

<b>Volltext zu:</b>	MIR 2022, Dok. 089
<b>Veröffentlicht in:</b>	MIR 11/2022
<b>Gericht:</b>	BGH
<b>Aktenzeichen:</b>	I ZR 141/21- Vertragsstrafenverjährung
<b>Entscheidungsdatum:</b>	27.10.2022
<b>ECLI:</b>	ECLI:DE:BGH:2022:271022UIZR141.21.0
<b>Vorinstanz(en):</b>	AG Köln, 22.06.2022 - 148 C 31/20 LG Köln, 26.08.2021 - 14 S 11/20
<b>Bearbeiter:</b>	Rechtsanwalt Thomas Ch. Gramespacher
<b>Permanenter Link MIR-Dok.:</b>	<a href="http://medien-internet-und-recht.de/volltext.php?mir_dok_id=3232">http://medien-internet-und-recht.de/volltext.php?mir_dok_id=3232</a>

MEDIEN INTERNET und RECHT und alle in der Publikation/Zeitschrift enthaltenden Inhalte, Beiträge, Abbildungen und Veröffentlichungen sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen sowie die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen. Die Verlagsrechte erstrecken sich auch auf die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und deren Leitsätze, die urheberrechtlichen Schutz genießen, soweit sie vom Einsender oder von der Schriftleitung/Redaktion redigiert bzw. erarbeitet sind. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließliche Nutzungs-/Verlagsrecht für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts. Diese Rechtsübertragung bezieht sich insbesondere auf das Recht des Verlages, das Werk zu gewerblichen Zwecken per Kopie (Mikrofilm, Fotokopie, CD-ROM, Dateikopien oder andere Verfahren in Online- und Printmedien etc.) zu vervielfältigen und/oder in elektronische oder andere Datenbanken aufzunehmen. Für unverlangt eingesandte Manuskripte wird keine Haftung übernommen. Mit Namen (Autor/Gericht/Quelle) gekennzeichnete Beiträge stellen nicht unbedingt die Meinung der Redaktion dar. Inhaltliche/redaktionelle Fehler vorbehalten.

## **BUNDESGERICHTSHOF IM NAMEN DES VOLKES URTEIL**

### **in dem Rechtsstreit**

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. Juli 2022 durch (...)

#### **für Recht erkannt:**

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil der 14. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 26. August 2021 in der Fassung des Beschlusses vom 30. September 2021 aufgehoben.

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

### **Von Rechts wegen**

#### **Tatbestand:**

**1** Der Kläger ist Berufsfotograf. Der Beklagte verwendete im Jahr 2013 ein vom Kläger gefertigtes Lichtbild eines Antennenrotors für ein Verkaufsangebot auf der Internet-Handelsplattform eBay. Auf eine Berechtigungsanfrage des Klägers verpflichtete sich der Beklagte unter dem 10. Juni 2013, es bei Meidung einer für jeden Fall der Zuwiderhandlung vom Kläger zu bestimmenden, im Streitfall durch das zuständige Gericht zu überprüfenden angemessenen Vertragsstrafe zu unterlassen, das Lichtbild oder Teile hiervon ohne die erforderlichen Rechte im Internet öffentlich zugänglich zu machen oder öffentlich zugänglich machen zu lassen. Der Kläger nahm die Unterlassungserklärung mit Schreiben vom 19. Juni 2013 an.

**2** Das Lichtbild blieb noch bis Mai 2014 als Produktabbildung in den Verkaufsangeboten des Beklagten auf verschiedenen Länderseiten der Internet-Handelsplattform eBay abrufbar. Der Kläger forderte den Beklagten mit Einschreiben vom 22. Dezember 2016 zur Zahlung einer Vertragsstrafe von 3.600 € auf. Der Beklagte verweigerte die Annahme des Einschreibens. Der Kläger versandte am 12. Dezember 2017 ein inhaltsgleiches Einschreiben, das der Beklagte nicht abholte, und am 14. Dezember 2017 eine gleichlautende E-Mail. Mit dem Beklagten zugewandtem Schreiben vom 16. Oktober 2019 sowie mit anwaltlichem Schreiben vom 4. November 2019 forderte der Kläger den Beklagten erfolglos zur Zahlung einer Vertragsstrafe von 3.250 € auf.

**3** Mit der am 23. Dezember 2019 beim Amtsgericht eingegangenen und dem Beklagten am 23. Januar 2020 zugestellten Klage hat der Kläger den Beklagten auf Zahlung einer Vertragsstrafe von 3.250 € sowie von

außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten über 434,05 € jeweils nebst Zinsen in Anspruch genommen. Der Beklagte ist der Klage entgegengetreten und hat die Einrede der Verjährung erhoben.

**4** Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen (AG Köln, Urteil vom 22. Juni 2020 - 148 C 31/20, juris). Die Berufung des Klägers ist ohne Erfolg geblieben (LG Köln, ZUM-RD 2022, 41). Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, verfolgt der Kläger seine Klageanträge weiter.

#### **Entscheidungsgründe:**

**5 A.** Das Berufungsgericht hat angenommen, selbst wenn der Beklagte die vom Kläger geforderte Vertragsstrafe verwirkt haben sollte, seien die geltend gemachten Ansprüche nicht gerechtfertigt, weil der Beklagte aufgrund der erhobenen Verjährungseinrede die Leistung verweigern könne. Dazu hat es ausgeführt:

**6** Ein möglicher Vertragsstrafeanspruch sei spätestens mit Ablauf des Jahres 2017 verjährt, so dass die im Jahr 2019 eingegangene Klage die Verjährung nicht mehr habe hemmen können. Der Lauf der dreijährigen Verjährungsfrist sei nicht erst mit der zu unterstellenden Bestimmung der Höhe der Vertragsstrafe und ihrer Einforderung durch das Schreiben des Klägers vom 22. Dezember 2016 in Gang gesetzt worden. Vielmehr habe die Verjährung bereits mit Ablauf des Jahres 2014 begonnen, in dem die Zuwiderhandlung des Beklagten zuletzt erfolgt sei. Es sei zweifelhaft, ob es sich bei dem Vertragsstrafeanspruch um einen verhaltenen Anspruch handele, weil es zwar einer Konkretisierung des Leistungsgegenstands durch den Gläubiger bedürfe, der Anspruch jedoch durch den Verstoß gegen die Unterlassungsverpflichtung entstehe und deshalb sofort geltend gemacht werden könne. Jedenfalls müsse der Gläubiger keine durch die Bestimmung der Höhe der Vertragsstrafe auszuübende Wahl zwischen der Zahlung der Vertragsstrafe einerseits und der Erfüllung der Unterlassungsverpflichtung oder der Leistung von Schadensersatz andererseits treffen. Begänne die Verjährung erst mit der Leistungsbestimmung durch den Gläubiger, könnte dieser den Beginn und damit den Eintritt der Verjährung nach seinem Belieben bestimmen. Dies widerspräche dem Sinn und Zweck des Verjährungsrechts, den Schuldner vor Beweisnöten infolge Zeitablaufs zu schützen, sowie dem Bedürfnis der Parteien und des Rechtsverkehrs nach klaren und eindeutigen Verhältnissen.

**7** Da der Vertragsstrafeanspruch des Klägers nicht durchsetzbar sei, habe der Beklagte auch die nach Eintritt der Verjährung angefallenen vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten nicht auszugleichen.

**8 B.** Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision des Klägers hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

**9 I.** Die Revision des Klägers ist aufgrund ihrer Zulassung durch das Berufungsgericht statthaft (§ 543 Abs. 1 Nr. 1 ZPO). Soweit das Berufungsgericht im Tenor des angefochtenen Urteils ausgeführt hat, es lasse die Revision nicht zu, hat es den Ausspruch nachträglich wegen offenkundiger Unrichtigkeit dahin berichtigt, dass die Revision zugelassen werde. Eine im Berufungsurteil nicht ausgesprochene Zulassung der Revision kann gemäß § 319 Abs. 1 ZPO im Wege der Berichtigung mit bindender Wirkung nachgeholt werden, wenn sich aus dem Zusammenhang der Entscheidung selbst oder zumindest aus den Vorgängen bei ihrer Verkündung zweifelsfrei ergibt, dass das Berufungsgericht die Revision bereits im Urteil zulassen wollte und der entsprechende Ausspruch aufgrund eines Schreibfehlers bloß versehentlich unterblieben ist (vgl. BGH, Urteil vom 10. Februar 2015 - XI ZR 187/13, WM 2015, 822 [juris Rn. 7] mwN). So verhält es sich hier. Das Berufungsgericht hat in den Gründen des angefochtenen Urteils angeführt, es lasse die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung und zur Fortbildung des Rechts zu, weil die umstrittene Frage des Verjährungsbeginns höchstrichterlich noch nicht entschieden sei. Diese Ausführungen lassen eindeutig den Willen des Berufungsgerichts erkennen, die Revision zuzulassen.

**10 II.** Die Klage ist zulässig. Insbesondere genügt sie den Bestimmtheitsanforderungen des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Die Bestimmtheit des Klagebegehrens ist auch im Revisionsverfahren von Amts wegen zu prüfen (BGH, Urteil vom 9. September 2021 - I ZR 113/20, GRUR 2021, 1425 [juris Rn. 12] = WRP 2021, 1437 - Vertragsdokumentengenerator, mwN). Der Bestimmtheit des Vertragsstrafebegehrens steht nicht entgegen, dass der Kläger nur einen Teilbetrag der anfangs geforderten Vertragsstrafe von 3.600 € gerichtlich geltend macht. Insoweit handelt es sich nicht um eine unzulässige Teilklage.

**11** Das Berufungsgericht hat unterstellt, dass der Kläger mit Schreiben vom 22. Dezember 2016 sein Recht zur Bestimmung einer angemessenen Vertragsstrafe gegenüber dem Beklagten wirksam ausgeübt hat. In diesem Fall hat er die Höhe der vom Beklagten zu zahlenden Vertragsstrafe nach § 315 Abs. 1 und 2 BGB unwiderruflich und damit endgültig auf einen Betrag von 3.600 € konkretisiert (vgl. BGH, Urteil vom 24. Januar 2002 - IX ZR 228/00, NJW 2002, 1421 [juris Rn. 40]; Urteil vom 19. Januar 2005 - VIII ZR 139/04, NJW-RR 2005, 762 [juris Rn. 34]; Staudinger/Rieble, BGB [2020], § 315 Rn. 349). Hierdurch ist der Kläger jedoch nicht

prozessual daran gehindert, einen Teilbetrag von 3.250 € gerichtlich geltend zu machen. Er verlangt wegen der Abrufbarkeit des Lichtbilds auf der Internet-Handelsplattform eBay von Juni 2013 bis Mai 2014 die Zahlung einer einzigen Vertragsstrafe und verfolgt daher einen einheitlichen prozessualen Anspruch. In einem solchen Fall steht es dem Kläger frei, ob er seinen Anspruch in vollem Umfang oder nur teilweise geltend macht (BeckOK.ZPO/Bacher, 46. Edition [Stand 1. September 2022], § 253 Rn. 54).

**12 III.** Die Annahme des Berufungsgerichts, die Klage sei unbegründet, hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann ein durchsetzbarer Anspruch des Klägers auf Zahlung der geltend gemachten Vertragsstrafe nicht verneint werden. Damit kann auch die Abweisung des Antrags auf Erstattung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten keinen Bestand haben.

**13 1.** Für die rechtliche Prüfung in der Revisionsinstanz ist zugunsten des Klägers davon auszugehen, dass ihm gegen den Beklagten ein Anspruch auf Zahlung einer Vertragsstrafe in der geforderten Höhe zusteht.

**14** Das Berufungsgericht hat unterstellt, dass der Beklagte schuldhaft gegen seine Unterlassungserklärung verstoßen und deshalb eine Vertragsstrafe verwirkt habe, indem er nicht dafür gesorgt habe, dass das Lichtbild aus seinen Verkaufsangeboten auf allen Länderseiten der Internet-Handelsplattform eBay entfernt worden sei. Es hat ferner unterstellt, dass der Kläger mit Einschreiben vom 22. Dezember 2016, dessen Annahme der Beklagte unberechtigt verweigert habe, die Höhe der Vertragsstrafe verbindlich bestimmt habe.

**15** Dabei ist das Berufungsgericht zutreffend davon ausgegangen, dass eine Vertragsstrafe in der Weise vereinbart werden kann, dass dem Gläubiger gemäß § 315 Abs. 1 BGB für den Fall einer künftigen Zuwiderhandlung des Schuldners gegen die vertragliche Unterlassungspflicht die Bestimmung der Strafhöhe nach seinem billigen Ermessen überlassen bleibt und diese Bestimmung im Einzelfall nach § 315 Abs. 3 BGB durch ein Gericht überprüft werden kann ("Hamburger Brauch", vgl. BGH, Urteil vom 17. September 2009 - I ZR 217/07, GRUR 2010, 355 [juris Rn. 30] = WRP 2010, 649 - Testfundstelle; Urteil vom 13. November 2013 - I ZR 77/12, GRUR 2014, 595 [juris Rn. 18] = WRP 2014, 587 - Vertragsstrafenklausel; Wimmers in Schrickler/Loewenheim, Urheberrecht, 6. Aufl., § 97 UrhG Rn. 220). In einem solchen Fall bestimmt bei einer Zuwiderhandlung des Schuldners der Gläubiger gemäß § 315 Abs. 2 BGB gegenüber dem Schuldner die angemessene Höhe der nach § 339 Satz 2 BGB verwirkten Vertragsstrafe formlos durch eine einseitige empfangsbedürftige Erklärung (BeckOGK.BGB/ Netzer, Stand 1. September 2022, § 315 Rn. 65 f.; MünchKomm.BGB/Würdinger, 9. Aufl., § 315 Rn. 44). Verweigert der Schuldner unberechtigt die Annahme einer schriftlichen Vertragsstrafenbestimmung seitens des Gläubigers, muss er sich gemäß § 242 BGB so behandeln lassen, als sei ihm die Erklärung zugegangen (vgl. BGH, Urteil vom 27. Oktober 1982 - V ZR 24/82, NJW 1983, 929 [juris Rn. 29]; Urteil vom 26. November 1997 - VIII ZR 22/97, BGHZ 137, 205 [juris Rn. 18]; Grüneberg/Ellenberger, BGB, 81. Aufl., § 130 Rn. 16).

**16 2.** Die Revision wendet sich mit Erfolg gegen die Beurteilung des Berufungsgerichts, der Beklagte könne die Zahlung der vom Kläger verlangten Vertragsstrafe gemäß § 214 Abs. 1 BGB verweigern, weil ein möglicher Vertragsstrafensanspruch verjährt sei.

**17 a)** Ein Anspruch auf Zahlung einer Vertragsstrafe wegen schuldhaften Verstoßes gegen eine strafbewehrte Unterlassungserklärung, die - wie hier - wegen der Beanstandung einer Urheberrechtsverletzung abgegeben worden ist, verjährt als ausschließlich vertraglich begründeter Anspruch nach den zivilrechtlichen Regelungen der §§ 194 ff. BGB (Dreier in Dreier/Schulze, UrhG, 7. Aufl., § 102 Rn. 4; J. B. Nordemann in Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 12. Aufl., § 102 UrhG Rn. 5; Wimmers in Schrickler/Loewenheim aaO § 102 UrhG Rn. 1; zum Wettbewerbsrecht vgl. BGH, Urteil vom 12. Juli 1995 - I ZR 176/93, BGHZ 130, 288 [juris Rn. 26] - Kurze Verjährungsfrist). Gemäß § 195 BGB beträgt die regelmäßige Verjährungsfrist drei Jahre. Sie beginnt nach § 199 Abs. 1 BGB, soweit nicht ein anderer Verjährungsbeginn bestimmt ist, mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist (Nr. 1) und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste (Nr. 2).

**18 b)** Die Beurteilung des Berufungsgerichts, die dreijährige Verjährungsfrist habe gemäß § 199 Abs. 1 BGB mit Ablauf des Jahres 2014 begonnen, hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

**19 aa)** Das Berufungsgericht hat angenommen, für den Beginn der Verjährung sei nicht auf den Zeitpunkt der zu unterstellenden Ausübung des Leistungsbestimmungsrechts durch den Kläger im Jahr 2016 abzustellen. Maßgeblich sei das Jahr 2014, in dem aufgrund der zu unterstellenden letzten Verletzungshandlung des Beklagten im Mai 2014 ein möglicher Vertragsstrafensanspruch entstanden sei (§ 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB) und der Kläger Kenntnis von der Zuwiderhandlung erlangt habe (§ 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB). Diese Annahme ist von Rechtsfehlern beeinflusst.

**20** bb) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist ein Anspruch im Sinne des § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB entstanden, sobald er erstmals geltend gemacht und im Wege der Klage durchgesetzt werden kann (BGH, Urteil vom 8. Juli 2008 - XI ZR 230/07, NJW-RR 2009, 378 [juris Rn. 17]; Beschluss vom 22. März 2017 - XII ZB 56/16, NJW 2017, 1954 [juris Rn. 13]; Urteil vom 3. August 2017 - VII ZR 32/17, WM 2018, 1856 [juris Rn. 14]). Dafür genügt es nicht, dass der Schuldner die anspruchsbegründenden Tatbestandsmerkmale verwirklicht hat und der Anspruch daher nach allgemeiner Terminologie entstanden ist (Großkomm.UWG/Toussaint, 3. Aufl., § 11 Rn. 46; BeckOGK.BGB/Piekenbrock, Stand 1. August 2022, § 199 Rn. 16). Vielmehr ist darüber hinaus grundsätzlich die Fälligkeit des Anspruchs erforderlich, die dem Gläubiger die Möglichkeit der Leistungsklage verschafft (vgl. BGH, Urteil vom 8. April 2015 - IV ZR 103/15, NJW 2015, 1818 [juris Rn. 22]; Urteil vom 17. Juli 2019 - VIII ZR 224/18, WM 2020, 425 [juris Rn. 16]). Erst ab diesem Zeitpunkt kann der Gläubiger gemäß § 271 BGB die Leistung verlangen und nach § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB die Verjährung durch Klageerhebung hemmen (vgl. BGH, NJW-RR 2009, 378 [juris Rn. 17]).

**21** Eine solche Auslegung des § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB folgt aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift. Der Gesetzgeber wollte an der bisherigen Rechtslage festhalten, dass die Verjährung grundsätzlich mit der Fälligkeit des Anspruchs beginnt. Durch die Wahl des Begriffs "Entstehung" wollte er klarstellen, dass ein Schadensersatzanspruch weiterhin nach dem Grundsatz der Schadenseinheit auch hinsichtlich vorhersehbarer künftiger Schadensfolgen zu verjähren beginnt, sobald irgendein (Teil-)Schaden entstanden ist und gerichtlich geltend gemacht werden kann, obwohl der Anspruch bezüglich der drohenden Schäden nicht als fällig bezeichnet werden kann (vgl. Begründung des Abgeordneten- und Fraktionsentwurfs eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drucks. 14/6040, S. 108; Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drucks. 14/7052, S. 180).

**22** cc) Nach diesen Grundsätzen ist der vom Kläger geltend gemachte Anspruch auf Zahlung einer Vertragsstrafe nach "Hamburger Brauch" nicht vor dem Jahr 2016 im Sinne des § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB entstanden.

**23** (1) Das Berufungsgericht ist allerdings zutreffend davon ausgegangen, dass ein möglicher Verstoß des Beklagten gegen seine Unterlassungserklärung einen Vertragsstrafeanspruch vor dem Jahr 2016 begründet hat.

**24** (a) Besteht die geschuldete Leistung in einem Unterlassen, so tritt gemäß § 339 Satz 2 BGB die Verwirkung der Vertragsstrafe mit der Zuwiderhandlung ein. Mit dem schuldhaften Verstoß des Schuldners gegen seine strafbewehrte Unterlassungserklärung fällt die Vertragsstrafe automatisch an (vgl. BGH, Urteil vom 10. März 1986 - II ZR 147/85, NJW-RR 1986, 1159 [juris Rn. 10 f.]; BeckOGK.BGB/Ulrici, Stand 1. September 2021, § 339 Rn. 140; Grüneberg/ Grüneberg aaO § 339 Rn. 17; Staudinger/Rieble, BGB [2020, Updatestand 9. Mai 2021], § 339 Rn. 604). Das gilt auch im Fall eines Vertragsstrafeversprechens nach "Hamburger Brauch", bei dem der Gläubiger die Höhe der angefallenen Vertragsstrafe gemäß § 315 Abs. 1 und 2 BGB noch konkretisieren muss (vgl. Horschitz, NJW 1973, 1958, 1960; BeckOGK.BGB/Ulrici aaO § 339 Rn. 140; vgl. auch Ahrens/Achilles, Der Wettbewerbsprozess, 9. Aufl., Kap. 9 Rn. 16; Großkomm.UWG/Feddersen aaO § 13a Rn. 30).

**25** (b) Das Berufungsgericht hat unterstellt, dass der Beklagte seiner Unterlassungserklärung schuldhaft zuwidergehandelt habe, indem er nicht veranlasst habe, dass das Lichtbild aus seinen Verkaufsangeboten auf allen Länderseiten der Internet-Handelsplattform eBay entfernt worden sei. Danach ist ein Vertragsstrafeanspruch des Klägers dem Grunde nach bereits im Juni 2013 nach allgemeiner Terminologie entstanden. Das Berufungsgericht ist erkennbar davon ausgegangen, dass ein von Juni 2013 bis Mai 2014 fortwährendes Versäumnis des Beklagten, für die Beseitigung des Lichtbilds zu sorgen, nach dem Unterlassungsvertrag als eine einheitliche dauerhafte Zuwiderhandlung anzusehen wäre. Diese Beurteilung wird von den Parteien nicht in Frage gestellt und lässt keinen Rechtsfehler erkennen (vgl. BGH, Urteil vom 4. Mai 2017 - I ZR 208/15, GRUR 2017, 823 [juris Rn. 36 bis 38] = WRP 2017, 944 - Luftentfeuchter, mwN).

**26** (2) Ein möglicher Vertragsstrafeanspruch des Klägers ist jedoch nicht vor seinem Vertragsstrafeverlangen im Dezember 2016 fällig geworden.

**27** (a) Ein Anspruch auf Zahlung einer Vertragsstrafe nach "Hamburger Brauch" wird - anders als ein Anspruch auf Zahlung einer festen Vertragsstrafe (vgl. BGH, Urteil vom 11. März 1971 - VII ZR 112/69, NJW 1971, 883 [juris Rn. 17]; Urteil vom 19. Mai 2022 - VII ZR 149/21, BauR 2022, 1342 [Rn. 33 f.]; BAGE 22, 205 [juris Rn. 17]; BeckOGK.BGB/Ulrici aaO § 339 Rn. 239) - nicht schon mit der Zuwiderhandlung fällig, sondern erst, wenn der Gläubiger nach § 315 Abs. 1 und 2 BGB sein Leistungsbestimmungsrecht gegenüber dem Schuldner verbindlich ausgeübt und die Höhe der verwirkten Vertragsstrafe wirksam konkretisiert hat (vgl. BGH, Urteil vom 4. April 2006 - X ZR 122/05, BGHZ 167, 139 [juris Rn. 21]; BeckOGK.BGB/Netzer aaO § 315 Rn. 79; Staudinger/Rieble aaO § 315 Rn. 489; zur Leistungsbestimmung durch Urteil vgl. BGH, Urteil vom 4. Juli 2013 - III ZR 52/12, NJW-RR 2014, 492 [juris Rn. 32]; BAGE 164, 82 [juris Rn. 110]).

**28 (b)** Das Berufungsgericht hat unterstellt, dass der Kläger mit Einschreiben vom 22. Dezember 2016 die zu zahlende Vertragsstrafe verbindlich auf 3.600 € festgelegt habe. Dann aber ist der mögliche Vertragsstrafeanspruch erst im Dezember 2016 fällig geworden und damit im Sinne des § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB entstanden. Die Verjährung begann danach gemäß § 199 Abs. 1 BGB erst mit Ablauf des Jahres 2016 (vgl. BeckOGK.BGB/Netzer aaO § 315 Rn. 79; Staudinger/Rieble aaO § 315 Rn. 493 und § 339 Rn. 524; zur Leistungsbestimmung durch Urteil vgl. BGH, Urteil vom 24. November 1995 - V ZR 174/94, NJW 1996, 1054 [juris Rn. 29]; aA Piekenbrock, ZIP 2010, 1925, 1929 f.).

**29 dd)** Es besteht kein Grund, bei dem in Rede stehenden Anspruch auf Zahlung einer Vertragsstrafe nach "Hamburger Brauch" die Entstehung des Anspruchs im Sinne des § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB und damit den Verjährungsbeginn - abweichend von dem allgemeinen Grundsatz - nicht an die bei Festlegung der Vertragsstrafe eintretende Fälligkeit des Anspruchs, sondern an die Vollendung der Zuwiderhandlung zu knüpfen. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist eine solche Vorverlagerung nicht mit Blick auf den Zweck der Verjährung geboten, den Schuldner vor Beweisschwierigkeiten zu schützen und nach einer bestimmten Zeitdauer Rechtsfrieden eintreten zu lassen (zum mit Rechnungserteilung fälligen Anspruch vgl. BGH, WM 2020, 425 [juris Rn. 30]; zum Zweck der Verjährung vgl. auch BGH, Urteil vom 29. Januar 2008 - XI ZR 160/07, BGHZ 175, 161 [juris Rn. 24]; BGH, WM 2018, 1856 [juris Rn. 22]).

**30 (1)** Allerdings kann der Gläubiger in der Regel seit der Vollendung der Zuwiderhandlung jederzeit die Höhe der Vertragsstrafe anhand der maßgeblichen Kriterien bestimmen und so für die Fälligkeit des Vertragsstrafeanspruchs sorgen (vgl. Piekenbrock, ZIP 2010, 1925, 1929; Ahrens/Achilles aaO Kap. 9 Rn. 16). Auch bei anderen Ansprüchen mit hinausgeschobener, von der Disposition des Gläubigers abhängiger Fälligkeit beginnt die Verjährung indessen nicht schon mit dem Zeitpunkt, zu dem der Gläubiger die Fälligkeit hätte herbeiführen können (zur Leistungsbestimmung durch den Gläubiger vgl. BGH, NJW 1996, 1054 [juris Rn. 30]; Staudinger/Rieble aaO § 339 Rn. 524; zum mit [Ab-]Rechnungserteilung fälligen Anspruch vgl. BGH, Rechtsentscheid vom 19. Dezember 1990 - VIII ARZ 5/90, BGHZ 113, 188 [juris Rn. 19]; BGH, WM 2020, 425 [juris Rn. 29]; Gegenäußerung der Bundesregierung betreffend die Stellungnahme des Bundesrats zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drucks.14/6857, S.42f.; zum Zahlungsanspruch "gegen Dokumente" vgl. BGH, Urteil vom 17. Februar 1971 - VIII ZR 4/70, BGHZ 55, 340 [juris Rn. 5 und 8]).

**31 (2)** Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts steht dem Verjährungsbeginn mit der durch Festlegung der Vertragsstrafe eintretenden Fälligkeit des Vertragsstrafeanspruchs nicht entgegen, dass der Gläubiger nach Belieben den Anfang der Verjährungsfrist hinausschieben und dadurch den Eintritt der Verjährung hinauszögern könnte. Die Revision weist zu Recht darauf hin, dass der Gläubiger regelmäßig ein Interesse daran hat, durch die Ausübung seines Leistungsbestimmungsrechts die Fälligkeit und damit die Durchsetzbarkeit seines Vertragsstrafeanspruchs bald herbeizuführen (vgl. BGHZ 113, 188 [juris Rn. 20]; BGH, WM 2020, 425 [juris Rn. 29]; Kaiser, Die Vertragsstrafe im Wettbewerbsrecht, 1999, S. 176).

**32 (3)** Durch eine verzögerte Festlegung der Vertragsstrafe seitens des Gläubigers werden schutzwürdige Belange des Schuldners regelmäßig nicht in unzumutbarer Weise beeinträchtigt. Hat der Gläubiger sein Leistungsbestimmungsrecht nicht innerhalb einer objektiv angemessenen Zeit ausgeübt und möchte der Schuldner Klarheit darüber gewinnen, ob und in welcher Höhe er eine Vertragsstrafe verwirkt hat, so kann er nach § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB eine Klage auf Leistungsbestimmung durch das Gericht erheben (vgl. BGH, Urteil vom 9. Mai 2012 - XII ZR 79/10, NJW 2012, 2187 [juris Rn. 37]) und durch die Erwirkung eines rechtskräftigen Gestaltungsurteils die Fälligkeit des Vertragsstrafeanspruchs und damit den Verjährungsbeginn selbst herbeiführen (vgl. BGH, NJW 1996, 1054 [juris Rn. 29 f.]). Dem Schuldner, der zeitliche Unwägbarkeiten bei der Durchsetzbarkeit einer Vertragsstrafe von vornherein vermeiden möchte, steht es im Übrigen frei, bei Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung statt einer Vertragsstrafe nach "Hamburger Brauch" eine feste Vertragsstrafe zu versprechen.

**33 (4)** Dem berechtigten Interesse des Schuldners, in nicht zu ferner Zeit zu erfahren, ob er vom Gläubiger auf Zahlung einer bestimmten Vertragsstrafe in Anspruch genommen wird (vgl. BGH, Urteil vom 18. September 1997 - I ZR 71/95, GRUR 1998, 471 [juris Rn. 32] = WRP 1998, 164 - Modenschau im Salvator Keller), wird ferner dadurch Rechnung getragen, dass dem Gläubiger die verzögerte Geltendmachung einer Vertragsstrafe im Einzelfall nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt sein kann.

**34** Aufgrund der aus dem Unterlassungsvertrag folgenden Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen des anderen Teils (§ 241 Abs. 2 BGB) und mit Blick auf die Funktion der Vertragsstrafe, weitere Zuwiderhandlungen des Schuldners zu verhindern (BGH, Urteil vom 30. September 1993 - I ZR 54/91, GRUR 1994, 146 [juris Rn. 20] = WRP 1994, 37 - Vertragsstrafebemessung; Urteil vom 17. Juli 2008 - I ZR 168/05, GRUR 2009, 181 [juris Rn. 42] = WRP 2009, 182 - Kinderwärmekissen), hat der Gläubiger dem Schuldner beizeiten zu verdeutlichen, dass er den Verstoß gegen die Unterlassungserklärung nicht hinnimmt (vgl. BGH, GRUR 1998, 471

[juris Rn. 33] - Modenschau im Salvatorkeller). Legt er über längere Zeit keine Vertragsstrafe fest, so kann er seinen Vertragsstrafeanspruch gemäß § 242 BGB verwirken, wenn der Schuldner darauf vertraut hat und nach dem gesamten Verhalten des Gläubigers darauf vertrauen durfte, dass dieser wegen des in Rede stehenden Verhaltens keine Vertragsstrafe (mehr) verlangen werde (vgl. BGH, GRUR 1998, 471 [juris Rn. 30 bis 33] - Modenschau im Salvatorkeller; OLG Frankfurt, GRUR 1996, 996 [juris Rn. 3]; zum mit [Ab-]Rechnungserteilung fälligen Anspruch vgl. BGH, Rechtsentscheid vom 11. April 1984 - VIII ARZ 16/83, BGHZ 91, 62 [juris Rn. 26 und 28]; BGHZ 113, 188 [juris Rn. 20]; BGH, Urteil vom 21. Juni 2001 - VII ZR 423/99, NJW-RR 2001, 1383 [juris Rn. 10]; Urteil vom 27. November 2003 - VII ZR 288/02, BGHZ 157, 118 [juris Rn. 35]; BT-Drucks. 14/6857, S. 42 f.).

**35 c)** Entsteht demnach der Anspruch auf Zahlung einer Vertragsstrafe nach "Hamburger Brauch" im Sinne des § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB mit der Festlegung der Vertragsstrafe durch den Gläubiger, so kommt es nicht darauf an, ob er - wie die Revision geltend macht - als verhaltener Anspruch zu behandeln ist, für den ein von § 199 Abs. 1 BGB abweichender Verjährungsbeginn bestimmt wäre.

**36 aa)** Ein verhaltener Anspruch ist dadurch gekennzeichnet, dass der Gläubiger die Leistung jederzeit verlangen kann, der Schuldner die Leistung jedoch nicht von sich aus erbringen muss beziehungsweise nicht leisten darf, bevor sie der Gläubiger verlangt (BGH, Urteil vom 1. Dezember 2011 - III ZR 71/11, BGHZ 192, 1 [juris Rn. 11]; BGH, WM 2018, 1856 [juris Rn. 23]; BAGE 22, 205 [juris Rn. 16]; MünchKomm.BGB/Grothe aaO § 199 Rn. 7; vgl. auch BGH, Urteil vom 4. Mai 2017 - I ZR 113/16, GRUR 2017, 1144 [juris Rn. 23] = WRP 2018, 69 - Reisewerte; Urteil vom 25. März 2021 - VII ZR 94/20, BGHZ 229, 257 [juris Rn. 22]). Ein weiteres Merkmal eines verhaltenen Anspruchs ist, dass seine Entstehung im Sinne des § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB und das Verlangen des Gläubigers nach Leistung zeitlich auseinanderfallen (können), weswegen - abstrakt - die Gefahr besteht, dass der Anspruch zum Zeitpunkt seiner Geltendmachung bereits verjährt ist (vgl. BGH, GRUR 2017, 1144 [juris Rn. 24] - Reisewerte; BGHZ 229, 257 [juris Rn. 22]; zu § 604 Abs. 5, §§ 695, 696 BGB vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 258 und 269). Bei einem verhaltenen Anspruch kommt es für den Beginn der Verjährungsfrist des § 195 BGB abweichend von § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB nicht auf den Zeitpunkt der Entstehung des Anspruchs im verjährungsrechtlichen Sinne, sondern entsprechend den für die Leihe und die Verwahrung geltenden Verjährungsregelungen der § 604 Abs. 5, § 695 Satz 2, § 696 Satz 3 BGB auf den Zeitpunkt der Geltendmachung des Anspruchs durch den Gläubiger an (BGH, Urteil vom 3. November 2011 - III ZR 105/11, NJW 2012, 58 [juris Rn. 29]; BGHZ 192, 1 [juris Rn. 12]; BGH, GRUR 2017, 1144 [juris Rn. 22 f.] - Reisewerte; BGHZ 229, 257 [juris Rn. 26]).

**37 bb)** Ob danach der Anspruch auf Zahlung einer Vertragsstrafe nach "Hamburger Brauch" als verhaltener Anspruch anzusehen ist, muss nicht entschieden werden. Da ein solcher Anspruch erst mit dem Verlangen des Gläubigers nach einer bestimmten Vertragsstrafe fällig wird, stimmt der Zeitpunkt seiner Entstehung im Sinne des § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB mit dem Zeitpunkt seiner Geltendmachung durch den Gläubiger überein. Die Verjährung beginnt daher ohnehin nicht, bevor der Gläubiger den Anspruch geltend macht.

**38 d)** Folglich begann die dreijährige Verjährungsfrist des § 195 BGB gemäß § 199 Abs. 1 BGB nicht vor dem Schluss des Jahres 2016, in dem der Kläger einen möglichen Anspruch auf Zahlung einer bestimmten Vertragsstrafe gegen- über dem Beklagten geltend gemacht hat. Dann aber lief entgegen der Annahme des Berufungsgerichts die Verjährungsfrist nicht mit Ablauf des Jahres 2017, sondern frühestens mit dem Schluss des Jahres 2019 ab. Die Klage hat daher die Verjährung gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB gehemmt, wenn die Zustellung der Klageschrift im Sinne des § 167 ZPO demnächst erfolgt ist. Das Berufungsgericht hat die hierzu anzustellende wertende Betrachtung (vgl. BGH, Urteil vom 10. Dezember 2019 - II ZR 281/18, WM 2020, 276 [juris Rn. 8 bis 11]) - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - nicht vorgenommen. Dem Senat ist insoweit eine eigene Beurteilung versagt (vgl. BGH, Urteil vom 10. Februar 2022 - VII ZR 396/21, VersR 2022, 899 [juris Rn. 14]).

**39 C.** Danach ist das angefochtene Urteil aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Der Senat kann nicht gemäß § 563 Abs. 3 ZPO in der Sache selbst entscheiden, weil sie nicht zur Endentscheidung reif ist.