



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 217/07

Verkündet am:
17. September 2009
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

Testfundstelle

BGB § 147 Abs. 2, §§ 315 Abs. 1, 339; ZPO § 890

- a) Bei einer auf Abschluss eines Unterlassungsvertrags gerichteten Unterwerfungserklärung ist in der Regel davon auszugehen, dass der Schuldner sein Angebot unbefristet abgegeben hat mit der Folge, dass es vom Gläubiger jederzeit angenommen werden kann.
- b) Erwirkt der Gläubiger vor Zugang und Annahme der vom Schuldner zur Vermeidung eines Rechtsstreits abgegebenen strafbewehrten Unterlassungserklärung eine einstweilige Verfügung und stellt sie zu, fehlt deshalb nicht die Geschäftsgrundlage des Unterlassungsvertrags.
- c) Bei der Bemessung einer nach "Hamburger Brauch" vom Gläubiger gemäß § 315 Abs. 1 BGB nach billigem Ermessen festzusetzenden Vertragsstrafe ist ein für dieselbe Zuwiderhandlung bereits gerichtlich verhängtes Ordnungsgeld zu berücksichtigen.

BGH, Urteil vom 17. September 2009 - I ZR 217/07 - OLG Stuttgart
LG Stuttgart

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. September 2009 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Pokrant, Dr. Bergmann, Dr. Kirchhoff und Dr. Koch

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 29. November 2007 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Parteien handeln mit Computerhardware. Die zur M. -Unternehmensgruppe gehörende Klägerin nimmt die Beklagte, die einen Internetversandhandel betreibt, auf Zahlung einer Vertragsstrafe in Anspruch.
- 2 Die Klägerin ließ die Beklagte mit anwaltlichem Schreiben vom 16. Februar 2006 abmahnen, weil die Beklagte in der Werbung für ein Notebook auf Testergebnisse hingewiesen hatte, ohne die Fundstellen der Tests hinreichend lesbar zu machen. Sie forderte die Beklagte zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung bis zum 25. Februar 2006 auf. Die Beklagte verpflichtete sich daraufhin in einer mit dem Datum vom 23. Februar 2006 versehenen

Unterwerfungserklärung, die den Bevollmächtigten der Klägerin am 6. März 2006 zuging,

1. es zu unterlassen, im geschäftlichen Online-Verkehr zu Wettbewerbszwecken Testfundstellen zu bewerben, ohne Ort bzw. Ausgabe und Datum der Erstveröffentlichung lesbar anzugeben;
2. für jeden Fall der Zuwiderhandlung eine in das billige Ermessen der Klägerin, gegebenenfalls vom zuständigen Gericht zu überprüfende Vertragsstrafe zu zahlen.

3 Die Klägerin nahm die Unterlassungserklärung noch am Tag ihres Zugangs mit anwaltlichem Telefaxschreiben an. Zuvor hatte die Klägerin bereits am 27. Februar 2006 beim Landgericht Hamburg wegen derselben von ihr beanstandeten Werbung eine Unterlassungsverfügung erwirkt, die der Beklagten am 2. März 2006 zugestellt wurde. Die Beklagte gab am 21. März 2006 eine Abschlusserklärung ab, mit der sie die einstweilige Verfügung als endgültige Regelung anerkannte.

4 Am 20. Oktober 2006 warb die Beklagte für einen Router mit der Angabe "Digital.World Testsieger", ohne das Datum oder die Ausgabe der Veröffentlichung anzugeben. Am selben Tag warb sie zudem für einen GPS-Navigator mit der Angabe "Der mehrfache Testsieger", ohne Ort oder Datum der Veröffentlichung zu nennen. Auf Antrag der Klägerin setzte das Landgericht Hamburg deshalb gegen die Beklagte mit Beschluss vom 2. Januar 2007 ein Ordnungsgeld in Höhe von 1.500 € fest.

5 Im vorliegenden Rechtsstreit nimmt die Klägerin die Beklagte wegen derselben Verstöße vom 20. Oktober 2006 auf Zahlung einer Vertragsstrafe in Höhe von 4.000 € in Anspruch. Sie ist der Ansicht, dieser Betrag sei für die von der Beklagten begangenen Verstöße gegen die Unterlassungsvereinbarung angemessen. Eine Anrechnung des vom Landgericht Hamburg festgesetzten

Ordnungsgelds auf die Vertragsstrafe komme nicht in Betracht, weil sie dieses bei der eigenen Festsetzung bereits berücksichtigt habe.

6 Die Klägerin hat - soweit für die Revisionsinstanz noch von Bedeutung - beantragt, die Beklagte zur Zahlung von 4.000 € nebst Zinsen zu verurteilen.

7 Die Beklagte ist dem entgegengetreten und hat insbesondere geltend gemacht, ein Unterlassungsvertrag sei zwischen den Parteien wegen verspäteter Annahme ihres Vertragsangebots seitens der Klägerin nicht zustande gekommen. Am 6. März 2006 habe sie nicht mehr mit einer Annahmeerklärung der Klägerin zu rechnen brauchen. Zudem habe sie die Zustellung der einstweiligen Verfügung am 2. März 2006 als Ablehnung ihres Angebots zum Abschluss eines Unterlassungsvertrags auffassen müssen. Jedenfalls sei sie berechtigt, das Vertragsverhältnis wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage zu kündigen, was spätestens mit Schriftsatz vom 19. Januar 2007 geschehen sei. Im Übrigen müsse auf eine Vertragsstrafe, die höchstens 1.500 € betragen dürfe, das vom Landgericht Hamburg festgesetzte Ordnungsgeld in gleicher Höhe angerechnet werden.

8 Das Landgericht hat die Beklagte unter Abweisung der weitergehenden Klage verurteilt, an die Klägerin 1.500 € zu zahlen. Es hat eine Vertragsstrafe in Höhe von 3.000 € für angemessen erachtet und auf diesen Betrag das vom Landgericht Hamburg festgesetzte Ordnungsgeld von 1.500 € angerechnet. Dagegen haben beide Parteien Berufung eingelegt. Das Rechtsmittel der Beklagten ist erfolglos geblieben. Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht der Klage in vollem Umfang stattgegeben.

9 Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Klageabweisung weiter. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

10 I. Das Berufungsgericht hat der Klägerin einen Anspruch auf Zahlung einer Vertragsstrafe in Höhe von 4.000 € zuerkannt. Zur Begründung hat es ausgeführt:

11 Die Beklagte habe in erster Instanz das Zustandekommen eines Vertrags, in dem sie sich zur Zahlung einer Vertragsstrafe an die Klägerin verpflichtet habe, nicht in Zweifel gezogen. Soweit sie in der Berufungsinstanz neue, von den Feststellungen des Landgerichts nicht gedeckte Verteidigungsmittel vorbringe, seien diese nach § 529 Abs. 1, § 531 Abs. 2 ZPO im Berufungsverfahren unbeachtlich. Die Einwände der Beklagten gegen die Wirksamkeit des in Rede stehenden Vertrags griffen aber auch nicht durch. Die Klägerin habe das Vertragsangebot der Beklagten noch am Tag des Zugangs, dem 6. März 2006, angenommen. Unter den Umständen des Streitfalls habe die Beklagte damit auch dann noch rechnen müssen, wenn sie das Angebot - wie von ihr behauptet - bereits am 23. Februar 2006 an die Bevollmächtigten der Klägerin versandt habe. Insbesondere habe die Beklagte die Zustellung der einstweiligen Verfügung des Landgerichts Hamburg am 2. März 2006 nicht als konkludente Ablehnung ihres Angebots verstehen dürfen. Es habe der Beklagten freigestanden, die Annahme ihres Angebots zeitlich zu begrenzen. Davon habe sie jedoch abgesehen.

12 Der Erlass der einstweiligen Verfügung durch das Landgericht Hamburg rechtfertige nicht die Annahme, für das Vertragsstrafeversprechen habe schon

von Anfang an die Geschäftsgrundlage gefehlt. Die Parteien eines durch Vertragsstrafe gesicherten Unterlassungsvertrags verfolgten mit dem Vertragsschluss unterschiedliche Interessen. Eine strafbewehrte Unterlassungserklärung diene aus der Sicht des Gläubigers auch dazu, im Falle eines weiteren Verstoßes ohne den mit einem Nachweis verbundenen Aufwand und die mit einer Klage verbundenen Risiken pauschaliert Schadensersatz zu erlangen. Dieses Interesse werde durch einen Unterlassungstitel nicht beseitigt. Die Beklagte hätte sich vor einer doppelten Inanspruchnahme durch Aufnahme eines Klageverzichts in ihre Unterwerfungserklärung schützen können, was jedoch ebenfalls nicht geschehen sei.

13 Die Beklagte habe die Vertragsstrafe durch ihre von der Klägerin beanstandeten Werbeangaben verwirkt. Die von der Klägerin für angemessen erachtete Höhe von 4.000 € halte der gerichtlichen Kontrolle stand. Eine Herabsetzung der unter Kaufleuten vereinbarten Vertragsstrafe komme nicht in Betracht. Unter den im Streitfall gegebenen Umständen sei das vom Landgericht Hamburg festgesetzte Ordnungsgeld nicht auf die Vertragsstrafe anzurechnen. Es hätte der Beklagten freigestanden, im Unterlassungsvertrag auf einen Verzicht der Klägerin auf das Antragsrecht nach § 890 Abs. 2 ZPO hinzuwirken.

14 II. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Revisionsangriffe der Beklagten führen zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Die Revision macht mit Recht geltend, dass das Berufungsgericht bei der Kontrolle der Angemessenheit der von der Klägerin verlangten Vertragsstrafe nicht alle maßgeblichen Umstände berücksichtigt hat.

15 1. Ohne Erfolg wendet sich die Revision allerdings gegen die Annahme des Berufungsgerichts, die Parteien hätten einen wirksamen Unterlassungsver-

trag abgeschlossen, in dem sich die Beklagte zur Zahlung einer Vertragsstrafe verpflichtet habe, deren Höhe ins billige Ermessen der Klägerin gestellt worden sei.

16 a) Hierbei kann offenbleiben, ob die Beklagte mit ihren erstmals in der Berufungsinstanz vorgebrachten Einwänden gegen das Zustandekommen eines strafbewehrten Unterlassungsvertrags gemäß § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO präkludiert ist. Denn auch bei Zulassung des Verteidigungsvorbringens der Beklagten ist der Vertragsschluss zu bejahen.

17 b) Das Berufungsgericht ist mit Recht davon ausgegangen, dass die Verpflichtung zur Zahlung einer Vertragsstrafe nicht schon durch eine einseitige Erklärung des Schuldners begründet wird, sondern den Abschluss eines Vertrags zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner voraussetzt. Für das Zustandekommen eines solchen Vertrags gelten grundsätzlich die allgemeinen Vorschriften (BGH, Urt. v. 18.5.2006 - I ZR 32/03, GRUR 2006, 878 Tz. 14 = WRP 2006, 1139 - Vertragsstrafevereinbarung; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 9. Aufl., Kap. 20 Rdn. 7 f.).

18 aa) Im vorliegenden Fall ist ein Unterlassungsvertrag nicht schon durch die Abmahnung der Klägerin und die daraufhin von der Beklagten abgegebene strafbewehrte Unterlassungserklärung zustande gekommen. Grundsätzlich kann bereits in der Abmahnung ein Vertragsangebot liegen, wenn es von einem Rechtsbindungswillen getragen und hinreichend bestimmt ist (vgl. BGH, Urt. v. 25.4.2002 - I ZR 296/99, GRUR 2002, 824 = WRP 2002, 1075 - Teilunterwerfung; Fezer/Büscher, Lauterkeitsrecht, § 8 Rdn. 129). Das Abmahnschreiben der Klägerin vom 16. Februar 2006 enthielt zwar ein konkretes Angebot auf Abschluss einer Unterlassungsvereinbarung, da ihm eine entsprechend vorformulierte Erklärung für die Beklagte beigelegt war. Die Beklagte hat dieses Ver-

tragsangebot jedoch nicht angenommen. Das Angebot war nur bis zum 25. Februar 2006 befristet gültig. Bis zu diesem Zeitpunkt ging der Klägerin die von der Beklagten auf den 23. Februar 2006 datierte Unterlassungserklärung nicht zu. Da die Frist nicht zu kurz bemessen war, wurde durch die Abmahnung auch keine angemessen verlängerte Frist in Gang gesetzt (vgl. BGH, Urt. v. 19.10.1989 - I ZR 63/88, GRUR 1990, 381, 382 = WRP 1990, 276 - Antwortpflicht des Abgemahnten; Bornkamm in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 27. Aufl., § 12 Rdn. 1.20). Die verspätete Annahme eines Antrags gilt gemäß § 150 Abs. 1 BGB grundsätzlich als neuer Antrag.

19 In der strafbewehrten Unterlassungserklärung der Beklagten liegt aber auch deshalb keine Annahme des mit der Abmahnung übermittelten Angebots auf Abschluss eines Unterlassungsvertrags, weil sie dem Angebot der Klägerin inhaltlich nicht entsprach. Eine Annahme unter Erweiterungen, Einschränkungen oder sonstigen Änderungen gilt nach § 150 Abs. 2 BGB als Ablehnung verbunden mit einem neuen Antrag. Schon geringfügige, unwesentliche Änderungsvorschläge gegenüber dem unterbreiteten Vertragsangebot führen dazu, dass es für das Zustandekommen des Vertrags einer neuen Erklärung des Vertragspartners bedarf (BGH, Urt. v. 18.10.2000 - XII ZR 179/98, NJW 2001, 221, 222). Die Beklagte hat die von der Klägerin vorformulierte Unterlassungserklärung nicht übernommen. Diese sah vor, dass bei der Werbung mit Testfundstellen Ort und Datum der Erstveröffentlichung lesbar (mindestens 6-Punkt-Schrift) anzugeben seien. Die von der Beklagten unter dem Datum des 23. Februar 2006 abgegebene Unterlassungserklärung sieht dagegen eine Mindestschriftgröße nicht vor. Es bedurfte deshalb einer erneuten Erklärung der Klägerin, ob sie die von der Beklagten vorgenommene Einschränkung akzeptierte oder auf einer Festlegung der Mindestschriftgröße bestehen wollte.

20 bb) Der Unterlassungsvertrag ist jedoch dadurch zustande gekommen, dass die Klägerin die mit Datum vom 23. Februar 2006 versehene strafbewehrte Unterlassungserklärung der Beklagten mit Telefaxschreiben vom 6. März 2006 ausdrücklich angenommen hat. Entgegen der Ansicht der Revision ist die Annahme des Vertragsangebots der Beklagten fristgerecht erfolgt. Es kommt nicht darauf an, ob die Beklagte - wie sie behauptet hat - die strafbewehrte Unterlassungserklärung bereits am 23. Februar 2006 an die Bevollmächtigten der Klägerin abgesandt hat und damit bis zur Annahmeerklärung der Klägerin, die noch am Tag des Zugangs erfolgt ist, elf Tage vergangen sind. Ein Vertragsangebot kann nach § 147 Abs. 2 BGB zwar grundsätzlich nur bis zu dem Zeitpunkt angenommen werden, in welchem der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf. Der maßgebliche Zeitraum beginnt nicht erst mit dem Zugang des Angebots beim Empfänger, sondern bereits mit Abgabe der Erklärung (vgl. Palandt/Ellenberger, BGB, 68. Aufl., § 147 Rdn. 6; MünchKomm.BGB/Kramer, 5. Aufl., § 147 Rdn. 6; Staudinger/Bork, BGB, Bearb. 2003, § 147 Rdn. 10).

21 Bei einer auf Abschluss eines Unterlassungsvertrags gerichteten Unterwerfungserklärung ist aber in der Regel davon auszugehen, dass der Schuldner sein Angebot unbefristet abgegeben hat mit der Folge, dass es vom Gläubiger jederzeit angenommen werden kann. Die dispositive Vorschrift des § 147 Abs. 2 BGB steht dem nicht entgegen (Bornkamm in Hefermehl/Köhler/Bornkamm aaO § 12 Rdn. 1.117). Eine vom Schuldner abgegebene einseitige strafbewehrte Unterlassungserklärung lässt, wenn sie ernsthaft ist und auch inhaltlich den an eine solche Erklärung zu stellenden Anforderungen entspricht, die Wiederholungsgefahr unabhängig von einer Annahmeerklärung des Gläubigers und daher gegebenenfalls auch schon vor einer solchen entfallen. Ansprüche aus der strafbewehrten Unterlassungserklärung auf Zahlung der Vertragsstrafe kann der Gläubiger aber grundsätzlich allein für ab dem Zeitpunkt des

Vertragsschlusses begangene Verstöße geltend machen (BGH GRUR 2006, 878 Tz. 20 - Vertragsstrafevereinbarung, m.w.N.; Ahrens/Achilles, Der Wettbewerbsprozess, 6. Aufl., Kap. 9 Rdn. 2). Da der Anspruch auf Zahlung einer Vertragsstrafe einen Vertragsschluss zwischen Gläubiger und Schuldner voraussetzt, hat der Gläubiger ein auch für den Schuldner erkennbares Interesse daran, dass das auf Abschluss eines Unterlassungsvertrags gerichtete Angebot unbedingt und unbefristet erfolgt. Es muss auch noch nach der üblichen Annahmefrist bindend sein, damit der Gläubiger es jederzeit annehmen und die Vertragsstrafeverpflichtung begründen kann (Bornkamm in Hefermehl/Köhler/Bornkamm aaO § 12 Rdn. 1.117 f.; ders. in FS für Tilmann, 2003, 769, 774; Fezer/Büscher aaO § 8 Rdn. 129; Brüning in Harte/Henning, UWG, 2. Aufl., § 12 Rdn. 128; Teplitzky aaO Kap. 8 Rdn. 3). Nur dann ist die erforderliche Abschreckungswirkung gegeben, die den Wegfall der Wiederholungsgefahr schon mit Zugang der strafbewehrten Unterlassungserklärung rechtfertigt. Dem Interesse der Beklagten entsprach daher nur ein unbefristetes Angebot auf Abschluss eines strafbewehrten Unterlassungsvertrags.

- 22 cc) Der Annahme eines Vertragsschlusses steht nicht entgegen, dass die Klägerin der Beklagten bereits vor Zugang der Unterlassungserklärung die am 27. Februar 2006 erwirkte einstweilige Verfügung des Landgerichts Hamburg zugestellt hat. Entgegen der Auffassung der Revision hat sie damit nicht konkludent das Vertragsangebot der Beklagten abgelehnt. Zwar kann dem Erklärenden ein Verhalten, das sich für den Erklärungsempfänger als Ausdruck eines bestimmten Rechtsfolgwillens darstellt, auch dann als Willenserklärung zuzurechnen sein, wenn er selbst kein Erklärungsbewusstsein hatte. Voraussetzung dafür ist jedoch, dass er bei pflichtgemäßer Sorgfalt hätte erkennen können, dass sein Verhalten als Willenserklärung aufgefasst werden könnte (vgl. BGHZ 109, 171, 177; 152, 63, 70). Hiervon kann im Streitfall jedoch nicht ausgegangen werden.

23 Die Klägerin konnte nach Ablauf der von ihr für die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung gesetzten Frist (25. Februar 2006) nicht mehr damit rechnen, dass ihr noch eine entsprechende Erklärung der Beklagten zugehen würde. Sie hatte auch keine anderweitige Kenntnis davon, dass sich die Beklagte strafbewehrt zur Unterlassung des beanstandeten Verhaltens verpflichten wollte. Unter diesen Umständen musste die Klägerin nicht annehmen, die Beklagte könnte die Zustellung der beim Landgericht Hamburg erwirkten einstweiligen Verfügung als Ablehnung ihres, der Beklagten, Vertragsangebots auffassen. Die Beklagte hat sich hierauf nach Erhalt der Annahmeerklärung der Klägerin vom 6. März 2006 auch nicht berufen, was darauf hindeutet, dass sie ebenfalls nicht davon ausgegangen ist, die Klägerin habe mit der Zustellung der einstweiligen Verfügung ihr Vertragsangebot abgelehnt. Die Zustellung der einstweiligen Verfügung sprach nach dem objektiven Empfängerhorizont im Übrigen auch nicht zwingend für die Ablehnung des zuvor an die Klägerin gesandten Angebots auf Abschluss eines strafbewehrten Unterlassungsvertrags. Die Beklagte musste bei Erhalt der einstweiligen Verfügung in Betracht ziehen, dass ihr Vertragsangebot noch nicht zugegangen oder auf dem Postweg verlorengegangen war.

24 c) Die Beklagte hat das Vertragsstrafeversprechen auch nicht wirksam wegen Fehlens der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 Abs. 2 und 3 BGB gekündigt. Die Geschäftsgrundlage fehlte nicht deshalb, weil die Klägerin gegen die Beklagte vor Zugang und Annahme der strafbewehrten Unterlassungserklärung die einstweilige Verfügung erwirkt hatte. Unabhängig davon hätte eine Kündigung den Unterlassungsvertrag nur mit Wirkung für die Zukunft auflösen können (vgl. BGHZ 133, 316, 327 ff. - Altunterwerfung I); die Beklagte hat aber eine Kündigung erst am 19. Januar 2007, also zeitlich nach den hier in Rede stehenden Zuwiderhandlungen vom Oktober 2006, ausgesprochen.

25 Ein Unterlassungsvertrag mit Vertragsstrafeversprechen oder bereits eine vorausgegangene, den Anforderungen genügende Unterwerfungserklärung entzieht dem geltend gemachten Unterlassungsanspruch die Grundlage, weil durch die Unterwerfung die Wiederholungsgefahr als materielle Voraussetzung dieses Anspruchs entfällt. Auch im Streitfall ist der Verfügungsanspruch, zu dessen Sicherung die einstweilige Verfügung am 27. Februar 2006 erlassen worden war, infolge der Unterwerfungserklärung entfallen, die der Klägerin am 6. März 2006 zugegangen und von ihr umgehend angenommen worden ist. Da nicht selten Unterwerfungserklärungen abgegeben und Unterlassungsverträge abgeschlossen werden, auch wenn der Gläubiger bereits - etwa durch eine einstweilige Verfügung - ein gerichtliches Unterlassungsgebot erwirkt hat, kann nicht angenommen werden, dass die Parteien bei Abschluss eines solchen Vertrags übereinstimmend davon ausgehen, dass kein entsprechendes gerichtliches Unterlassungsgebot ergangen ist oder noch ergeht (anders OLG Köln OLG-Rep 2002, 153). Es besteht auch kein Bedürfnis, der doppelten Sicherung des Gläubigers durch eine strafbewehrte Unterlassungserklärung und eine Unterlassungsverfügung mit dem Institut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage zu begegnen. Denn der Schuldner, der eine ausreichende Unterwerfungserklärung abgegeben hat, kann ohne weiteres durch einen Widerspruch oder durch einen Antrag nach § 927 ZPO die Aufhebung der einstweiligen Verfügung erreichen. Dass die Beklagte diesen Weg nicht beschritten, sondern die einstweilige Verfügung trotz des bestehenden Unterlassungsvertrags durch die Abschlusserklärung vom 21. März 2006 als endgültige Regelung anerkannt hat, vermag nichts daran zu ändern, dass nur auf diese Weise eine doppelte Sanktionsmöglichkeit hätte vermieden werden können.

26 Im Übrigen war es aus der Sicht der Klägerin, der am 6. März 2006 die Unterwerfungserklärung zuzuging, keineswegs klar, dass die Beklagte diese Erklärung in Unkenntnis der ihr wenige Tage zuvor zugestellten Unterlassungs-

verfügung abgegeben hatte. Ebenso denkbar war es, dass die Beklagte nach Zustellung der einstweiligen Verfügung mit dieser Erklärung die Erledigung des Verfügungsverfahrens erzwingen wollte und die Unterwerfungserklärung lediglich im Hinblick auf die ihr mit der Abmahnung gesetzte Frist mit dem Datum des 23. Februar versehen hatte. Aus diesem Grund scheidet auch eine unter einer Bedingung abgegebene Unterwerfungserklärung von vornherein aus.

27 d) Die Beklagte kann der Vertragsstrafeverpflichtung auch nicht mit Erfolg die Einrede der Bereicherung nach § 821 BGB i.V. mit § 812 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 BGB entgegenhalten. Die Revision macht insoweit geltend, ein abstraktes Schuldanerkenntnis, wie es die Unterwerfungserklärung darstellt (vgl. BGHZ 130, 288, 292 - Kurze Verjährungsfrist; BGH, Urt. 5.3.1998 - I ZR 202/95, GRUR 1998, 953, 954 = WRP 1998, 743 - Altunterwerfung III), sei kondizierbar, wenn der nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintrete. Davon kann hier jedoch nicht ausgegangen werden (siehe vorstehend unter II 1 c). Es ist zudem nicht ersichtlich, dass die Beklagte in der Tatsacheninstanz die Einrede der Bereicherung erhoben hätte.

28 2. Die Vertragsstrafe ist verwirkt. Die Beklagte hat nach den Feststellungen des Berufungsgerichts mit ihren Angeboten vom 20. Oktober 2006 gegen die von ihr eingegangene Unterlassungsverpflichtung verstoßen. Die Revision erhebt insoweit auch keine Rügen.

29 3. Mit Erfolg macht die Revision aber geltend, das Berufungsgericht habe bei der Kontrolle der Angemessenheit der von der Klägerin verlangten Vertragsstrafe nicht alle maßgeblichen Umstände berücksichtigt.

30 a) Die der Sicherung einer wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsverpflichtung dienende Vertragsstrafevereinbarung kann gemäß § 315 Abs. 1 BGB

in der Weise umgesetzt werden, dass dem Gläubiger für den Fall einer künftigen Zuwiderhandlung gegen die Unterlassungspflicht die Bestimmung der Strafhöhe nach seinem billigen Ermessen überlassen bleibt ("Hamburger Brauch"). Nach § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB kann eine gerichtliche Überprüfung der vom Gläubiger vorgenommenen Bestimmung der Vertragsstrafehöhe in der Vereinbarung ausdrücklich vorgesehen werden (vgl. BGH, Urt. v. 12.7.1984 - I ZR 123/82, GRUR 1985, 155, 157 = WRP 1985, 22 - Vertragsstrafe bis zu ... I; Urt. v. 31.5.1990 - I ZR 285/88, GRUR 1990, 1051, 1052 = WRP 1991, 27 - Vertragsstrafe ohne Obergrenze; Urt. v. 30.9.1993 - I ZR 54/91, GRUR 1994, 146, 147 = WRP 1994, 37 - Vertragsstrafebemessung). Die richterliche Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB kommt auch einem Kaufmann zugute, so dass es - entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts - auf die Vorschrift des § 348 HGB, wonach eine unter Kaufleuten vereinbarte Vertragsstrafe nicht herabgesetzt werden kann, nicht ankommt (vgl. MünchKomm.BGB/Gottwald, 5. Aufl., § 339 Rdn. 29; § 343 Rdn. 4).

31 b) Das Berufungsgericht hat angenommen, die von der Klägerin als angemessen erachtete Vertragsstrafe von 4.000 € entspreche billigem Ermessen. Die Beklagte habe durch die zwei gegen die Unterlassungsverpflichtung verstoßenden Bezugnahmen auf Testergebnisse einen Standardverstoß von beachtlicher Reichweite begangen. Das vom Landgericht Hamburg verhängte Ordnungsgeld sei nicht auf die Vertragsstrafe anzurechnen, weil dies zu einer Beliebigkeit im wirtschaftlichen Ergebnis führe, je nachdem, ob der Gläubiger zuerst die Vertragsstrafe geltend mache oder einen Bestrafungsantrag stelle.

32 c) Diese Beurteilung hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand. Das Berufungsgericht hätte bei der Prüfung der Angemessenheit der Vertragsstrafe das vom Landgericht Hamburg verhängte Ordnungsgeld in Höhe von 1.500 € nicht unberücksichtigt lassen dürfen. Zwar steht es einem Gläubi-

ger bei Verletzungshandlungen, die sowohl gegen einen gerichtlichen Verbotstitel als auch gegen eine strafbewehrte Unterlassungsverpflichtung verstoßen, frei, neben der Betreibung des Ordnungsmittelverfahrens gemäß § 890 ZPO die verwirkte Vertragsstrafe zu verlangen (vgl. BGHZ 138, 67, 70; Teplitzky aaO Kap. 20 Rdn. 22). Der vertragliche Anspruch auf Zahlung der Vertragsstrafe wird durch die staatliche Vollstreckungssanktion grundsätzlich nicht berührt. Während das Ordnungsgeld nach § 890 ZPO eine strafähnliche Sanktion für die Übertretung eines gerichtlichen Verbots darstellt, dient die Vertragsstrafe zum einen der Sicherung der Unterlassungsverpflichtung und zusätzlich der Erlangung eines pauschalierten Schadensausgleichs (Bornkamm in Hefermehl/Köhler/Bornkamm aaO § 12 Rdn. 1.138; Fezer/Büscher aaO § 8 Rdn. 166). Die Funktionen von Ordnungsmittel und Vertragsstrafe überschneiden sich jedoch. Ihre Bemessung richtet sich zumindest teilweise nach übereinstimmenden Kriterien (vgl. BGH GRUR 1994, 146, 147 - Vertragsstrafebemessung). Beide Sanktionen müssen geeignet sein, den Schuldner von weiteren Zuwiderhandlungen abzuhalten. Diese Sanktionsfunktion der Vertragsstrafe ist jedenfalls zum Teil schon erfüllt, wenn für dieselbe Zuwiderhandlung bereits ein angemessenes Ordnungsgeld verhängt worden ist. Das Ordnungsgeld ist deshalb auf die angemessene Vertragsstrafe anzurechnen (vgl. BGHZ 138, 67, 70; OLG Köln WRP 1987, 265, 266; Fezer/Büscher aaO § 8 Rdn. 166; Ullmann/Hess, juris-PK-UWG, 2. Aufl., § 12 Rdn. 75; Teplitzky aaO Kap. 20 Rdn. 22; Ahrens/Achilles aaO Kap. 10 Rdn. 15; Nieder, WRP 2001, 117, 118). Umgekehrt ist auch bei der Bemessung eines Ordnungsgeldes eine bereits zuvor festgesetzte Vertragsstrafe mindernd zu berücksichtigen (vgl. OLG Düsseldorf GRUR 1970, 71, 72; OLG Köln WRP 1987, 265, 266; Großkomm.UWG/Jestaedt, Vor § 13 Rdn. E 78; Köhler WRP 1993, 666, 675).

4. Das Berufungsurteil kann danach keinen Bestand haben. Eine abschließende Sachentscheidung ist dem Senat verwehrt. Die vom Berufungsge-

richt für angemessen erachtete Vertragsstrafe von 4.000 € ist für die in Rede stehenden Verstöße zwar grundsätzlich nicht zu beanstanden. Ob hiervon das vom Landgericht Hamburg festgesetzte Ordnungsgeld in Höhe von 1.500 € in Abzug zu bringen ist, bedarf jedoch noch weiterer Feststellungen. Die Revisi- onserwiderung macht zu Recht geltend, dass das Berufungsgericht - von sei- nem Rechtsstandpunkt aus folgerichtig - nicht den Vortrag der Klägerin berück- sichtigt hat, wonach sie bei der Bestimmung der Höhe der Vertragsstrafe die zu erwartende Festsetzung eines Ordnungsgeldes bereits mindernd berücksichtigt habe. In welchem Umfang dies geschehen ist, wird aufzuklären sein.

34 III. Danach ist das Berufungsurteil auf die Revision der Beklagten aufzu- heben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Bornkamm

Pokrant

Bergmann

Kirchhoff

Koch

Vorinstanzen:

LG Stuttgart, Entscheidung vom 04.05.2007 - 33 O 12/07 KfH -

OLG Stuttgart, Entscheidung vom 29.11.2007 - 2 U 38/07 -