

setzungen eine verbotene Geschäftspraktik vorliegt, sind bestehende Bedenken über die Sanktionierung auf nationaler Ebene auszuräumen. Es ist daher weder angebracht noch erforderlich, die Gefahr einer Sanktionierung im Falle eines banalen Fehlers bereits auf der Tatbestandsebene durch eine enge Auslegung des Begriffs „Geschäftspraktik“ einzudämmen und von Anfang an der Lauterkeitskontrolle zu entziehen.

Einer weiten Auslegung des Begriffs „Geschäftspraktik“ darf schließlich auch nicht entgegenstehen, dass der Gewerbetreibende im Falle einer Irreführung während der Vertragsdurchführung dem Risiko einer doppelten Inanspruchnahme ausgesetzt ist. Zwar könnte auch der betroffene Verbraucher als Vertragspartner, ganz unabhängig von der lauterkeitsrechtlichen Sanktionierung durch die nationalen Stellen, eigene privat- und vertragsrechtliche Rechte und Ansprüche gegen den Unternehmer ausüben bzw. geltend machen, wie die Anfechtung, den Widerruf, Schadensersatzansprüche etc. Diese Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme ist aber hinzunehmen, da das unabhängige Nebeneinander von Lauterkeits- und Vertragsrecht in der UGP-Richtlinie fest verankert ist (Art. 3 Abs. 1 und 2).

4. Die Feststellung des EuGH, dass auch nur eine einmalige falsche Angabe in einem singulären Fall eine Geschäftspraktik sein kann, ist für die nationalen Gerichte der Mitgliedstaaten verbindlich. Das Ergebnis des EuGH deckt sich grundsätzlich mit dem deutschen Lauterkeitsrecht, nachdem mit der UWG-Novelle 2008 der enge Begriff „Wettbewerbshandlung“ durch den Begriff der „Geschäftlichen Handlung“ abgelöst wurde, der ähnlich weit gefasst ist, wie Art. 2 lit. d) UGP-Richtlinie. Danach ist eine geschäftliche Handlung jedes Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss *oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt*. Mit dieser Neuerung stand in der deutschen Rechtspraxis auch ausdrücklich fest, dass sich das UWG auch auf die vertraglichen Phasen erstreckt und dass es mit dem Wegfall der sog. Wettbewerbsabsicht auf die subjektiven Elemente beim Unternehmer nicht ankommt. Darüber besteht in der Literatur und Rechtsprechung seit Langem Einigkeit.

### Anforderungen an den Zugangsbeweis von Mahnschreiben bei Schufa-Einträgen

1. Die Voraussetzungen des § 28a Abs. 1 S. 1 Nr. 4 a-d BDSG müssen kumulativ vorliegen, um eine Datenübermittlung an eine Auskunft zu rechtfertigen.
2. Ein Vortrag, dass Leasingraten ständig und vollumfänglich bezahlt wurden, reicht nicht aus, um die Nichterfüllung einer fälligen Forderung in der an die Schufa Holding AG gemeldeten Höhe in Frage zu stellen.
3. Die Beweislast für den Zugang von Mahnschreiben liegt bei der übermittelnden Stelle.

### 4. Für den Zugang von qualifizierten Mahnschreiben existiert kein Anscheinsbeweis. Ein Berufen darauf, dass Mahnschreiben ohne Postrückläufer versandt worden seien, reicht nicht aus, um den Zugang der Schreiben beim Kunden zu beweisen.

(Leitsätze der Bearbeiter)

OLG Köln, Urt. v. 21.10.2014, Az. 15 U 107/14

bearbeitet und Anmerkung von RA FA für Bank- und Kapitalmarktrecht Dr. Sven Tintemann und cand. iur. Raphael Rohmoser, Berlin

#### Sachverhalt (zusammengefasst):

Der Kläger (Kl.) schloss mit der M-Bank (Bekl.) im Jahr 2008 einen Leasingvertrag über ein Kraftfahrzeug. Im Juni 2011 wurde das geleaste Fahrzeug bei einem Unfall beschädigt. Der Kl. musste sich aufgrund der vertraglichen Vereinbarung mit der M-Bank an den Schadensbeseitigungskosten mit 612,72 Euro beteiligen. Anschließend einigten sich die Parteien darauf, den Leasingvertrag vorzeitig zu beenden. Die zu diesem Zeitpunkt noch offene Forderung der Bekl. war zwischen den Parteien streitig.

In der Folgezeit wurde durch die Bekl. ein Schufa-Eintrag wegen einer angeblich offenen Forderung in Höhe von 1.201,00 Euro veranlasst. Der Betrag wurde am 05.07.2012 vollständig ausgeglichen. Der Kl. forderte die Bekl. mit Schreiben vom 22.03.2013 dazu auf, den über ihn lancierten Negativeintrag zu widerrufen.

Die Bekl. berief sich darauf, die offene Forderung auf Grundlage des § 28a Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BDSG übermittelt zu haben und trug vor, dass der Kl. in angemessener und vom Gesetz geforderter Art und Weise gemahnt worden sei. Der Kl. bestritt den Vortrag der Bekl. mit dem Argument, dass die Leasingraten vollumfänglich bezahlt wurden und dass ihm keine Mahnschreiben zugegangen seien.

Das LG Bonn hatte in I. Instanz die Klage auf Löschung des Negativeintrags, auf Scorewertberichtigung und auf Unterlassung zunächst abgewiesen. Hiergegen wandte sich der Kl. mit seiner Berufung zum OLG Köln. Dieses hob das erstinstanzliche Urteil auf und verurteilte die Bekl. zur Löschung des streitgegenständlichen Negativeintrags.

#### Gründe (zusammengefasst):

Die Datenübermittlung gem. § 28a Abs. 1 Nr. 4 BDSG ist zur Wahrung der berechtigten Interessen des Betroffenen nur zulässig, wenn a) der Betroffene nach Eintritt der Fälligkeit der Forderung mindestens zweimal schriftlich gemahnt worden ist, b) zwischen der ersten Mahnung und der Übermittlung mindestens vier Wochen liegen, c) die verantwortliche Stelle den Betroffenen rechtzeitig vor der Übermittlung der Angaben, jedoch frühestens bei der ersten Mahnung über die bevorstehende Übermittlung unterrichtet und d) der Betroffene die Forderung nicht bestritten hat.

Ein hinreichendes Bestreiten der Forderung an sich bzw. der Höhe der Forderung kann nicht darin gesehen werden, dass der

Kl. vorträgt, alle Leasingraten laufend und vollständig bezahlt zu haben. Die Bekl. hat schlüssig und unbestritten vorgetragen, dass die Forderung aus einer Selbstbeteiligung und aus Lastschriftrückgaben entstanden ist und letztlich vollständig bezahlt wurde.

Ferner lagen die weiteren Voraussetzungen des § 28a Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BDSG nicht vor. Um die beabsichtigte Warnfunktion der lit. a) bis c) zu erfüllen, ist grundsätzlich ein Zugang der Mahnschreiben beim Betroffenen erforderlich, um diesem einen Ausgleich der Forderung und/oder die Geltendmachung von Einwendungen zu ermöglichen.

Generell obliegt allein dem Absender der Nachweis des Zuganges der von ihm versandten Schreiben, welcher durch ein geeignetes Versandverfahren (z. B. Einschreiben, oder – soweit zur Erfüllung von Formerfordernissen statthaft – per Telefax oder Email) unschwer möglich und aufgrund der weitreichenden Folgen eines Negativeintrages bei der Schufa auch zumutbar ist.

Nach eigener Darstellung hat die Bekl. die in Rede stehenden Schreiben mit einfacher Post versandt, ohne dass es zu Postrückläufern gekommen ist. Dies reicht jedoch nicht aus, um von einem Zugang beim Kläger ausgehen zu können. Abgesehen davon, dass der Kl. andere Schreiben der Bekl. erhalten hat, liegen keine belastbaren Anhaltspunkte für einen Zugang der Mahnungen vor.

Ein Anscheinsbeweis für den Zugang der Schreiben vom 13.07.2011, vom 29.10.2011 und vom 02.12.2011 kann entgegen der Ansicht des LG grundsätzlich nicht angenommen werden, da für die vom BDSG aufgestellten Erfordernisse ein bloßes Versenden der Schreiben nicht ausreicht.

#### Anmerkung:

Das OLG Köln bezieht in seinem Urteil zu wichtigen Fragen im Umgang mit Mahnschreiben im Sinne des Bundesdatenschutzgesetzes Stellung. Zum einen wird darauf verwiesen, dass die Beweislast für den Zugang von Schreiben bei der übermittelnden Stelle und nicht bei dem Betroffenen liegt (hierzu unter I.). Zum anderen setzt sich das Urteil mit der Frage auseinander, unter welchen Umständen ein solcher Zugangsbeweis erbracht werden kann (hierzu unter II.).

Insbesondere der zweite Aspekt ist sehr umstritten. Dabei müssen zwei Fragen getrennt voneinander betrachtet werden. Erstens: Sind Mahnungen im Bundesdatenschutzgesetz ebenso wie im Bürgerlichen Gesetzbuch als empfangsbedürftige Willenserklärungen zu verstehen? Zweitens: Ab welchem Zeitpunkt gilt der Zugangsbeweis als erbracht?

#### I. Zur Beweislastverteilung

Bezüglich der ersten Frage gibt es eine einhellige Auffassung in der Rechtsprechung und Literatur. Diese wird auch in dem Urteil des OLG Köln zum Ausdruck gebracht, wenn es heißt, dass der Nachweis des Zuganges von Schreiben beim Absender liegt.

Generell liegt die Darlegungs- und Beweislast für die Zulässigkeit der Übermittlung von Daten bei dem übermittelnden Kreditinstitut (*Bruchner/Krepold*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski,

Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl. 2011, § 41 Rn. 15c). Wer sich auf Mahnschreiben beruft, egal ob diese den Anforderungen des BGB oder des BDSG entsprechen, ist also für den Zugang beweispflichtig. In einem Urteil des LG Essen (Urt. v. 01.09.2014, Az. 3 O 188/14 – rkr.) wird auf die Kommentierung von *Ellenberger* im Palandt (Palandt-*Ellenberger*, BGB, 73. Aufl. 2015, § 130 Rn. 21) verwiesen, wonach der Absender des Schreibens beweissbelastet ist.

Trotz der Tatsache, dass die Beweislastverteilung klar geregelt ist und auch von den Gerichten erkannt wird, die zu verbraucherunfreundlichen Urteilen gelangen, werden die Folgen aus dieser Beweislast sehr unterschiedlich gesehen.

#### II. Zum Nachweis für den Zugang von Mahnschreiben

Unstrittig sind die Voraussetzungen an die Mahnung im Sinne des Bundesdatenschutzgesetzes als Spezialvorschrift gegenüber den Anforderungen an Mahnungen im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuch ausgestaltet und müssen demnach getrennt betrachtet werden (*Simitis-Ehmann*, BDSG, 8. Aufl. 2014, § 28a Rn. 52f.).

Die meisten Autoren und zahlreiche Gerichtsentscheidungen sehen darin aber keine Aufweichung des Grundsatzes, dass die Mahnungen dem Betroffenen zugehen müssen (vgl. nur *Ehmann a.a.O.*; *Gierschmann/Saeugling-Heinemann*, Systematischer Praxiskommentar Datenschutzrecht – Datenschutz aus Unternehmenssicht, § 28a Rn. 48; *Ressmann/Serr*, NJOZ 2013, 481, 482; LG Essen, Urt. v. 01.09.2014, Az. 3 O 188/14; LG Hamburg, Urt. v. 07.11.2013, Az. 316 O 403/12).

Zutreffend wird in dem Artikel von *Ressmann/Serr* darauf verwiesen, dass den Mahnungen nach dem BDSG aufgrund der weitreichenden Konsequenzen eines Schufa-Eintrages, eine noch höhere Warnfunktion zukommt, als den klassischen Mahnungen des Bürgerlichen Rechts.

Lediglich eine Minderheit im Schrifttum spricht sich dafür aus, dass die fraglichen Mahnungen keine empfangsbedürftigen Willenserklärungen sind (*Abel*, ZD 2015, 314, 316 – ohne nähere Begründung).

Des Weiteren wird in einem Hinweisbeschluss des OLG Frankfurt am Main (Beschl. v. 29.06.2015, Az. 15 U 99/13) ausgeführt, dass es bei den Mahnungen nicht zwingend auf den Zugang ankommt, wenn die Gesamtumstände acht aufeinanderfolgende Postsendungen, davon vier Mahnungen ohne Postrückläufer dafür sprechen, dass die Schreiben angekommen sind.

Jedoch wird selbst in den Entscheidungen, in welchen der Zugangsbeweis als erbracht gilt, Wert darauf gelegt, dass die Schreiben tatsächlich oder zumindest sehr wahrscheinlich zugegangen sind (vgl. dazu auch OLG Saarbrücken, Urt. v. 02.11.2011, Az. 5 U 187/11-36).

Im Umkehrschluss bedeutet dies freilich, dass die Mahnungen als empfangsbedürftige Willenserklärungen zu verstehen sind.

Deutlich umstrittener ist die Frage, ab wann der Zugangsbeweis als erbracht gilt.

In der Literatur wird zumeist nur davon gesprochen, dass die Mahnungen zugegangen sein müssen. Die Kontur an die Anfor-

derungen eines Zugangsbeweises wird vor allem durch die Rechtsprechung gegeben.

Viele Gläubiger sehen die Anforderungen als erfüllt an, wenn durch sie Mahnschreiben versandt wurden und es nicht zu Postrückläufern gekommen ist. Hierzu wird in Schreiben der eintragenden Stellen und der Schufa Holding AG gerne auf den o.g. Beschluss des OLG Frankfurt am Main verwiesen (Hinweisbeschl. v. 29.06.2015, Az. 15 U 99/13), in welchem das Gericht folgendes äußert:

„Denn für die Voraussetzung, dass der Betroffene nach Eintritt der Fälligkeit der Forderung mindestens zweimal schriftlich gemahnt worden ist (§ 28a Abs. 1 S. 1 Ziffer 4 a) BDSG), ist nicht zwingend auf den Zugang abzustellen, wenn der Betroffene [bereits mehrfach] gemahnt wurde und keinerlei Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Betroffene die Mahnungen nicht erhalten hätte. Wäre zwingend auf den Zugang abzustellen, wäre die Weitergabe von Daten grundsätzlich nur dann gerechtfertigt, wenn sich das Unternehmen über den Zugang vergewissert hat, d.h. wenn die Mahnungen qualifiziert zugestellt wurden. Das wird vom Gesetz angesichts des regelmäßigen Zugangs von Postsendungen nicht verlangt“.

Das OLG Frankfurt (vgl. ebenso OLG Saarbrücken, Urt. v. 02.11.2011, Az. 5 U 187/11-36 zum Zugang von Titeln nach Nr. 1, wobei es besondere Gesamtumstände – gleicher Name zweier Personen, Umzug nicht angezeigt, etc. – gab) argumentiert hier mit sehr fragwürdigen Annahmen, die mit der bisherigen Rechtsprechung und der herrschenden Auffassung in der Literatur nicht zu vereinbaren sind.

Gerade der Zugang von Mahnschreiben ist nötig, um die Warnfunktion zu erfüllen. In Zeiten, in denen es im Jahr 2015 zu einem wochenlangen Poststreik kam, ist es überdies zweifelhaft von einem „regelmäßigen Zugang von Postsendungen“ zu sprechen.

Unabhängig davon können der Empfang und das Versenden von Mahnschreiben schlichtweg nicht gleichgestellt werden. Dies wurde richtigerweise durch das OLG Köln erkannt. In dem hier kommentierten Urteil heißt es im Wortlaut:

„Nach dem Sinn und Zweck der in § 28 a Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 lit. a) bis c) BDSG aufgestellten Erfordernisse reicht eine bloße Versendung der Mahnungen nicht aus, sondern ist grundsätzlich ein Zugang beim Betroffenen erforderlich, um die beabsichtigte Warnfunktion zu erfüllen.“

Von Seiten der Kreditwirtschaft wird der Versand von Standardschreiben gerne mit der Verbraucherfreundlichkeit gerechtfertigt, da sonst höhere Kosten anfallen und auf den Verbraucher umgelegt würden. Hierbei handelt es sich jedoch lediglich um eine Scheinargumentation, wenn man die Kosten für z.B. ein Einschreiben mit Rückschein und die regelmäßig anfallenden Rechtsverfolgungs-, Mahn- und Inkassokosten in Relation setzt. Es handelt sich für den Verbraucher um den bekannten Tropfen auf dem heißen Stein, während für die Gläubigerseite zunächst wesentliche Mehrkosten entstehen würden.

Ein Zugangsbeweis kann selbstredend dadurch erbracht werden, dass der Schuldner selbst auf das Schreiben zu sprechen kommt, dessen Eingang schriftlich bestätigt oder in seinen eigenen Schreiben zu der Mahnung Stellung bezieht.

Vom LG Hamburg (Urt. v. 07.11.2013, Az. 316 O 403/12) wird zutreffend auf die Kommentierung von Greger (Zöller-Greger, ZPO, 29. Aufl. 2012, § 286 Rn. 18) hingewiesen. Darin heißt es:

„Weniger als die Überzeugung von der Wahrheit reicht für das Bewiesensein nicht aus: Ein bloßes Glauben, Wähnen, Fürwahrscheinlichhalten berechtigt den Richter nicht zur Bejahung des streitigen Tatbestandmerkmals.“

Dies hat das OLG Frankfurt am Main im oben zitierten Hinweisbeschluss nicht beachtet, da es entgegen der selbst durch das Gericht richtig erkannten Beweislastverteilung zu dem fehlerhaften Ergebnis gelangt, dass es aufgrund der vier Mahnungen einen Zugang für wahrscheinlich halten könne.

### III. Zusammenfassung

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass entgegen der aufgeführten Stimmen in Literatur und Rechtsprechung, Mahnungen auch im Bundesdatenschutzgesetz empfangsbedürftige Willenserklärungen sind, welche dem Schuldner zugehen müssen. Die eintragende Stelle bleibt dafür in der Beweispflicht.

Beweiserleichterungen für den Zugang von Schreiben gibt es nicht, weder durch den Vortrag, es seien keine Postrückläufer zu verzeichnen gewesen, noch durch das Bemühen von Wahrscheinlichkeitsberechnungen, in denen behauptet wird, es sei wahrscheinlicher im Lotto zu gewinnen, also mehrfach hintereinander keine Mahnschreiben erhalten zu haben.

Die Rechtsprechung des OLG Köln bestätigt vollkommen zu Recht und inhaltlich zutreffend, dass der Zugangsbeweis durch eine minimale Veränderung im Arbeitsablauf problemlos erbracht werden könnte.

Wenn die Kredit- und Inkassowirtschaft sich der Möglichkeiten einer sicher nachweisbaren Zustellung von Mahnschreiben und auch von Kündigungen aus Kostengründen nicht bedient, kann sie sich auch im Nachhinein nicht darüber beschweren, wenn sie in Gerichtsverfahren den Nachweis für eine Zustellung erbringen muss. Dies ist im Rahmen der o.g. Beweislastverteilung sach- und vor allem interessengerecht.

### Sittenwidrige Verträge von Schlüsselnotdiensten

**Ein Werkvertrag, mit dem die Notfallöffnung einer Wohnungstür durch einen Schlüsseldienst vereinbart wird, ist nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig, wenn das geforderte Entgelt fast 200 % über dem marktüblichen Entgelt liegt.**

(Leitsatz des Bearbeiters)

AG Bergisch Gladbach, Urt. v. 16.12.2013, Az. 68 C 404/13

bearbeitet und Anmerkung von Prof. Dr. Wolfhard Kohte, Halle/Saale

(gemeinsame Anmerkung unter AG Köln, Urt. v. 22.07.2013, Az. 137 C 636/12 in diesem Heft)

### Gründe (zusammengefasst):

Die Beklagte schuldet die Bezahlung des Betrages in Höhe von 194,82 € gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB.