Oberlandesgericht Düsseldorf, I-15 U 119/14

Datum:	03.09.2015
Gericht:	Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper:	15. Zivilsenat
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	I-15 U 119/14
ECLI:	ECLI:DE:OLGD:2015:0903.I15U119.14.00

Vorinstanz:	Landgericht Duisburg, 22 O 55/13
Rechtskraft:	nicht rechtskräftig

Tenor:

I.

Die Berufung des Beklagten gegen das Urteil der 2. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Duisburg vom 14.08.2014, Az. 22 O 55/13, wird zurückgewiesen.

II.

Der Beklagte hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

III.

Dieses Urteil und das Urteil des Landgerichts sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Der Beklagte kann die Zwangsvollstreckung der Klägerin gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn die Klägerin nicht vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.

IV.

Die Revision wird nicht zugelassen.

G r ü n d e:

I. 2

Die Klägerin, ein eingetragener Verein, nimmt den Beklagten, auf den ein Einzelhandel mit Kraftfahrzeugen, Zubehör sowie Kfz-Vermittlung angemeldet war, auf Zahlung einer Vertragsstrafe nebst Zinsen in Anspruch. 3

Die Klägerin mahnte den Beklagten mit Schreiben vom 19.11.2011 (Bl. 10 f. d. GA) wegen des auf seiner Internetseite www.A..de (Stand: 26.10.2011) befindlichen Hinweises: „Hier finden Sie Bilder zum Thema TÜV-Sondereintragung. Leider konnten nicht alle Möglichkeiten aufgezählt werden, die Fahrzeuge und Wünsche der Kunden sind einfach zu verschieden.“ ab mit der Begründung, es handele sich um eine irreführende Werbung in Gestalt der Täuschung des angesprochenen Verkehrskreises über die Betriebsverhältnisse, insbesondere über seine Person und die Befähigung der Erbringung staatsentlastender Tätigkeiten sowie eine entsprechende Zulassung solcher Sondereintragungen nach der StVZO, da er, der Beklagte, nicht berechtigt sei „TÜV-Sondereintragungen“ zu erbringen und anzubieten. Die Klägerin forderte den Beklagten zur Abgabe der dem Schreiben beigefügten Unterlassungserklärung (Bl. 12 d. GA) auf. 4

Unter dem 05.01.2012 gab der Beklagte eine von ihm formulierte strafbewehrte Unterlassungsverpflichtungserklärung (Bl. 13 d. GA) ab, mit der er sich unter Ziffer 1 verpflichtete, es zu unterlassen, „im geschäftlichen Verkehr mit dem Hinweis „TÜV-Sondereintragung“ oder einer inhaltsgleichen Bezeichnung zu werben, soweit diese Leistung nicht zulässigerweise angeboten wird.“ 5

Anfang Oktober 2012 wandte sich der Beklagte per Email an die Betreiber der Internetseiten www.B..de, www.C..de und www.D..de (Anlagen B 1 bis B 3) mit der Bitte um Entfernung der beanstandeten Worte „TÜV-Sondereintragungen“. 6

Mit Schreiben vom 11.02.2013 (Bl. 14 ff. d GA) forderte die Klägerin den Beklagten unter Bezugnahme auf die Verpflichtung vom 05.01.2012 auf, eine Vertragsstrafe in Höhe von 4.000,00 € zu zahlen. 7

Die Klägerin hat erstinstanzlich im Wesentlichen vorgetragen, im Internet sei auf den Seiten www.E..de (Bl. 16 d GA) und www.F..de (Bl. 17 d. GA) am 11.02.2013 im Zusammenhang mit dem Unternehmen des Beklagten auf TÜV-Sondereintragungen hingewiesen worden. Gleiches habe sich bei Internetrecherchen mittels der Suchmaschine Google (Bl. 21 f. d GA) am selben Tag gezeigt. Auf seiner eigenen Homepage (Bl. 18 ff. d GA), ebenfalls Stand 11.02.2013, habe er mit TÜV-Gutachten sowie mit Adapterscheiben mit TÜV geworben. Mit dieser Werbung habe der Beklagte, der die Eintragungen veranlasst habe, seine Vertragsstrafe aus der Unterlassungsverpflichtungserklärung vom 05.01.2012 verwirkt. Diese Unterlassungserklärung habe sie mit Schreiben vom 11.01.2012 (Bl. 134 d GA) ausdrücklich angenommen. Die Höhe der Vertragsstrafe sei angemessen und üblich. 8

Der Beklagte hat erstinstanzlich im Wesentlich vorgetragen: Die Klägerin sei nicht aktiv legitimiert. Ein Unterlassungsvertrag sei nicht zustande gekommen. Die Klägerin habe keine Annahme erklärt. Die Echtheit des Schreibens vom 11.01.2012 werde ebenso mit Nichtwissen bestritten wie die Absendung des vermeintlichen Schreibens. Ihm sei das Schreiben vom 11.01.2012 nie zugegangen. Die Eintragungen auf den vorgelegten Internetausdrucken, deren Echtheit er bestreite, habe er nicht veranlasst. Er sei nicht Vertragspartner der genannten Firmen und hafte auch nicht für deren Tun. Auf seiner Homepage sei – auch nach dem Vortrag der Klägerin – nach der Abgabe der Unterlassungsverpflichtungserklärung kein Hinweis mehr auf „TÜV-Sondereintragungen“ 9

vorhanden gewesen; „TÜV-Gutachten“ und „Adapterscheiben mit TÜV“ hätten nichts mit den allein in der Erklärung genannten „TÜV-Sondereintragungen“ zu tun. Ohnehin handele es sich bei den vermeintlichen Interneteinträgen nicht um Werbung. Darüber hinaus habe nie ein abmahnfähiger Verstoß vorgelegen. Deshalb habe er auch nicht die von der Klägerin geforderte Unterlassungserklärung abgegeben, sondern unter entsprechender Zurückweisung eines solchen Anspruchs aus Kulanz ohne Anerkennung einer Rechtspflicht nur eine abgeänderte Erklärung. TÜV-Sondereintragungen stellten kein relevantes Geschäftsfeld dar. Er habe, ohne hierfür Werbung zu machen, für seine Kunden in der Vergangenheit legal und berechtigt TÜV-Sondereintragungen durch Beauftragung der G. GmbH & Co. KG als Subunternehmen durchgeführt. Die Vertragsstrafe sei in der Höhe unangemessen und berücksichtige seine Situation nicht.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf die tatsächlichen Feststellungen in dem angefochtenen Urteil Bezug genommen. 10

Das Landgericht hat Beweis erhoben zur Echtheit des von der Klägerin vorgelegten Schreibens mit Datum vom 11.01.2012 durch Vernehmung des Zeugen Dr. H. (Bl. 150 ff. d GA). Mit Urteil vom 14.08.2014, Az. 22 O 55/13, (Bl. 191 ff. d GA) hat das Landgericht der Klage stattgegeben. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt: 11

Zwischen den Parteien sei ein wirksamer Unterlassungsvertrag zustande gekommen. Die Klägerin habe das in der Unterlassungsverpflichtungserklärung des Beklagten vom 05.01.2012 liegende modifizierte Angebot zum Abschluss eines derartigen Vertrages mit Schreiben vom 11.01.2012 angenommen. Darauf, ob dieses Schreiben dem Beklagten zugegangen sei, komme es nicht an, denn in die Unterlassungsverpflichtungserklärung vom 05.01.2012 könne ein Verzicht des Zugangs der Annahme hineingelesen werden. Entscheidend sei mithin nur, ob das darin liegende Angebot von der Klägerin angenommen worden sei. Der insoweit erforderliche Annahmewille, der aus einem nach außen hervorgetretenen Verhalten folgen müsse, stehe nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme fest. 12

Wenn zwischen den Parteien nach alledem ein Unterlassungsvertrag zu Stande gekommen sei, ergebe sich die Aktivlegitimation der Klägerin bereits aus Vertrag. 13

Mit dem Einwand, die Eintragung auf seiner Internetseite sei nicht wettbewerbswidrig, sei der Beklagte infolge des strafbewehrten vertraglichen Anspruchs ausgeschlossen. Soweit die Unterlassungsverpflichtungserklärung den Zusatz enthalte „soweit die Leistung nicht zulässigerweise angeboten wird“, könne dies nur so verstanden werden, dass eine Werbung des Beklagten mit dem Hinweis „TÜV-Sondereintragung“ von dem Unterlassungsgebot lediglich dann nicht erfasst sein sollte, wenn sich der Beklagte infolge einer nachträglichen, tatsächlichen Änderung seines Verhaltens nicht mehr wettbewerbswidrig verhalte. Dass der Beklagte dies in genau dieser Weise verstanden habe, ergebe sich aus seinem nachvertraglichen Verhalten. Er habe nämlich in der Folgezeit selbst Anstrengungen unternommen, entsprechende Eintragungen löschen zu lassen. 14

Der Beklagte habe gegen die ihn treffende Unterlassungsverpflichtung jedenfalls bezogen darauf, dass die Suchmaschine Google noch am 11.02.2013 den streitgegenständlichen Hinweis auf die „TÜV-Sondereintragung“ enthalten habe, schuldhaft verstoßen. Aus der Unterlassungsverpflichtungserklärung vom 05.01.2012 folge auch die Verpflichtung zum positiven Handeln in Form der schnellen und zuverlässigen Entfernung der Daten des Beklagten aus dem Internet. Es hätte dem Beklagten oblegen, alles Erforderliche zu tun, um eine erneute Zuwiderhandlung mit Sicherheit auszuschließen, wozu auch gehöre, dass er 15

über die übernommene Verpflichtung informiere und entsprechende Anordnungen zur Sicherstellung der Einhaltung der Verpflichtung treffe und diese dann überwache. Hinsichtlich Google habe der Beklagte indessen nicht einmal den Versuch vorgetragen, die Werbung zu beenden. Es hätte ihm jedoch auch oblegen, auf Dritte einzuwirken. Das Gericht sei auch davon überzeugt, dass entsprechende Hinweise im Internet jedenfalls am 11.02.2013 noch zu finden gewesen seien. Die Klägerin habe entsprechende Screenshots zur Gerichtsakte gereicht, die dieses Datum und eine Paraphe aufwiesen. Bei den Interneteintragungen handele es sich auch um Werbung im Sinne der Unterlassungsverpflichtungserklärung, da sie den Absatz von Waren des Beklagten schon dadurch förderten, dass durch den Hinweis die Aufmerksamkeit des Betrachters der Internetseite auf ihn gelenkt werde.

Bezüglich der Höhe der Vertragsstrafe erscheine dem Gericht schon hinsichtlich des Hinweises auf die „TÜV-Sondereintragungen“ in der Suchmaschine Google ein Betrag in Höhe von 4.000,00 € auch unter Berücksichtigung der vom Beklagten zu seiner finanziellen Situation und zu seinem Gesundheitszustand vorgetragenen Umstände als angemessen. Es sei insbesondere zu berücksichtigen, dass der Beklagte im Internet hinsichtlich der bedeutenden Suchmaschine Google gegen das vereinbarte Unterlassungsgebot verstoßen habe. Da das Internet aber per se auf eine weitreichende Verbreitung von Informationen angelegt sei, könne von einem geringfügigen Verstoß keine Rede sein. 16

Mit der dagegen form- und fristgerecht eingelegten Berufung verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf Klageabweisung weiter. Unter Bezugnahme und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vortrages trägt er im Wesentlichen vor: 17

Die Klägerin sei nicht aktiv legitimiert. Sie sei zu keiner Zeit berechtigt gewesen, Marken- und Namensrechte der TÜV-Firmengruppe TÜV geltend zu machen. Insofern stünden ihr keine markenrechtlichen Ansprüche zu. Sie verfolge, wie sie selbst klargestellt habe, zudem auch keinerlei wettbewerbsrechtliche Ansprüche. Mangels Geltendmachung entsprechender Rechte komme es auf eine eventuelle Verbandsklagebefugnis der Klägerin, die bestritten werde, nach ihrer eigenen Argumentation gar nicht mehr an. Wenn die Klägerin weder markenrechtliche noch wettbewerbsrechtliche Ansprüche verfolge, ergäbe sich allerdings die Frage, wieso es sodann zu einer Zuständigkeit des 15. Zivilsenats käme. Auch aus dem vermeintlichen Unterlassungsvertrag könnten solche Rechte nicht geltend gemacht werden. Dieser wäre insofern nichtig und unwirksam, wäre er doch unter Vorspiegelung falscher Tatsachen erlangt worden. Insbesondere nach § 8 Abs. 4 UWG wäre somit auch ein vermeintlicher Unterlassungsvertrag unbeachtlich. 18

Ein Unterlassungsvertrag sei nicht geschlossen worden. Einen Verzicht auf den Zugang der Annahme der von ihm abgegebenen Unterlassungsverpflichtungserklärung sei nicht gegeben. Das Schreiben vom 11.01.2012, dessen Diktat, Unterzeichnung und Absendung er mit Nichtwissen bestreite, sei ihm nie zugegangen. Darüber hinaus fehle es bereits an einem unzweideutigen, nach außen hervortretenden Verhalten bezüglich eines angeblichen Annahmewillens. Das Diktat und das Absenden des Schreibens sei im Übrigen nicht durch die Aussage des Zeugen Dr. H. bewiesen worden. Eine Beweiswürdigung seitens des Landgerichts sei nicht erfolgt. 19

Ein Unterlassungsvertrag sei auch nicht mittels des Schreibens vom 11.02.2013 geschlossen worden. Das Schreiben sei keine Annahme einer Unterlassungserklärung, sondern ausschließlich die Geltendmachung vermeintlicher Zahlungsansprüche. Zudem hätte hierdurch eine Vertragsstrafe nicht verwirkt werden können, denn die Annahme hätte erst mit Zugang des Schreibens erfolgen können, also frühestens am Folgetag. Die seitens der Klägerin behaupteten Verstöße mit Datum vom 11.02.2013 hätten somit zum Zeitpunkt des 20

Vertragsschlusses bereits in der Vergangenheit gelegen und könnten folglich keine Vertragsstrafe auslösen. Eine Annahme des Angebots nach mehr als 13 Monaten sei überdies gar nicht mehr möglich. Es sei nicht mehr zeitnah; die Klägerin sei in dieser Zeit komplett untätig gewesen. Ein Angebot könne nur solange gelten, wie noch eine aktuelle Behandlung der Sache vorliege und sich die Parteien um die Problematik kümmerten. Allenfalls könne es so lang Geltung beanspruchen, wie der Gläubiger seine (vermeintlichen) Unterlassungsansprüche durchsetzen könne. Seien diese verjährt, läge der Abschluss eines Unterlassungsvertrages nicht mehr im Interesse der Parteien. Nach 13 Monaten wäre jedenfalls ein Anspruch der Klägerin auf Annahme des Angebots verjährt, jedenfalls verwirkt. Darüber hinaus wäre davon auszugehen, dass ein entsprechendes Angebot der Klägerin auch bereits verjährt gewesen wäre, so dass insofern auch die Einrede der Verjährung erhoben werde.

Sofern doch der Abschluss eines Unterlassungsvertrages unterstellt würde, wäre zu beachten, dass nach dessen eindeutigem Wortlaut ein Unterlassen der Werbung mit dem Begriff „TÜV-Sondereintragungen“ nur geschuldet wäre, sofern „diese Leistungen nicht zulässigerweise angeboten“ werden. Von letzterem sei indes auszugehen. 21

Mit der Unterlassungsverpflichtungserklärung habe er das Bestehen einer gesetzlichen Unterlassungspflicht nicht anerkannt, einen Verstoß nicht akzeptiert und erst recht nicht eingeräumt. Eine abschließende Klärung sei in der Unterlassungsvereinbarung nicht zu sehen. Die Vertragsstrafe solle nach der (unterstellten) Vereinbarung nur dann anfallen, wenn eine konkret angebotene Leistung sich tatsächlich als rechtswidrig angeboten herausstelle, was gerichtlich zu klären sei. Die von ihm aufgestellte Bedingung sei eindeutig und unmissverständlich; die Wiederholungsgefahr sei durch die Erklärung somit erkennbar nicht entfallen. Mittels der Unterlassungsverpflichtung sei lediglich die Beweislast für die Rechtmäßigkeit seines Handelns auf den Beklagten verlagert worden. Die von ihm vorgenommene Auslegung sei erstinstanzlich nie bestritten worden, so dass die Klägerin die Tatsache der Auslegung der Erklärung durch die Parteien ausdrücklich unstreitig gestellt habe. Wenn allerdings zwischen den Parteien unstreitig sei, wie die Auslegung zu erfolgen habe, handele das Gericht rechtswidrig, wenn es erstmals und sogar ohne vorherigen Hinweis an die Parteien eine Auslegung der Verträge zugrundelege, die nicht nur seitens keiner der Parteien behauptet werde, sondern dem unstreitigen Vortrag des Beklagten sogar ausdrücklich widerspreche. Wenn die Klägerin nun die Sichtweise des Gerichts übernehme, sei dies ein neuer Vortrag, der verspätet sei. 22

Darüber hinaus läge eine Werbung des Beklagten nicht vor. Bezüglich der mit der Klageschrift vorgetragenen Verstöße bestreitet er, dass auf Internetseiten Dritter Hinweise bezüglich „TÜV-Sondereintragungen“ erfolgt seien. Die behaupteten Ergebnisse seien für ihn nicht reproduzierbar. Die vermeintliche Echtheit der vorgelegten Internetausdrucke werde bestritten. Selbst bei unterstellter Richtigkeit der Suchergebnisse läge keine Werbung, sondern nur ein Information vor. Das Suchergebnis sei ferner augenscheinlich veraltet. Veralteten Anzeigen und Links messe der Benutzer keine Bedeutung zu. Die von der Klägerin eingegebene Suchanfrage sei darüber hinaus realitätsfern und lebensfremd. Bei einer realistischen Eingabe des Begriffs „TÜV Sondereintragungen“ werde kein Treffer in Verbindung mit der Internetseite des Beklagten erzielt. Er habe die Eintragungen auch nicht veranlasst. Eine Verantwortung für die vermeintlich von den Betreibern der Seiten „F..de“ bzw. „E..de“ vom Beklagten selbst übernommenen Angaben, was mit Nichtwissen bestritten werde, bestehe nicht. Die Seiten „F..de“ und „E..de“ seien keine allgemein bekannten Branchenverzeichnisse, sondern dem normalen Nutzer völlig unbekannt. Bei Google sei im Zeitpunkt der Abgabe der Unterlassungsverpflichtungserklärung ein entsprechendes 23

Ergebnis nicht auffindbar gewesen. Eine Verpflichtung dahingehend, zu überprüfen, ob ein solches unrichtiges Ereignis nachträglich von Google aufgeführt werde, bestehe nicht. Eine Relevanz des angeblichen Verstoßes sei nicht vorhanden. Die Höhe der Vertragsstrafe bleibe vorsorglich angegriffen.

Mittels der von der Klägerin in der mündlichen Verhandlung erstmals überreichten Ausdrucke (Anlagen zum Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 30.07.2015, Bl. 420 ff. d. GA) sei ebenfalls keine Vertragsstrafe verwirkt. Es sei zunächst darauf hinzuweisen, dass er nur die Verpflichtung habe, die Betreiber der gängigsten Dienste, u. a. Google Maps zu veranlassen, Einträge zu entfernen. Die in den Ausdrucken genannte Seite www.I..de sei jedoch kaum auffindbar, völlig unbedeutend und werde zudem von einer Briefkastenfirma unterhalten. Auf dieser Seite seien nicht einmal ausreichende Kontaktdaten angegeben, um durch diese den Beklagten auffinden zu können. Die (vermeintliche) Anzeige bei www.I..de habe er nicht veranlasst. Am 03.05.2014 habe er, nachdem er bei einer routinemäßigen Überprüfung und intensivem Suchen erstmals auf die vermeintliche Anzeige aufmerksam geworden sei, zur Löschung der Anzeige aufgefordert. Ihm sei darauf hin bestätigt worden, dass dies geschehen sei (Anlage B 20). Abgesehen von alledem handele es sich bei den seitens der Klägerin nachgereichten Seiten um einen völlig anderen Streitgegenstand. 24

Der Beklagte beantragt, 25

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Duisburg vom 14.08.2014 die Klage zurückzuweisen. 26

Die Klägerin beantragt, 27

die Berufung zurückzuweisen. 28

Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrages als zutreffend. Darüber hinaus führt sie im Wesentlichen aus: 29

Sie mache allein vertragliche Ansprüche aus dem zwischen ihnen geschlossenen Unterlassungsvertrag geltend. Das Angebot des Beklagten vom 05.01.2012 habe sie jedenfalls mit Schreiben vom 11.02.2013 angenommen, das dem Beklagten unstreitig zugegangen ist. In der Aufforderung an den Beklagten zur Zahlung der Vertragsstrafe sei eine konkludente Annahme zu sehen, so dass der Unterlassungsvertrag damit spätestens an diesem Tage zustande gekommen sei. Da ein Schuldner daran interessiert sei, dass sein Angebot auch nach der üblichen Annahmefrist angenommen werden könne, sei sein Angebot unbefristet mit der Folge, dass es vom Gläubiger jederzeit angenommen werden könne. 30

Der Beklagte habe gegen den Unterlassungsvertrag verstoßen. Der Einwand mangelnder Wettbewerbswidrigkeit der angegriffenen Werbung sei ihm mit Blick auf den vertraglichen Unterlassungsanspruch versagt. Nichts anderes folge aus dem Zusatz in der Unterlassungsverpflichtungserklärung vom 05.01.2012 „soweit diese Leistung nicht zulässigerweise angeboten werde“, da damit lediglich gesagt sei, dass eine Werbung mit dem Hinweis „TÜV-Sondereintragungen“ in Zukunft nicht mehr erfasst sein solle, wenn diese Werbung infolge einer nachträglichen tatsächlichen Änderung des Sachverhalts nicht mehr wettbewerbswidrig wäre. Würde man der Auslegung des Beklagten folgen, wäre seine Unterlassungserklärung sinn- und wertlos, da sich die Parteien jedes Mal erneut darum streiten müssten, ob es sich bei der Werbung des Beklagten um einen Wettbewerbsverstoß handelt oder nicht. Dies solle durch die Unterlassungsverpflichtungserklärung jedoch gerade vermieden werden. Die Auffassung des Beklagten, ihr Vortrag zur Auslegung sei verspätet, 31

sei nicht nachvollziehbar, da es sich hierbei um Rechtsausführungen handele. Mittels der Hinweise am 11.02.2013 auf den genannten Internetseiten, bei denen es sich um Werbung handele, sei folglich die Vertragsstrafe verwirkt. Der Unterlassungsanspruch erschöpfe sich nicht in einem bloßen Nichtstun. Der Beklagte schulde vielmehr neben dem Unterlassen auch die Beseitigung der Störungsquelle. Stelle der Beklagte vor dem Zustandekommen des Vertrages begonnene fortdauernde Verletzungshandlungen nicht ab, handle er seiner Unterlassungspflicht zuwider. Der Beklagte sei auch gehalten, auf Dritte, deren Handeln ihm wirtschaftlich zugutekomme, einzuwirken, wenn er mit einem Verstoß ernstlich rechnen muss und zudem rechtliche und tatsächliche Einwirkungsmöglichkeiten auf das Verhalten der Dritte habe. Er hätte angesichts dessen sowohl die Branchenverzeichnisse „F..de“ und „E..de“ als auch den Betreiber der Suchmaschine Google auffordern müssen, die streitgegenständlichen Einträge (auch aus dem Cache) zu löschen. Der Beklagte sei jedoch insoweit – unstreitig – untätig geblieben.

Die Höhe der Vertragsstrafe sei nicht zu beanstanden. Sie bewege sich unterhalb des an sich bei Gewerbetreibenden Üblichen. 32

Die Verwirkung der Vertragsstrafe ergäbe sich, so der Vortrag der Klägerin erstmals in der mündlichen Verhandlung, auch daraus, dass zwei Tage vor der mündlichen Verhandlung am 28.07.2015 der Beklagte bei einer Google-Recherche mit dem Stichwort „TÜV-Sondereintragung“ bei dem Portal www.I..de zu finden gewesen sei, wie die überreichten Screenshots mit Datum von diesem Tage belegten (Anlagen zum Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 30.07.2015, Bl. 420 ff. d. GA). 33

Wegen des Parteivorbringens im Übrigen wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. 34

II. 35

Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg. Im Ergebnis zu Recht hat das Landgericht angenommen, dass der Klägerin gegen den Beklagten ein Anspruch auf Zahlung einer Vertragsstrafe aus § 339 S. 2 BGB i. V. m. der strafbewehrten Unterlassungserklärung vom 05.01.2012 in Höhe von 4.000,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 08.05.2013 zusteht. 36

1. 37

Der Senat ist ungeachtet der Frage, ob es sich bei dem von der Klägerin allein geltend gemachten Anspruch auf Vertragsstrafe um eine Streitigkeit „aus dem unlauteren Wettbewerb“ gemäß der Bestimmung in Teil A. des Geschäftsverteilungsplanes des Oberlandesgerichts Düsseldorf für das Jahr 2015, 15. Zivilsenat Nr. 2, handelt, zuständig. Die Zuständigkeit ergibt sich jedenfalls aus Teil B. Nr. 4 des Geschäftsverteilungsplanes, wonach der Senat, der in der Sache Termin zur mündlichen Verhandlung bestimmt hat, zuständig ist/bleibt. 38

2. 39

Die Feststellung des Landgerichts, dass zwischen den Parteien eine wirksame Vertragsstrafevereinbarung zustande gekommen ist, ist im Ergebnis nicht zu beanstanden. 40

a) 41

42

Die Klägerin ist aktivlegitimiert. Da sie allein vertragliche Ansprüche geltend macht, bedarf es, wie das Landgericht zutreffend angenommen hat, nicht der Feststellung, dass die Voraussetzungen des § 8 Abs. 2 Nr. 2 UWG gegeben sind.

b) 43

Die Verpflichtung zur Zahlung einer Vertragsstrafe wird, wovon das Landgericht ebenso zu Recht ausgegangen ist, nicht schon durch eine einseitige Erklärung des Schuldners begründet, sondern setzt den Abschluss eines Vertrages zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner voraus. Für das Zustandekommen eines solchen Vertrages gelten die allgemeinen Vorschriften über Vertragsschlüsse (BGH GRUR 2010, 355 – Testfundstelle; BGH GRUR 2006, 878 – Vertragsstrafevereinbarung). 44

aa) 45

Bei der Unterlassungsverpflichtungserklärung des Beklagten vom 05.01.2012 handelt es sich unstreitig, wie das Landgericht ebenfalls zutreffend festgestellt hat, um ein modifiziertes Angebot im Sinne des § 150 Abs. 2 BGB. Ob auch der weiteren Annahme des Landgerichts, dieses Angebot habe die Klägerin durch Diktat des Schreibens vom 11.01.2012 angenommen und ein Zugang der Annahmeerklärung bei dem Beklagten sei gem. § 151 BGB für das Zustandekommen des Unterlassungsvertrages nicht erforderlich, zuzustimmen ist, kann dahinstehen. Auf das Diktat und das Schreiben vom 11.01.2012 kommt es nicht an. Die Klägerin hat das modifizierte Angebot des Beklagten jedenfalls mit Schreiben vom 11.02.2013 angenommen. 46

In dem Schreiben vom 11.02.2013 hat sie zwar nicht ausdrücklich erklärt, die vom Beklagten abgegebene Unterlassungsverpflichtungserklärung vom 05.01.2012 annehmen zu wollen – was nach ihrem Vortrag auch nicht erforderlich gewesen wäre, da hiernach eine Annahme bereits mit Schreiben vom 11.01.2012 erfolgt wäre –, sie hat in dem Schreiben vom 11.02.2013 indes unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Unterlassungsverpflichtungserklärung vom 05.01.2012 die Zahlung einer Vertragsstrafe gefordert. Mit dieser Zahlungsaufforderung wegen Verwirkung der Vertragsstrafe hat die Klägerin ihren Annahmewillen konkludent in eindeutiger Weise bekundet, so dass von einer, auch für den Abschluss einer Vertragsstrafevereinbarung ausreichenden, konkludenten Annahme auszugehen ist (vgl. BGH NJW 1999, 2179, wonach selbst in einer Klageerhebung eine konkludente Annahme liegen kann. Siehe auch OLG Karlsruhe 14 U 66/08 BeckRs 2009, 25705). 47

bb) 48

Die Annahme des Angebots ist fristgerecht erfolgt, obgleich zwischen der Unterlassungsverpflichtungserklärung des Beklagten vom 05.01.2012 und dem Schreiben vom 11.02.2013 ein Zeitraum von ca. 13 Monaten liegt. 49

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. Bei einer auf Abschluss eines Unterlassungsvertrages gerichteten Unterwerfungserklärung ist aber, wie der BGH in der Entscheidung „Testfundstelle“ (GRUR 2010, 355) ausgeführt hat, 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 50

Vorschrift des § 147 Abs. 2 BGB steht, so führt der BGH weiter aus, dem nicht entgegen: 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. 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. Nur dann ist die erforderliche Abschreckungswirkung gegeben, die den Wegfall der Wiederholungsgefahr schon mit Zugang der strafbewehrten Unterlassungserklärung rechtfertigt.

Auch wenn dem Beklagten zuzugestehen ist, dass bei dem vom BGH entschiedenen Sachverhalt ein deutlich geringerer Zeitraum (11 Tage) zur Diskussion stand, lässt sich der Entscheidung kein Anhalt dafür entnehmen, dass der BGH die vorgenannten Grundsätze lediglich für Fälle aufstellen wollte, in denen es um einen ähnlichen Zeitraum geht. Ebenso wenig spricht etwas für die weitere Interpretation des Beklagten. Der BGH hat zur Begründung der Nichtbefristung weder darauf abgestellt, ob die Parteien die Sache aktuell behandeln und sich um die Problematik kümmern, noch darauf, ob im Zeitpunkt der Annahme der (vermeintliche) Unterlassungsanspruch noch gerichtlich durchsetzbar oder verjährt wäre. Der BGH hat vielmehr Gründe für die Nichtbefristung angeführt, die grundsätzlich unabhängig von dem zwischen Angebot und Annahme liegenden Zeitraum sind. Maßgeblich ist nach der Ansicht des BGH, der sich der Senat anschließt, allein die Interessenslage der Parteien. Nur dann, wenn sich diese im Zeitpunkt der Abgabe des Angebots – nur auf diesen Zeitpunkt kann es hinsichtlich der Beurteilung, ob ausnahmsweise eine zeitliche Befristung anzunehmen ist, ankommen – anders als im Regelfall darstellt, mag im Einzelfall von einer zeitlichen Begrenzung eines Angebots auszugehen sein. 51

Vorliegend ist dies indes nicht der Fall. Der Beklagte hat keine Umstände dargetan und es sind auch sonst keine ersichtlich, die dafür streiten, dass die von ihm abgegebene Unterlassungsverpflichtungserklärung vom 05.01.2012 (ausnahmsweise) befristet war. Die Erklärung selbst enthält keine Befristung; folglich auch nicht eine solche, die eine etwaige Verjährung des mit der Abmahnung geltend gemachten gesetzlichen Unterlassungsanspruchs wegen des behaupteten Wettbewerbsverstoßes berücksichtigt. Im Zeitpunkt der Abgabe der Unterlassungserklärung entsprach die Interessenslage zudem derjenigen, die der BGH seiner Entscheidung zugrunde gelegt hat. 52

Soweit der Beklagte vorträgt, die Unterlassungsverpflichtungserklärung vom 05.01.2012 habe eine Bedingung enthalten, die dazu führe, dass diese Erklärung die Wiederholungsgefahr in keinem Fall hätte beseitigt können, ist dem zu widersprechen. 53

Zwar geht der Beklagte richtigerweise davon aus, dass eine vermutete Wiederholungsgefahr grundsätzlich nur durch eine uneingeschränkte, bedingungslose, unwiderrufliche und eine angemessene Vertragsstrafe versprechende Unterlassungsverpflichtungserklärung beseitigt werden kann (BGH GRUR 2008, 815 – Buchführungsbüro; BGH GRUR 1993, 677 – Bedingte Unterwerfung; BGH GRUR 1983, 127 – Vertragsstrafeversprechen; GK-UWG/Paal § 8 Rn. 24 ff.; Köhler/Bornkamm, UWG, 33. Aufl., § 12 Rn. 1.101). Ebenso zutreffend ist, dass die 54

Unterlassungsverpflichtungserklärung des Beklagten vom 05.01.2012 eine Abweichung zur von der Klägerin vorgeschlagenen Unterlassungserklärung enthielt. In ihr findet sich nämlich bezüglich der Unterlassungsverpflichtung (Ziffer 1) der Zusatz: „soweit diese Leistung nicht zulässigerweise angeboten wird.“ Bei diesem Zusatz handelt es sich jedoch (nur) um eine unschädliche, der materiellen Rechtslage entsprechende Bedingung (vgl. BGH GRUR 2008, 815 – Buchführungsbüro), die der Unterlassungsverpflichtungserklärung nicht ihre Ernsthaftigkeit nimmt. Mit ihrer Abgabe wurde die Wiederholungsgefahr ausgeräumt.

Wie dieser Zusatz zu verstehen ist, hat das Landgericht unter Anwendung der geltenden Auslegungsregeln zutreffend festgestellt. Maßgeblich für die Auslegung eines Unterlassungsverpflichtungsvertrags (und einer empfangsbedürftigen Willenserklärung) ist der wirkliche Wille der Vertragsparteien (§§ 133, 157 BGB), bei dessen Ermittlung neben dem Erklärungswortlaut die beiderseits bekannten Umstände wie insbesondere die Art und Weise des Zustandekommens der Vereinbarung, deren Zweck sowie die Interessenlage der Vertragsparteien heranzuziehen sind (BGH GRUR 2015, 190 – Ex-RAF-Terroristin; BGH GRUR 2010, 167 – Unrichtige Aufsichtsbehörde; BGH GRUR 2006, 878 – Vertragsstrafevereinbarung; BGH GRUR 2003, 899 – Olympiasiegerin; BGH GRUR 1997, 931 – Sekundenschnell; BGH GRUR 1992, 61 – Preisvergleichsliste). Dies zugrundegelegt besagt der Zusatz lediglich, dass eine Werbung des Beklagten mit dem Hinweis „TÜV-Sondereintragung“ von dem Unterlassungsgebot in Zukunft dann nicht mehr erfasst sein soll, wenn diese Werbung infolge einer nachträglichen tatsächlichen Änderung des Sachverhalts nicht mehr wettbewerbswidrig ist. Zur Begründung kann auf die Ausführungen des Landgerichts verwiesen werden. Erwähnenswert ist darüber hinaus lediglich Folgendes: Der Wortlaut der Unterlassungserklärung ist in diesem Punkt offen. In dem Zusatz ist nicht ausdrücklich gesagt, was unter „zulässigerweise“ zu verstehen ist. Es fehlt eine Definition. Der Wortlaut besagt insbesondere auch nicht, dass stets eine (gerichtliche) Überprüfung der Zulässigkeit vorzunehmen ist. Der Raum zur Auslegung ist folglich eröffnet. Dass der Beklagte nicht die vorformulierte Erklärung der Klägerin unterzeichnet hat, sondern eine eigene Formulierung verwendet hat, führt für sich genommen auch nicht weiter. Daraus allein lässt sich nicht das vom Beklagten vorgetragene Verständnis ableiten. Der Zusatz kann vielmehr zwanglos auch so verstanden werden, wie das Landgericht dies in zutreffender Weise getan hat. Der Zusatz ist mit diesem Verständnis nicht überflüssig oder ohne Sinn. Mit ihm wird klargestellt, dass der Beklagte (entsprechend der materiellen Rechtslage) die streitgegenständliche Werbung verwenden darf, wenn sich die tatsächlichen Umstände zukünftig in der genannten Weise verändern, das Unterlassungsgebot dann also nicht gilt, und dass wegen der Zulässigkeit der Werbung in diesem Fall auch keine Vertragsstrafe geschuldet ist. Soweit der Beklagte im Rahmen der Auslegung des Vertrages vorbringt, dass er (bereits) in der Vergangenheit mittels Subunternehmen entsprechende Leistungen zulässigerweise hätte erbringen lassen und lassen können, was in der ersten Instanz unstreitig gewesen sei, weshalb er Verspätung rüge, wenn und soweit die Klägerin in der Berufungsinstanz ein dem widersprechendes Verständnis vom Inhalt der Erklärung bzw. einen davon abweichenden Parteiwillen behaupte, verfängt auch dies nicht. Verspätung liegt nicht vor. Die Klägerin hat stets die Auffassung vertreten, das beanstandete Handeln des Beklagten sei wettbewerbswidrig. Dem Verständnis des Beklagten zum Inhalt des Zusatzes ist sie nie beigetreten. In diesem Zusatz kommt schließlich auch nicht – weder direkt noch mittelbar – zum Ausdruck, dass nur eine Beweislastverlagerung zu Ungunsten des Beklagten erfolgen soll. Dafür spricht weder der Wortlaut des Zusatzes noch die erkennbare Interessenslage der Parteien. In ihrer Abmahnung vom 19.11.2011 hat die Klägerin deutlich ausgeführt, dass der Unterlassungsanspruch nur durch Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung ausgeräumt werden kann, die den oben dargelegten Grundsätzen entspricht. Von einer Erklärung, die den „Nachweis“ des Verstoßes lediglich für die Klägerin

55

erleichtern soll, ist nicht die Rede. Hierfür besteht seitens der Klägerin erkennbar auch kein Interesse, denn damit wird weder ein Rechtsstreit vermieden noch ist sichergestellt, dass der Beklagte das beanstandete Handeln zukünftig unterlässt. Der Zweck der Unterlassungsverpflichtungserklärung wäre damit augenscheinlich nicht erreicht.

Angesichts dessen ist festzustellen, dass das in der Unterlassungsverpflichtungserklärung vom 05.01.2012 liegende Angebot des Beklagten unbefristet war und somit von der Klägerin auch noch mit einem Schreiben, das ca. 13 Monate später verfasst wurde, angenommen werden konnte. Da vorliegend kein „Anspruch“ der Klägerin auf Annahme im Raum steht, geht der Einwand des Beklagten, ein solcher sei verjährt oder verwirkt, von vornherein ins Leere. Gleiches gilt für die erhobene Einrede der Verjährung mit Blick auf ein „entsprechendes Angebot“ der Klägerin. Da zudem für die Auslegung der Unterlassungsverpflichtungserklärung auf den Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung abzustellen ist, erübrigen sich auch weitere Überlegungen dazu, ob – wie der Beklagte meint – etwaige gesetzliche Ansprüche der Klägerin zwischenzeitlich verjährt sind. Sie waren es am 05.01.2012 unstreitig jedenfalls nicht. 56

cc) 57

Soweit der Beklagte einwendet, die Geltendmachung eines Zahlungsanspruchs scheitere daran, dass der Unterlassungsvertrag nichtig und unwirksam sei, weil der Vertrag unter Vorspiegelung falscher Tatsachen erlangt worden sei, nämlich unter Vorspiegelung der Behauptung der Klägerin in dem Abmahnschreiben, markenrechtliche Ansprüche der Firmengruppe TÜV geltend zu machen, obgleich die Klägerin selbst nicht in Abrede stelle, dass es ihr hierzu an jeglicher Berechtigung fehle, weshalb der Unterlassungsvertrag insbesondere nach § 8 Abs. 4 UWG unbeachtlich und als Anspruchsgrundlage untauglich wäre, verfängt dies bereits im Ansatz nicht. Die Klägerin hat weder in der Abmahnung vom 19.12.2011 noch zu einem anderen Zeitpunkt behauptet, Ansprüche aus Markenrecht und/oder Ansprüche für die TÜV-Firmengruppe geltend zu machen. Sie hat insbesondere ihre Abmahnung allein auf einen ihrer Ansicht nach gegebenen Wettbewerbsverstoß gemäß § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 UWG gestützt. Auch ihre weiteren Schreiben und ihr Vortrag im Prozess bieten für die Behauptung des Beklagten keinerlei Anhaltspunkte. Es ist mithin weder ein Nich-tigkeitsgrund bzw. ein Unwirksamkeitsgrund ersichtlich oder dargetan noch stellt sich die Geltendmachung eines Vertragsstrafenanspruchs als eine unzulässige Rechtsausübung gem. § 8 Abs. 4 UWG dar, wobei im Falle einer solchen im Übrigen der Klägerin (bereits) die Prozessführungsbefugnis zu versagen wäre. 58

c) 59

Das Landgericht hat des Weiteren zutreffend festgestellt, dass der Beklagte die Vertragsstrafe verwirkt hat, weil die Internetrecherche mittels der Suchmaschine Google für den Beklagten den Hinweis „TÜV-Sondereintragungen“ enthält. 60

Nach § 339 S. 2 BGB wird die Vertragsstrafe mit der Zuwiderhandlung verwirkt, wobei die Parteien im Rahmen der Vertragsfreiheit im Einzelnen regeln können, unter welchen Voraussetzungen die Vertragsstrafe verwirkt sein soll (BGH, GRUR 2001, 758, 759 – Trainingsvertrag). Es gelten die allgemeinen Grundsätze der Vertragsauslegung nach §§ 133, 157 BGB. In der Regel ist eine Vertragsstrafe für jeden Fall der (schuldhaften) Zuwiderhandlung zu zahlen (BGH GRUR 2001, 758, 759 – Trainingsvertrag; Brüning, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 3. A., 2013, § 12 Rn. 214 m. w. N.), wobei regelmäßig nur solche Zuwiderhandlungen einen Anspruch auf Zahlung der Vertragsstrafe auslösen, die ab dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses begangen wurden (BGH GRUR 2006, 61

878 – Vertragsstrafevereinbarung; BGH GRUR 1993, 34 – Bedienungsanweisung). Etwas anderes gilt nur, wenn die Parteien vereinbart haben, dass die Vertragsstrafe auch rückwirkend, d. h. ab Zeitpunkt der Abgabe des Vertragsangebotes durch den Beklagten begangene Verstöße erfassen soll.

aa) 62

Ausgehend hiervon ist zunächst festzustellen, dass nur Zuwiderhandlungen, die nach dem Zustandekommen des Vertrages begangen wurden, zur Verwirkung einer Vertragsstrafe führen. Eine Rückwirkung ist dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag nicht zu entnehmen. 63

Der Wortlaut der Unterlassungsverpflichtungserklärung vom 05.01.2012 gibt für dieses Verständnis nichts her. In Ziffer 2. wird vielmehr „für jeden Fall zukünftiger schuldhafter Zuwiderhandlungen“ eine Vertragsstrafe versprochen. Gleiches gilt für die von der Klägerin vorgeschlagene, der Abmahnung beigefügten Unterlassungserklärung vom 19.11.2011, in der es in Ziffer 2. ebenfalls heißt, dass „für jeden Fall zukünftiger schuldhafter Zuwiderhandlungen“ eine Vertragsstrafe zu zahlen ist. Auch dem weiteren Schriftverkehr der Parteien (Bl. 132 ff. d GA) ist nichts für eine Rückwirkung zu entnehmen. 64

Für die Erfassung der vor Abschluss der Vereinbarung liegenden Verstöße spricht auch nicht die Interessenslage der Parteien. Aus der Sicht des Schuldners soll eine durch ein Vertragsstrafeversprechen gesicherte Unterlassungsverpflichtung in der Regel sicherstellen, dass für von ihr erfasste Handlungen weder eine Wiederholungsgefahr noch eine Erstbegehungsgefahr besteht. Aus der Sicht des Gläubigers geht es in erster Linie um die Sicherung seines als schutzwürdig angesehenen Interesses am Unterbleiben weiterer Zuwiderhandlungen. Außerdem dient die strafbewehrte Unterlassungserklärung aus der Sicht des Gläubigers dazu, einen gerichtlichen Unterlassungstitel zu ersetzen. Es wird deshalb im Allgemeinen weder dem Interesse des Gläubigers noch dem Interesse des Schuldners entsprechen, durch die Unterlassungsverpflichtung schlechter gestellt zu werden als durch ein entsprechendes Urteil (BGH GRUR 2006, 878 – Vertragsstrafevereinbarung; BGH GRUR 2001, 758 – Trainingsvertrag). Eine Vertragsstrafe für rückwirkende Verstöße stellt einen Schuldner jedoch schlechter, denn im Falle des Erwirkens eines Unterlassungstitels würden ihm nur zukünftige Verstöße untersagt. Dass sich die Interessenslage der Parteien im vorliegenden Fall anders darstellt, ist nicht festzustellen. 65

Demzufolge kann nur das Auffinden des Hinweises „TÜV-Sondereintragungen“ bei der Internetrecherche mit der Suchmaschine Google als Zuwiderhandlung in Betracht kommen. Nur insoweit hat die Klägerin mittels des in der mündlichen Verhandlung überreichten Ausdrucks des Screenshots vom 28.07.2015 (Anlage zum Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 30.07.2015, Bl. 420 d. GA) einen Verstoß dargetan, der nach dem Vertragsschluss liegt, wobei dahin stehen kann, wann genau der Vertrag zustande kommen ist, an welchem Tag das Schreiben vom 11.02.2013 dem Beklagten zugegangen ist und ob der Beklagte auf den Zugang dieses Annahmeschreibens verzichtet hat. Selbst wenn der Zugang des Schreibens vom 11.02.2013 zum Vertragsschluss notwendig war, ist dieser Zugang, der als solches unstreitig ist, jedenfalls vor dem 28.07.2015 erfolgt. Das Schreiben ist unstreitig auf dem Postwege an den Beklagten versandt worden und ist diesem, wie sein Schreiben vom 07.05.2013 (Bl. 20 d. GA) belegt, jedenfalls vor Mai 2013 zugegangen. 66

Dass die von der Klägerin mit der Klageschrift vorgetragenen Verstöße auf den Internetseiten „www.E..de“ und „www.F..de“ nach Abschluss des Vertrages erfolgt sind, ist demgegenüber nicht feststellbar. Die Klägerin selbst trägt vor, dass die insoweit vorgelegten Ausdrucke der 67

Internetseiten dem Schreiben vom 11.02.2013 beilagen und diese das Datum desselben Tages tragen. Die behaupteten Verstöße wären auch danach vor dem Zugang des Schreibens vom 11.02.2013 beim Beklagten erfolgt und lägen damit vor Vertragsschluss. Sofern von einem Verzicht des Zugangs der Annahmeerklärung auszugehen wäre, würde dies zu keinem anderen Ergebnis führen. Dann wäre nur dargetan, dass die behaupteten Zuwiderhandlungen „zeitgleich“ mit Abgabe der Erklärung erfolgt sind.

bb) 68

Dem Beklagten war es aufgrund der Unterlassungsverpflichtungserklärung vom 05.01.2012 untersagt, mit dem Hinweis „TÜV-Sondereintragungen“ zu werben, sofern diese Werbung nicht infolge einer nachträglichen tatsächlichen Änderung des Sachverhalts zulässig wird. Infolge dessen stellt es einen schuldhaften Verstoß gegen die Unterlassungsverpflichtung dar, wenn am 28.07.2015 die Internetrecherche mit der Suchmaschine Google auf der ersten Seite einen „Treffer“ anzeigt, in dem der Beklagte mit dem streitgegenständlichen Hinweis wirbt. 69

aaa) 70

Eine nachträgliche Änderung der Umstände ist unstreitig nicht eingetreten. Mit dem Einwand, es habe überhaupt kein abmahnfähiger Verstoß vorgelegen, weil der von ihm auf seiner Internetseite verwendete Hinweis zulässig gewesen sei, ist der Beklagte infolge des Unterlassungsverpflichtungsvertrages ausgeschlossen. Insoweit kann auf die zutreffenden Ausführungen des Landgerichts verwiesen werden. 71

bbb) 72

Mit dem von der Klägerin in der mündlichen Verhandlung vorgetragenen Ergebnis der mit der Suchmaschine Google durchgeführten Internetrecherche am 28.07.2015 hat die Klägerin keinen neuen bzw. anderen Streitgegenstand in den Prozess eingeführt. 73

Die Klägerin hat ihren Klageantrag stets auch mit dem Ergebnis einer Internetrecherche mittels der Suchmaschine Google begründet. Bereits in der Klageschrift hat sie insoweit den Verstoß darin gesehen, dass der Beklagte keine Löschung seiner Einträge bei Google vorgenommen oder veranlasst hat, sondern insoweit untätig geblieben ist. Es geht mithin darum, dass ein bereits bestehender rechtswidriger Zustand aufrecht erhalten wird, weil der Beklagte eine einzige zur Abstellung des rechtswidrigen Zustandes obliegende Handlung unterlassen hat. Diesem Unterlassen lag allein ein Entschluss des Beklagten zugrunde. Demzufolge führt nicht jede Google-Recherche, die als Ergebnis den Beklagten und die untersagte Werbung zu Tage fördert, zu einem eigenständigen Verstoß, der als neuer Streitgegenstand zu betrachten wäre und gegebenenfalls jeweils eine (weitere) Vertragsstrafe nach sich ziehen würde. Vielmehr handelt es sich insoweit um ein und denselben Lebenssachverhalt. 74

Die von der Klägerin in der Klageschrift vorgelegten Screenshots mit Datum vom 11.02.2013 und der in der mündlichen Verhandlung vorgelegte Screenschot vom 28.07.2015 von den Ergebnissen der Internetrecherche mittels Google dienen allein beispielhaft zum Beleg der Zuwiderhandlung in Form des Unterlassens. 75

ccc) 76

77

Dass am 28.07.2015 die Internetrecherche bei Google das Ergebnis wie auf dem in der mündlichen Verhandlung überreichten Screenshot (Anlage zum Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 30.07.2015, Bl. 420 d. GA) erbracht hat, hat der Beklagte nicht in Abrede gestellt.

Die mit nachgelassenem Schriftsatz vorgebrachten Einwände und das dortige Bestreiten beziehen sich allein auf die Internetseite www.I..de auf die der Treffer der Google-Recherche verweist. Auf diese Internetseite bzw. Adresse kommt es vorliegend indes nicht an, weil bereits das Anzeigen des Hinweises „TÜV-Sondereintragungen“ für den Beklagten als Treffer bei der Internetrecherche mittels Googles als Werbung zu verstehen und damit als Zuwiderhandlung anzusehen ist. 78

Werbung im Sinne des Unterlassungsvertrages ist nach dem insoweit übereinstimmenden Vortrag der Parteien jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen zu fördern. Der Begriff umfasst folglich die unterschiedlichsten Werbeformen. Da die Treffer der Recherche mit der Suchmaschine Google sowohl den Namen des Beklagten, seinen Standort als auch die von ihm angebotenen Dienstleistungen angeben, dienen sie der Förderung des Dienstleistungsabsatzes. 79

ddd) 80

Der Beklagte war aufgrund der Unterlassungsverpflichtungserklärung vom 05.01.2012 auch verpflichtet, die Suchmaschine Google zur Löschung der streitgegenständlichen Einträge, auch aus dem Cache, aufzufordern. 81

Die Verpflichtung zur Unterlassung einer Handlung, durch die ein fortdauernder Störungszustand geschaffen wurde, ist mangels abweichender Anhaltspunkte regelmäßig dahin auszulegen, dass sie nicht nur die Unterlassung derartiger Handlungen, sondern auch die Vornahme möglicher und zumutbarer Handlungen zur Beseitigung des Störungszustands umfasst (BGH GRUR 2015, 258 – CT-Paradies). Hat eine Verletzungshandlung einen andauernden rechtswidrigen Verletzungszustand hervorgerufen, besteht neben dem Unterlassungsanspruch ein Beseitigungsanspruch (BGH GRUR 2015, 258 – CT-Paradies; BGH GRUR 1977, 814 – Gebäudefassade). Dabei handelt es sich um selbstständige Ansprüche mit grundsätzlich unterschiedlicher Zielrichtung. Der Gläubiger hat es in der Hand, ob er den einen oder den anderen Anspruch oder aber beide Ansprüche geltend macht. Er kann bei einer solchen Fallgestaltung allerdings auch bereits mit dem Unterlassungsanspruch die Beseitigung des Verletzungszustands verlangen. Das folgt daraus, dass bei einer Dauerhandlung die Nichtbeseitigung des Verletzungszustands gleichbedeutend mit der Fortsetzung der Verletzungshandlung ist (BGH GRUR 2015, 258 – CT-Paradies; BGH GRUR 1977, 814 – Gebäudefassade). Vereinbaren die Parteien in einem solchen Fall eine Unterlassungsverpflichtung, ist regelmäßig davon auszugehen, dass diese auch die Verpflichtung zur Beseitigung des Verletzungszustands umfasst, wenn keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sie allein die Verpflichtung zur Unterlassung zukünftiger Verletzungshandlungen erfassen soll. 82

Danach ist die Unterlassungsverpflichtungserklärung des Beklagten vom 05.01.2012 dahin auszulegen, dass sie auch die Verpflichtung umfasst, den durch die ursprüngliche Verwendung des Hinweises „TÜV-Sondereintragungen“ auf der eigenen Internetseite geschaffenen Störungszustand zu beseitigen, soweit es ihm möglich und zumutbar ist. 83

84

Vorliegend bestehen nämlich keine Anhaltspunkte dafür, dass sich die Unterlassungsverpflichtungserklärung ausnahmsweise nicht auf die Verpflichtung zur Beseitigung des Verletzungszustands erstreckt. Das Vertragsstrafeversprechen bezieht sich zwar nur auf „zukünftige“ Zuwiderhandlungen, also solche, die nach Zustandekommen der Vereinbarung liegen. Jedoch stellt auch eine fortdauernde Beeinträchtigung eine zukünftige Zuwiderhandlung dar.

Die Unterlassungsverpflichtung umfasst die Pflicht des Beklagten, im Rahmen des ihm Möglichen und Zumutbaren beim Betreiber der Suchmaschine Google auf eine Löschung des streitgegenständlichen Eintrages hinzuwirken, wobei sich diese Verpflichtung auch auf die Entfernung aus dem Cache erstreckt. Zwar hat ein Schuldner für das selbstständige Handeln Dritter grundsätzlich nicht einzustehen. Er ist jedoch gehalten, auf Dritte, deren Handeln ihm wirtschaftlich zugutekommt, einzuwirken, wenn er mit einem Verstoß ernstlich rechnen muss und zudem rechtliche und tatsächliche Einwirkungsmöglichkeiten auf das Verhalten der Dritten hat. Insoweit kann sich der Schuldner nicht darauf berufen, dass der Verstoß ohne sein Zutun erfolgt ist (BGH GRUR 2014, 595 – Vertragsstrafenklausel). Die streitgegenständlichen Einträge bzw. Treffer bei Google beruhten letztlich auf der eigenen Internetseite des Beklagten. Damit, dass eine allseits bekannte und gängige Suchmaschine die Einträge auf seiner Internetseite auffinden und seine Angaben bei einer Suchanfrage ausweisen wird, musste der Beklagte rechnen. Es kam ihm auch wirtschaftlich zugute. Folglich war er aufgrund der von ihm übernommenen Unterlassungsverpflichtung gehalten, unverzüglich eigene Recherchen über die Verwendung des ihm untersagten Hinweises durchzuführen und jedenfalls den Betreiber der Suchmaschine Google aufzufordern, den streitgegenständlichen Eintrag zu entfernen. Da Google zudem unstreitig ein Webmaster-Tool bereit hält, über das die Löschung im Cache gespeicherter veralteter oder gelöschter Informationen beantragt und damit ihre Anzeige verhindert werden kann, war es dem Beklagten auch möglich und zumutbar, die Entfernung des streitgegenständlichen Hinweises aus dem Cache zu beantragen. 85

Dass das Herantreten an den Betreiber einer Suchmachine verbunden mit der Aufforderung bestimmte Einträge zu löschen möglich und zumutbar ist, sieht der Beklagte, der dies bezüglich Google konkret nicht in Abrede gestellt hat, an sich ebenso wie seine Korrespondenz mit den Betreibern der Seiten www.B..de, www.C..de, www.D..de und www.I..de bestätigt. 86

Soweit der Beklagte behauptet, bei Google sei im Zeitpunkt der Abgabe der Unterlassungsverpflichtungserklärung ein entsprechendes Ergebnis nicht auffindbar gewesen, kann dahin stehen, ob dies zutrifft. Selbst wenn dies zugunsten des Beklagten unterstellt würde, kann nicht außer Acht gelassen werden, dass nach seinem Vortrag jedenfalls bei den Betreibern der oben genannten Internetseiten der entsprechende Eintrag nach Abgabe der Erklärung vorhanden war. Jedenfalls auf den Seiten www.B..de, www.C..de und www.D..de fand sich die streitgegenständliche Werbung auch auf Veranlassung des Beklagten. Damit, dass die Suchmaschine Google diese Einträge solange (also auch noch nach Abgabe der Unterlassungsverpflichtungserklärung) auffinden und bei einer Recherche anzeigen wird, wie sie im Internet auf diesen Seiten zu finden sind, musste der Beklagte rechnen. Also selbst dann, wenn eine Recherche mittels Google erst nach Abgabe der Unterlassungsverpflichtungserklärung die streitgegenständliche Werbung aufgezeigt hätte, würde sie (mittelbar) auf der eigenen Internetwerbung des Beklagten beruhen. Gerade wegen dieses Umstandes besteht die oben genannte Pflicht, auf die Löschung hinzuwirken. 87

88

Gegen diese ihm obliegende Verpflichtung hat der Beklagte schuldhaft verstoßen. Er ist unterstreitig gegenüber Google nicht tätig geworden; er hat Google nicht einmal aufgefordert, den streitgegenständlichen Eintrag zu löschen. Er hat sich vielmehr auf den Standpunkt gestellt, die Klägerin solle sich selbst an den Betreiber der Suchmaschine wenden (Schreiben vom 07.05.2013, Bl. 20 d. GA).

eee) 89

Mit dem Einwand, die Klägerin habe eine lebensfremde und unrealistische Suchanfrage durchgeführt, weil sie „tüv sondereintragung J. oberhausen“ (oder Teile davon) in die Suchmaske eingegeben habe, und dem weiteren Einwand, dem Verstoß sei keine wettbewerbliche Relevanz zu entnehmen, dringt der Beklagte gleichfalls nicht durch. 90

Zum einen gibt es auch Verbraucher, denen der Beklagte bereits bekannt ist und/oder die bei ihm bereits in der Vergangenheit Kunde waren. Diese Verbraucher werden, wenn sie nach dem Beklagten und seinen Dienstleistungsangeboten im Internet mittels der Suchmaschine Google recherchieren, die Suche entsprechend der Suchanfrage der Klägerin eingrenzen, und somit die Werbung auffinden. Zum anderen setzt die Verwirkung der Vertragsstrafe ohne eine ausdrückliche oder konkludente Einschränkung der Unterwerfungserklärung nicht voraus, dass der Verstoß gegen das Unterlassungsgebot geeignet ist, den Wettbewerb auf dem relevanten Markt wesentlich zu beeinträchtigen (BGH GRUR 2010, 167 – Unrichtige Aufsichtsbehörde). Eine derartige Einschränkung sieht der Wortlaut der Unterlassungsverpflichtungserklärung vom 05.01.2012 nicht vor; sie ergibt sich im vorliegenden Fall auch nicht aus anderen Umständen. Auch der Beklagte hat zu einer entsprechenden Einschränkung nichts vorgetragen. 91

d) 92

Der vorliegende Verstoß rechtfertigt, wie das Landgericht zu Recht festgestellt hat, eine Vertragsstrafe in Höhe von 4.000,00 €. Insoweit wird auf die überzeugenden Ausführungen des Landgerichts Bezug genommen. Der Beklagte hat nichts Neues vorgetragen, was zu einer Abweichung Veranlassung gibt. 93

Auf die weiteren von der Klägerin behaupteten Verstöße kommt es, wie auch das Landgericht erkannt hat, demzufolge nicht an. Die diesbezüglichen Streitfragen der Parteien bedürfen keiner Klärung. 94

III. 95

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. 96

Die Anordnungen zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergeben sich aus den §§ 708 Nr. 10, 711, 108 ZPO. 97

Die Revision ist nicht zuzulassen. Es handelt sich um eine reine Einzelfallentscheidung ohne grundsätzliche Bedeutung, mit der der Bundesgerichtshof auch nicht im Interesse einer Fortbildung des Rechts oder der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung befasst werden muss (§ 543 Abs. 2 ZPO). 98

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 4.000,00 € festgesetzt. 99

Der nicht nachgelassene Schriftsatz der Klägerin vom 11.08.2015 ist unberücksichtigt geblieben. Eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung gem. § 156 ZPO ist nicht 100

veranlasst.

X. Y. Z. 101