ist also keinesfalls auf den individuellen Verletzungsfall durch die Beklagte zugeschnitten gewesen.

Handelt es sich also bei der Vertragsstrafenvereinbarung um allgemeine Geschäftsbedingungen des Klägers im Sinne von §§ 305 ff. BGB, dann findet eine Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB statt. Die Beklagte darf durch die Vertragsstrafenvereinbarung nicht unangemessen benachteiligt werden.

Eine unangemessene Benachteiligung liegt vor, weil die Klausel ohne Differenzierung nach Art, Umfang, Schwere und Grad des Verschuldens des

konkreten Verstoßes eine Vertragsstrafe in einer erheblichen und so auch nicht üblichen Höhe vorsieht (vgl. OLG Hamburg Magazindienst 2000, 23).

Die Vertragsstrafeklausel weist keinerlei Differenzierung auf. Sie sollte nach Auffassung des Klägers, wie der vorliegende Fall zeigt, nicht nur dann verwirkt sein, wenn die Beklagte ihre Firma beibehält, sondern auch dann, wenn lediglich die rechtsverletzenden Firmenbestandteile noch irgendwo im Internet (z. B. in öffentlichen Verzeichnissen) auftauchen. Dabei ist in der Klausel auch vorgesehen, dass eine Vertragsstrafe „für jeden Fall der Zuwiderhandlung“ zu zahlen ist. Es kann der Klausel nicht entnommen werden, inwieweit der Kläger beabsichtigt hatte, geringfügige Verstöße oder nur aufgrund leichter Fahrlässigkeit begangene Verstöße zusammenzufassen. Eine Formulierung der Klausel, die eine Differenzierung nach Art und Schwere von Verstößen möglich macht, wäre dem Kläger unter Berücksichtigung allgemeiner Gepflogenheiten (z.B. neuer Hamburger Brauch) auch ohne weiteres möglich gewesen. Aufgrund von leichter Fahrlässigkeit begangene Verstöße sind vorliegend durchaus denkbar und voraussehbar gewesen, wie gerade auch der vorliegende Fall zeigt. Denn es ist gerichtsbekannt nicht leicht zu durchschauen, wie der Adresshandel im Internet gerade bei Fernsprech- und Branchenverzeichnissen abläuft, so dass sichere Kenntnis über die Verwendung von Daten durch Dritte nicht bestehen kann.

Die Vertragsstrafe ist mit € 25.000,00 sehr hoch. Bei der Bemessung einer Vertragsstrafe kommt es - unter Berücksichtigung von Schwere und Ausmaß der Zuwiderhandlung - auf den Sanktionscharakter der Vertragsstrafe und deren Funktion an, weitere Zuwiderhandlungen zu verhüten, ferner auf die Gefährlichkeit der Zuwiderhandlung für den Gläubiger, auf das Verschulden des Verletzers und - gegebenenfalls - auf die Funktion der Vertragsstrafe als pauschalierter Schadensersatz (BGH GRUR 1994, 146 - Vertragsstrafebemessung). Unter Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte ist die vom Kläger vorgegebene Vertragsstrafe unangemessen hoch. Dies gilt sowohl im Hinblick auf die Gefährlichkeit möglicherweise zu erwartender Verstöße gegen die Unterlassungsverpflichtung als auch im Hinblick auf einen möglichen Schaden. Die Vertragsstrafe steht in keinerlei Verhältnis zu möglicherweise zu erwartenden Schäden des Klägers (vgl. dazu auch OLG München BB 2010, 2987). Die Beklagte betreibt ein kleines Immobilienbüro in T mit - unbestritten - geringem Umsatz. Selbst wenn man eine gewisse Verwechslungsgefahr durch die Weiterverwendung von Firmenbestandteilen annehmen wollte, so ist ein Schadenseintritt beim Kläger aufgrund der Benutzung von verwechslungsfähigen Firmenbestandteilen unwahrscheinlich. Dabei darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung „Haus und Grund III“ (GRUR 2008, 1104, 1105) eine ausreichende

Kennzeichnungskraft des Vereinsnamensbestandteils des Klägers nur deswegen angenommen hat, weil die satzungsmäßige Aufgabe des Klägers (Mitgliederbetreuung und -beratung) von den Begriffen „Haus und Grund“ nicht rein beschreibend wiedergegeben wird. Das ist bei einem Immobilienbüro anders. Die vom Kläger erwartete und angebotene Dienstleistung kann die Beklagte gar nicht erbringen. Weder ein potentieller Verlust von Kunden noch ein irgendwie gearteter Marktverwirrungsschaden rechtfertigen daher eine Vertragsstrafe in Höhe von € 25.000,00.

An dieser Beurteilung ändert nichts, dass die Beklagte als Kaufmann im geschäftlichen Verkehr und nicht etwa nur im privaten Rechtsverkehr (so der Fall bei OLG Hamburg aaO.) aufgetreten ist. Denn selbst unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die Beklagte gewerblich tätig ist, gilt, dass die Vertragsstrafe außer Verhältnis zu drohenden Schäden steht, insbesondere dann, wenn es sich nur um geringfügige Verstöße handelt, die lediglich aufgrund leicht fahrlässiger Verletzung von Prüfpflichten begangen wurden. Sowohl zur Beseitigung der Wiederholungsgefahr als auch als Sanktionsinstrument wäre eine so hohe Vertragsstrafe keinesfalls erforderlich gewesen.

Angesichts der gebotenen abstrakt-generellen Wirksamkeitskontrolle führt die zu weit gehende Regelung, hier also die undifferenzierte Festlegung einer sehr hohen Vertragsstrafe, zur Nichtigkeit der gesamten Vertragsstrafeklausel insoweit. Eine „geltungserhaltende Reduktion“ durch Einsatz einer angemessenen Vertragsstrafe kommt nicht in Betracht (OLG Hamburg aaO). Auch eine Herabsetzung der formularmäßig vereinbarten Vertragsstrafe kommt nicht in Betracht (BGH NJW 1983, 385). Der Senat braucht deshalb nicht zu entscheiden, in welcher Höhe eine Vertragsstrafe angemessen gewesen wäre. Kein maßgebliches Kriterium wäre jedenfalls auch die Zuständigkeit eines Landgerichts für die Durchsetzung von Vertragsstrafeansprüchen (vgl. Senat GRUR-RR 2011, 199).

Die Inhaltskontrolle nach § 307 BGB hat gegenüber § 138 BGB Vorrang (vgl. Palandt/Ellenberger § 138 BGB Rn. 16). Ob die Vertragsstrafevereinbarung nach § 138 BGB sittenwidrig bzw. unwirksam ist, kann daher dahinstehen.

2. Es kann im Ergebnis auch dahinstehen, ob die Vertragsstrafe infolge eines schuldhaften Verstoßes gegen die übernommene Unterlassungsverpflichtung verwirkt wurde. Hieran bestehen jedoch Zweifel. Schuldhaftige Verletzungen können zunächst allenfalls dann vorliegen, wenn die Beklagte sich in entsprechenden Branchen- oder Telefonverzeichnissen zuvor selbst angemeldet bzw. registriert hatte. Nur dann ist sie auch gehalten, einen Eintrag

zu entfernen bzw. für die Entfernung Sorge zu tragen; ansonsten bedürfte es zunächst eines Hinweises des Vertragsstrafgläubigers, dass ein Eintrag irgendwo vorhanden ist.

Die vom Kläger vorgetragene Verstöße dürften aber auch schon keinen Verstoß gegen die Unterlassungsverpflichtung darstellen. Die Vereinbarung ist, ihre Wirksamkeit unterstellt, besonders eng am Wortlaut orientiert auszulegen, weil eine im Verhältnis zum zu sichernden Unterlassungsanspruch sehr hohe Vertragsstrafe versprochen wurde (§§ 133, 157 BGB; vgl. BGH GRUR 2003, 545 - Hotelfoto).

Hier lautet die Vereinbarung: „Die Beklagte verpflichtet sich, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr (...) die Bezeichnung „H “ im Firmennamen (...) in irgendeiner Form zu verwenden oder sonst in Verkehr zu bringen“. Die vorausgegangene Abmahnung hatte die Verwendung von „H “ im Firmennamen der Beklagten zum Gegenstand. Eine auch die Abmahnung mit in den Blick nehmende Auslegung des Unterlassungsvertrages ergibt deshalb, dass die Beklagte „H “ in ihrem Firmennamen nicht mehr verwenden durfte. Noch bevor der Kläger Vertragsstrafeansprüche geltend gemacht hat, hat die Beklagte ihren ursprünglichen Firmennamen jedoch auch geändert und firmiert seither, ohne dass dies zu beanstanden wäre, unter „Eigentum H “.

Ob eine abweichende Firma von jeder möglicherweise zugänglichen Stelle in Verzeichnissen im Internet beseitigt werden muss, ergibt sich aus der Unterlassungserklärung nicht zweifelsfrei. Zwar ist der (aktive) Eintrag einer geschützten Kennzeichnung in Branchenverzeichnissen eine Benutzung dieser Kennzeichnung (vgl. BGH GRUR 1994, 841 - Suchwort). Nicht eindeutig ersichtlich ist aber aus der vorliegenden Unterlassungserklärung, ob sie auch die Beseitigungspflicht wegen existierender Einträge betrifft. Die Begriffe „in irgendeiner Form“ bzw. „in sonstiger Weise in Verkehr bringen“ sind nämlich zu unbestimmt bzw. zu unklar, zumal sich diese auch allein auf die in der Unterlassungserklärung erwähnte Wort-/Bildmarke beziehen können.

3. Da die Vertragsstrafeverpflichtung aber jedenfalls insgesamt unwirksam ist, war die Klage auf die Berufung der Beklagten abzuweisen. Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 91, 708 Nr. 10, 711 ZPO. Die Revision war nicht zuzulassen. Die Entscheidung betrifft die Beurteilung eines Einzelfalles auf der Grundlage anerkannter Rechtsgrundsätze zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Auch andere Zulassungsvoraussetzungen nach § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. Weder besteht divergierende Rechtsprechung, noch bedarf die Fortbildung des Rechts einer Entscheidung durch das Revisionsgericht.

