

Herausgeber

Prof. Dr. Helmut Köhler

Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Wolfgang Büscher

Prof. Dr. Franz Hacker

Dr. Gangolf Hess

Prof. Dr. Stefan Leible

Dr. Reiner Münker

In Zusammenarbeit mit der
Zentrale zur Bekämpfung
unlauteren Wettbewerbs
Frankfurt am Main e.V.

dfv' Mediengruppe
Frankfurt am Main

Editorial: Dr. Felix Buchmann

Umstrittene Streitbeilegung

411 Prof. Dr. Christian Alexander

Grundfragen des neuen § 3 UWG

420 Dr. Martin Jaschinski und Dr. Carlo Piltz

Das Gesetz zur Verbesserung der zivilrechtlichen Durchsetzung von Verbraucherschützenden Vorschriften des Datenschutzrechts

427 Mag. jur. Christoph Palzer

Und willst kein braver Schuldner du sein, dann meld' ich bei der SCHUFA dich ein! – Ein lauterkeitsrechtlicher Blick auf ein ambivalentes Phänomen

434 Till Göckler

Die Klagebefugnis vertikaler Wirtschaftsverbände

439 Dr. Ulrich Franz

Werbung mit Testergebnissen

447 Daimler /Együd Garage Gépjárműjavító és Értékesítő

EuGH, Urteil vom 03.03.2016 – C-179/15

450 Fressnapf

BGH, Urteil vom 04.02.2016 – I ZR 194/14

454 Smartphone-Werbung

BGH, Urteil vom 17.09.2015 – I ZR 92/14

459 MeinPaket.de

BGH, Vorlagebeschluss vom 28.01.2016 – I ZR 231/14

463 Feuchtigkeitsspendendes Gel-Reservoir

BGH, Urteil vom 28.01.2016 – I ZR 36/14

467 Buchungssystem II

BGH, Urteil vom 30.07.2015 – I ZR 29/12

471 Lernstark

BGH, Urteil vom 10.12.2015 – I ZR 222/13

477 Erledigungserklärung nach Gesetzesänderung

BGH, Beschluss vom 20.01.2016 – I ZB 102/14

493 Persönlichkeitsrechtsverletzung durch Autoreply-E-Mails mit Werbung

BGH, Urteil vom 15.12.2015 – VI ZR 134/15

495 Kommentar von **Thomas Ch. Gramespacher**

512 Zugang der Abmahnung

KG, Beschluss vom 17.11.2015 – 5 W 223/15

513 Kommentar von **Pascal Tavanti**

KG: Zugang der Abmahnung

Anbetracht der dargelegten Zeichenunähnlichkeit selbst bei Annahme einer Dienstleistungsidentität eine Verwechslungsgefahr nicht zu begründen. Im Übrigen dürfte eine Dienstleistungsidentität auch nicht gegeben sein. Die Handlungen der Beklagten dienen – wie ausgeführt – der Vermarktung ihrer Produkte, vor allem ihres Bieres. Eine solche Selbstvermarktung unterfällt nicht dem markenrechtlichen Begriff „Werbung“, da es sich um keine eigenständige Dienstleistung handelt. Dies dürfte auch in Bezug auf die Dienstleistung Veranstaltungen im Bereich des Brauwesens gelten.

- 28 4. Auch für einen Unterlassungsanspruch wegen Verletzung des klägerischen Titelschutzrechts an „Brauwelt“ aus § 15 Abs. 4 i. V. mit Abs. 2 oder – in Bezug auf den Fachkreis – Abs. 3 MarkenG ist vor diesem Hintergrund kein Raum.
- 29 Im Hinblick auf „Brauwelt“ als Titel der Fachzeitschrift dürfte es bereits an einer verletzungsgerechten Handlung der Beklagten fehlen. Die nach § 5 Abs. 1, Abs. 3 MarkenG geschützten Werktitel dienen grundsätzlich nur der Unterscheidung eines Werkes von anderen, ohne einen Hinweis auf den Hersteller oder Inhaber des Werkes und damit auf eine bestimmte betriebliche Herkunft zu enthalten. Sie sind daher in der Regel nur gegen die Gefahr einer unmittelbaren Verwechslung im engeren Sinne geschützt, also davor, dass auf Grund der Benutzung des angegriffenen Titels die Gefahr besteht, dass der Verkehr den einen Titel für den anderen hält (BGH, GRUR 2012, 1265 Rn. 23 [= WRP 2012, 1526] – Stimmt’s?).
- 30 Von daher käme ein auf ein Titelschutzrecht gestützter Anspruch schon vom Ansatz her nur hinsichtlich der Veranstaltungen von Seminaren unter „Brauwelt“ in Betracht. Das Bestehen von Werktitelschutz i. S. von § 5 Abs. 1, Abs. 3 MarkenG für die Bezeichnung einer Veranstaltung ist nicht generell ausgeschlossen (BGH, GRUR 2010, 642 Rn. 33 [= WRP 2010, 764] – WM-Marken). Letztendlich würde aber auch ein solcher Anspruch am Fehlen einer Verwechslungsgefahr scheitern. Für den Werktitelschutz gilt nichts Anderes als für die anderen Kennzeichenrechte, die Verwechslungsgefahr ist auf der Grundlage einer Wechselwirkung zwischen allen in Betracht kommenden Faktoren zu beurteilen, insbesondere der Kennzeichnungskraft des älteren Titels, der Werknähe und der Ähnlichkeit der Titel (BGH, GRUR 2012, 1265 Rn. 23 [= WRP 2012, 1526] – Stimmt’s?). Insoweit kann daher erneut auf die vorstehenden Ausführungen zum Unternehmenskennzeichenrecht verwiesen werden.
- 31 5. In Ermangelung einer Rechtsverletzung ist auch für die geltend gemachten Folgeansprüche auf Schadensersatz, Auskunft und Erstattung der Abmahnkosten kein Raum. (...)

Wettbewerbsrecht/Verfahrensrecht

Zugang der Abmahnung

ZPO § 91

KG, Beschluss vom 17.11.2015 – 5 W 223/15

Vorinstanz: LG Berlin, Urteil vom 22.09.2015 – 15 O 454/14

Die Beweislast dafür, keinen Anlass für die Erhebung der Klage gegeben zu haben, trifft den Beklagten. Legt der Kläger nachvollziehbar die Versendung der Abmahnung dar, muss der Beklagte die negative Tatsache, die Abmahnung nicht erhalten zu haben, beweisen. (Leitsätze der Wettbewerbszentrale)

Aus den Gründen:

1 I. Die sofortige Beschwerde des Klägers [Wettbewerbszentrale] ist nach § 99 Abs. 2, § 567 Abs. 1 Nr. 1, § 569 ZPO zulässig, soweit sie die auf dem Anerkenntnisteilurteil beruhende Kostenentscheidung betrifft (vgl. auch Herget in: Zöller, ZPO, 31. Aufl., § 99, Rn 11, m. w. N.). Die sofortige Beschwerde ist auch begründet. Ein sofortiges Anerkenntnis der Beklagten liegt nicht vor.

2 Die Beklagte hat dem Kläger vielmehr Anlass zur Klage gegeben. Es ist davon auszugehen, dass die Beklagte trotz des Erhalts einer Abmahnung das beanstandete wettbewerbswidrige Verhalten über Wochen fortgesetzt hat, bis der Kläger am 7. Oktober 2014 Klage erhoben hat. Maßgeblich ist, dass die Beklagte darzulegen und zu beweisen hat, dass sie keinen Anlass zur Klage gegeben hat (vgl. BGH GRUR 2007, 629 [= WRP 2007, 781] – Zugang des Abmahnschreibens, Rn. 10). Gemäß § 91 Abs. 1 S. 1 ZPO hat die unterlegene Partei die Kosten des Rechtsstreits zu tragen. Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn der Beklagte aufgrund eines Anerkenntnisses in der Hauptsache unterliegt. Hiervon macht § 93 ZPO eine Ausnahme zugunsten des Beklagten, wenn dieser keine Veranlassung zur Klage gegeben und den geltend gemachten Anspruch sofort anerkannt hat. In diesem Fall sind dem Kläger die Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen, obwohl er in der Hauptsache obsiegt hat. Ist nach einem sofortigen Anerkenntnis des Beklagten streitig, ob er Veranlassung zur Erhebung der Klage gegeben hat, so trifft ihn die Beweislast für die fehlende Klageveranlassung, da nach den allgemeinen Beweislastregeln die Partei, die sich auf einen Ausnahmetatbestand zu ihren Gunsten beruft, dessen Tatbestandsvoraussetzungen darlegen und gegebenenfalls beweisen muss. (BGH GRUR 2007, 629 [= WRP 2007, 781] – Zugang des Abmahnschreibens, Rn. 11) Bei der Ausgestaltung der den Beklagten treffenden Darlegungs- und Beweislast ist zu berücksichtigen, dass es sich bei dem vom Beklagten darzulegenden und zu beweisenden Umstand um eine negative Tatsache handelt (hier: kein Zugang des Abmahnschreibens des Klägers vom 7. August 2014 am 4. September 2014). Dies führt jedoch nicht zu einer Umkehrung der Darlegungs- und Beweislast, sondern allenfalls zu einer sekundären Darlegungslast des Klägers. Der Beklagte kann sich zunächst auf die schlichte Behauptung der negativen Tatsache – das Abmahnschreiben sei ihm nicht zugegangen – beschränken. Nach dem auch im Prozessrecht gültigen Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) ist der Kläger ausnahmsweise verpflichtet, dem einfachen Bestreiten mit eigenem qualifizierten Vortrag entgegenzutreten. Dies findet seine Rechtfertigung darin, dass der Kläger die für einen substantiierten Vortrag notwendigen Informationen im Allgemeinen besitzt oder sich diese jedenfalls leichter beschaffen kann als die darlegungspflichtige Partei. Im Anschluss daran muss jedoch die darlegungspflichtige Partei ihren Vortrag konkretisieren und detailliert – gegebenenfalls unter Beweisantritt – auf das Bestreiten der Gegenpartei eingehen. (BGH GRUR 2007, 629 [= WRP 2007, 781] – Zugang des Abmahnschreibens, Rn. 12) Seiner sekundären Darlegungslast hat der Kläger genügt.

3 Er hat seinen zunächst noch allgemein gehaltenen Vortrag, am 4. September 2014 habe ein Mitarbeiter der Beklagten angerufen, der mitgeteilt habe, dass die Beklagte das Schreiben des Klägers vom 19. August 2014 erhalten habe, und weiter darum gebeten habe, ihm die vorangegangene Abmahnung vom 7. August 2014 unter der Faxnummer 030/XXX zuzusenden, konkretisiert, nachdem die Beklagte diese Darstellung bestritten hat, und dargelegt, bei dem Anrufer habe es sich um den Geschäftsführer der Beklagten gehandelt.

- 4 Der Zugang der vom Kläger ausweislich des als Anlage zu seinem Schriftsatz vom 7. Juli 2015 vorgelegten Sendeberichts am 4. September 2014 veranlassten Faxsendung über diesen Anschluss ist unstrittig. Ebenso unstrittig ist, dass Inhaberin dieses Anschlusses eine unter der gleichen postalischen Anschrift wie die Beklagte ansässige Gesellschaft ist, deren Geschäftsführer auch der Geschäftsführer der Beklagten ist.
- 5 Auf der Grundlage dieses Klägervortrages ist – wie auch das Landgericht erkennt – von einem wirksamen Zugang der Abmahnung bei der Beklagten am 4. September 2014 auszugehen. Nach dem oben Gesagten reicht es nicht aus, dass die Beklagte den Klägervortrag bestreitet. Sie bleibt für den Nichtzugang der Abmahnung am 4. September 2014 beweispflichtig. Die Beklagte hat jedoch lediglich ihre Behauptung unter Beweis gestellt, weder der im August und September 2014 im V. Seniorenzentrum A. S. eingesetzten Mitarbeiterin noch anderen Mitarbeitern seien irgendwelche Unterlagen übergeben worden.
- 6 Auch wenn man dies als wahr unterstellt, schließt dies nicht aus, dass das Schreiben des Klägers vom 19. August 2014 auf andere Weise so in die Hände der Beklagten gelangt ist, dass ihr eine telefonische Nachfrage bei dem Kläger möglich war. Denkbar ist zumindest eine Weiterleitung per Post oder per Fax, zumal die Beklagte im V. Seniorenzentrum A. S. aufgrund ihrer dort regelmäßig abgehaltenen Veranstaltungen bekannt war.
- 7 Die Gründe, warum der Kläger den Geschäftsführer der Beklagten nicht von Anfang an als Anrufer vom 4. September 2014 benannt hat, können mannigfaltig sein. Jedenfalls lässt das Vortragsverhalten des Klägers nicht den zwingenden Schluss zu, dass die Behauptung ins Blaue aufgestellt worden sein muss, nachdem der Kläger durch Handelsregistereinsicht festgestellt hat, dass der Geschäftsführer der Beklagten und der Geschäftsführer der Inhaberin des oben genannten Faxanschlusses personenidentisch sind. Auch dem Verlauf der mündlichen Verhandlung, wie er in den Entscheidungsgründen des Schlussurteils, nicht aber in der Sitzungsniederschrift, dargestellt ist, lässt sich entnehmen, dass dem Kläger die Person des Anrufers vom 4. September 2014 am 24. Juli 2015 unbekannt war. Es kann danach nur festgestellt werden, dass die Klägervertreterin zum Vorhalt der Zivilkammer (Einzelrichter), es verwundere, dass der Name des Anrufers offenbar nicht erfragt und notiert worden sei, nichts Sachdienliches vortragen konnte. Ein Vertreter des Klägers, der zur weiteren Aufklärung des Sachverhalts hätte beitragen können, war in der Verhandlung nicht zugegen. Die Anordnung des persönlichen Erscheinens eines Vertreters des Klägers gemäß § 141 ZPO hatte die Zivilkammer (Einzelrichter) auch nicht getroffen. (...)

KOMMENTAR

- 1 Der Bundesgerichtshof hat sich bei seiner Entscheidung „Zugang des Abmahnschreibens“ (Beschluss vom 21.12.2006 – I ZB 17/06, WRP 2007, 781) mit der Frage auseinandergesetzt, welche Partei die Darlegungs- und Beweislast für den Zugang einer Abmahnung im Falle einer nach § 93 ZPO zu treffenden Kostenentscheidung trägt.
- 2 Vertritt der Beklagte nach sofortigem Anerkenntnis den Standpunkt, dass er keinen Anlass zur Klage gegeben habe, weil ihm die Abmahnung des Unterlassungsgläubigers nicht zugegangen

sei, und behauptet der Gläubiger, dass er eine entsprechende Abmahnung abgesandt habe, trifft den Beklagten die Darlegungs- und Beweislast für den fehlenden Zugang der Abmahnung. Hintergrund dieser Entscheidung war folgender: Grundsätzlich hat die unterlegene Partei die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, § 91 Abs. 1 S. 1 ZPO. Die Abgabe einer Anerkenntniserklärung führt dazu, dass die beklagte Partei im Rechtsstreit unterliegt; denn sie ist nach dem Anerkenntnis zu verurteilen. *Ausnahmsweise* sind jedoch dem Kläger die Kosten aufzuerlegen, wenn der Beklagte durch sein Verhalten keine Veranlassung zur Erhebung der Klage beziehungsweise zur Stellung des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gegeben hat und wenn er den Anspruch sofort anerkennt, § 93 ZPO. Die Klageveranlassung ist anzunehmen, wenn der Unterlassungsschuldner auf eine ihm zugegangene Abmahnung hin innerhalb einer angemessenen Frist keine hinreichende Unterlassungserklärung abgegeben hat. Kann der Schuldner die Unterlassungserklärung gegenüber dem Abmahnenden allerdings nicht abgeben, weil ihm die Abmahnung gar nicht erst zugegangen ist, fehlt es an dem Anlass zur Klageerhebung. Das Vorliegen der Voraussetzungen des § 93 ZPO muss der Beklagte nach den allgemeinen Beweislastregeln darlegen und unter Beweis stellen, weil es sich bei dieser Norm um eine für den Beklagten günstige Ausnahmeregelung handelt. Im Rahmen einer sekundären Darlegungslast muss der Kläger lediglich substantiiert darlegen, dass und wie er das Abmahnschreiben abgesandt hat; für die entsprechenden Behauptungen sollte der Kläger Beweis anbieten.

Nachdem sich der Bundesgerichtshof wie bereits erwähnt positioniert hat, könnte man annehmen, dass die Kostenentscheidung nach sofortigem Anerkenntnis nunmehr leicht von der Hand gehen müsste. In der Praxis schleichen sich jedoch schnell Fehler ein; so einfach liegen die Dinge dann doch nicht. Die Anwendbarkeit des § 93 ZPO wird beispielsweise häufig ausschließlich mit der Frage des Zugangs der Abmahnung in Verbindung gebracht. Der Anwendungsbereich des § 93 ZPO fällt im Wettbewerbsprozess jedoch deutlich weiter aus. So kommt die „Kostenwohltat“ des § 93 ZPO zugunsten des Schuldners auch dann in Betracht, wenn die Abmahnung inhaltlich nicht den Anforderungen genügt – etwa weil der Schuldner der Abmahnung nicht entnehmen konnte, was ihm konkret vorgeworfen wird (vgl. OLG Saarbrücken, 16.03.2015 – 1 W 7/15, MDR 2015, 1154; LG Freiburg (Breisgau), 04.01.2013 – 12 O 127/12, juris).

Mit der Rechtsprechung ist davon auszugehen, dass der Gläubiger unter bestimmten Voraussetzungen ausnahmsweise auch nach Zugang der Abmahnung noch einmal beim Schuldner nachfassen muss, um ihn zur Abgabe der geforderten Unterlassungserklärung zu bewegen. Dies kann beispielsweise dann der Fall sein, wenn sich der Schuldner ernstlich zur Unterlassung verpflichten will, ihm aber bei der Formulierung der Unterlassungserklärung erkennbar unbeabsichtigt ein Fehler unterläuft, der die Erklärung nicht ausreichend erscheinen lässt. Kommt der Gläubiger dieser sogenannten „Nachfasspflicht“ nicht nach und erkennt der Schuldner den Unterlassungsanspruch im gerichtlichen Verfahren sofort an, kann eine Kostenentscheidung zu Lasten des Gläubigers ergehen (vgl. KG, 30.01.2015 – 24 W 92/14, WRP 2015, 490). Die Kostentragungspflicht des Anspruchsinhabers kommt auch dann in Betracht, wenn der Unterlassungsgläubiger zu schnell, also vor Ablauf einer angemessenen Frist zur Abgabe der Unterlassungserklärung, das gerichtliche Verfahren in die Wege geleitet hat (vgl. LG Hamburg, 31.07.2013 – 312 O 236/13, juris).

Auch nach Abschluss eines einstweiligen Verfügungsverfahrens muss der Unterlassungsgläubiger die Möglichkeit eines soforti-

Tavanti, Kommentar zu KG, Zugang der Abmahnung

gen Anerkenntnisses im Rahmen des sich anschließenden Klageverfahrens im Auge behalten: Um den sich aus § 93 ZPO ergebenden Kostennachteil zu vermeiden, muss der Unterlassungsgläubiger nach Zustellung der einstweiligen Verfügung und vor Klageerhebung ein Abschlusschreiben an den Schuldner senden (BGH, 22.01.2015 – I ZR 59/14, WRP 2015, 979; OLG Hamburg, 06.02.2014 – 3 U 119/13, WRP 2014, 483).

6 Nun aber zurück zu dem hier zuvor abgedruckten Beschluss des Kammergerichts: Das Kammergericht hat das Schlussurteil des Landgerichts Berlin vom 22.09.2015 (15 O 454/14) dahingehend geändert, dass die beklagte Partei die Kosten des Rechtsstreits zu tragen hat. Das Landgericht war hingegen davon ausgegangen, dass dem Kläger die Verfahrenskosten aufzuerlegen sind. Wie konnte es zu der Kostenentscheidung des erstinstanzlichen Gerichts kommen? Im Wesentlichen beruht die unterschiedliche Beurteilung des zur Entscheidung stehenden Sachverhalts auf der Frage, welche Partei den Zugang der Abmahnung beim Beklagten darlegen und ggf. beweisen muss.

7 Der den Entscheidungen zugrunde liegende Sachverhalt wies Besonderheiten auf. Die Beklagte behauptete, ihr sei die ursprünglich versandte Abmahnung nicht zugegangen. Diese Behauptung beruhte auf der Tatsache, dass in der Abmahnung eine Adresse angegeben war, die mit dem Sitz der Beklagten nicht übereinstimmte. Vielmehr handelte es sich um die Anschrift eines Seniorenzentrums, in dessen Räumlichkeiten die Beklagte regelmäßig auftrat. Auf ein weiteres Schreiben des Klägers, mit dem der Unterlassungsschuldnerin eine Nachfrist zur Abgabe der Unterlassungserklärung gesetzt wurde, meldete sich jemand telefonisch bei dem Kläger. Der Anrufer erklärte, dass ihm zwar die Nachfristsetzung, nicht aber die eigentliche Abmahnung vorliege. Weiter bat der Anrufer darum, dass ihm die Abmahnung an eine von ihm genannte Faxnummer übermittelt werden solle. Dieser Aufforderung kam der Kläger nach. Die Beklagte wendete im Rahmen des Klageverfahrens ein, dass ihr der betreffende Faxanschluss nicht gehöre; ihr könne die Abmahnung folgerichtig nicht per Fax zugegangen sein. Eine Recherche des Klägers ergab, dass der Faxanschluss einer Gesellschaft zuzuordnen ist, deren Geschäftsführer auch der Geschäftsführer der Beklagten ist. Der Sitz dieser Gesellschaft war mit dem Sitz der Beklagten identisch. Dementsprechend trug der Kläger vor, dass sich die Beklagte die Kenntnis ihres Geschäftsführers zurechnen lassen müsse. Denn dieser habe die Abmahnung über die von ihm angegebene Faxnummer erhalten. Die Beklagte bestritt den Vortrag des Klägers, ohne substantiiert zu erwidern.

8 Das Landgericht Berlin hat sich in den Entscheidungsgründen nicht damit auseinandergesetzt, wie die Darlegungs- und Beweislast im Falle des sofortigen Anerkenntnisses zwischen den Parteien zu verteilen ist. Auch in der Reaktion auf die sofortige Beschwerde des Klägers gegen die Kostenentscheidung hat sich das Landgericht nicht zu der Verteilung der Darlegungs- und Beweislast geäußert. Zwar war auch die Zivilkammer der Auffassung, es komme letztlich nicht darauf an, welche Gesellschaft den Faxanschluss betreibe, wenn der Geschäftsführer der Beklagten den Kläger tatsächlich telefonisch darum gebeten hätte, die Abmahnung an die genannte Faxnummer zu senden. Denn in diesem Fall hätte die Beklagte die fremde Faxnummer als eigene Nummer deklariert und genutzt. Der Kläger habe aber keine gesicherte Erkenntnis darüber, wer bei ihm angerufen habe. Aus diesem Grund könne auch nicht festgestellt werden, dass es sich bei dem Anrufer um den Geschäftsführer der Beklagten gehandelt habe. Das Landgericht war der Auffassung, der Kläger

hätte sich den Namen des Anrufers notieren müssen. Außerdem hätte der Kläger prüfen sollen, ob die genannte Faxnummer der Beklagten zugeordnet werden könne. Die Rechercheergebnisse des Klägers würden hier nicht weiterhelfen. Der Kläger trage nur Mutmaßungen vor, die nicht geeignet seien, Versäumnisse hinsichtlich der Dokumentation des Telefonats auszugleichen.

Die Abwägungen des Landgerichts zielen darauf ab, dass der Kläger die Möglichkeit hatte, den Zugang der Abmahnung so zu bewerkstelligen, dass es zu den im vorliegenden Fall auftretenden Unsicherheiten gar nicht erst gekommen wäre. Bei dieser Betrachtungsweise vernachlässigt das Gericht aber die Verteilung der Darlegungslast. Nachdem der Kläger alles vorgetragen hat, was er vortragen konnte, um die Absendung der Abmahnung an eine von der Beklagten im konkreten Fall genutzten Faxnummer darzulegen, hätte es der Beklagten obliegen, den fehlenden Zugang der Abmahnung nicht nur pauschal zu behaupten, sondern auch möglichst konkret darzulegen und unter Beweis zu stellen.

Das Kammergericht hat seine Entscheidung schließlich zutreffend darauf gestützt, dass die Beklagte hinreichend substantiiert darlegen und im Bestreitensfall beweisen muss, dass sie keine Klageveranlassung gegeben hat. Die an die Adresse des Seniorenzentrums gerichtete Abmahnung war zwar unstrittig falsch adressiert. Die Beklagte hätte aber vortragen müssen, dass ihr die Abmahnung von dem Betreiber des Seniorenzentrums nicht weitergeleitet worden war. Eine solche Weiterleitung hätte aufgrund der geschäftlichen Beziehung zwischen der Beklagten und dem Seniorenzentrum nahegelegen. An entsprechendem Vortrag und korrespondierenden Beweisanträgen fehle es aber. Auch der klägerische Vortrag zu dem Anruf des Geschäftsführers der Beklagten und dessen Bitte, die Abmahnung an eine von ihm genannte Faxnummer zu senden, hätte die Beklagte dazu veranlassen müssen, so detailliert wie möglich und unter Beweisantritt zu erwidern. Das bloße Bestreiten reiche in einem solchen Fall nicht aus.

Für die Praxis gilt: Der Unterlassungsgläubiger muss sich im Vorhinein darauf einstellen, dass der Abgemahnte den Zugang der Abmahnung bestreiten wird. Aus diesem Grund kann es sinnvoll sein, schon vor Ausspruch der Abmahnung einen Handelsregisterauszug oder eine Gewerbeauskunft einzuholen. Die dort angegebenen Kontaktdaten können mit den Angaben im Impressum des Unterlassungsschuldners verglichen werden. Die Abmahnung kann per Bote oder als Einwurf-Einschreiben versandt werden. Parallel zur postalischen Versendung bietet es sich immer an, die Abmahnung auch per E-Mail und/oder vorab per Fax abzusenden. Dem Beklagten wird es schwerfallen, das Gericht davon zu überzeugen, dass ihm die Abmahnung auf keinem dieser Kommunikationswege zugegangen ist.

Die Beweislastverteilung ist anders zu beurteilen, wenn sich der Kläger auf eine ihm günstige Norm beruft. Zutreffend hat das Landgericht Berlin in seiner Entscheidung angenommen, dass der Kläger den Zugang der Abmahnung darlegen und beweisen muss, wenn es um die Voraussetzungen des Aufwendungsersatzanspruchs nach § 12 Abs. 1 S. 2 UWG geht. In diesem Fall ist der Unterlassungsgläubiger darlegungs- und beweisbelastet (Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 11. Aufl. 2016, Kap. 41 Rn. 88a).

RA Pascal Tavanti, Berlin*

* Der Autor war auf Seiten des Klägers an dem Verfahren beteiligt. Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 539.