

Hanseatisches Oberlandesgericht

Beschl. v. 25.4.2012, 3 W 2/12

§ 93 ZPO, § 97 Abs. 2 ZPO, § 99 Abs. 2 ZPO, § 920 Abs. 2 ZPO

1. Eine per Übergabe-Einschreiben versandte Abmahnung geht noch nicht durch den Zugang eines die Niederlegung auf der Post mitteilenden Benachrichtigungsscheins bei dem nicht angetroffenen Empfänger zu; insoweit kommt allenfalls die Annahme einer Zugangsfiktion in Betracht, wenn der Empfänger das Einschreiben nicht abholt.

2. Im Streit um die Kosten des Eilverfahrens ist das Beweismaß des § 920 Abs. 2 ZPO (Glaubhaftmachung) anwendbar. Streiten die Parteien im Hinblick auf § 93 ZPO im Falle eines Übergabe-Einschreibens, dessen Empfänger nicht angetroffen wurde, um den Zugang der Abmahnung, so trägt der Antragsgegner die Darlegungs- und Glaubhaftmachungslast für diejenigen Tatsachen, die der Annahme der Zugangsfiktion wegen Nichtabholung des Übergabe-Einschreibens entgegenstehen (hier: unterbliebene Hinterlassung eines Benachrichtigungsscheins).

Tenor:

Auf die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin wird das Urteil des Landgerichts Hamburg, Kammer 6 für Handelsachen, Az. 406 HKO 107/11, vom 2.12.2011 abgeändert. Der Antragsteller trägt die weiteren Kosten des Verfahrens mit Ausnahme der Kosten des Beschwerdeverfahrens, welche die Antragsgegnerin zu tragen hat. Der Beschwerdewert beläuft sich auf die Summe der in erster Instanz entstandenen Kosten.

Gründe:

Die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin ist nach § 99 Abs. 2 ZPO statthaft, zulässig und auch in der Sache begründet. Die weiteren Verfahrenskosten sind dem Antragsteller aufzuerlegen, weil die Antragsgegnerin durch Einlegung eines auf die Kostenfrage beschränkten Widerspruchs den geltend gemachten

Anspruch "sofort" im Sinne des § 93 ZPO anerkannt hat. Es fehlt an einer vorgeordneten Abmahnung.

Die per Einschreiben versandte Abmahnung ist der Antragsgegnerin unstreitig nicht körperlich und auch nicht im rechtlichen Sinne zugegangen, weil auch die – unterstellte – Hinterlassung des Benachrichtigungsscheins im Falle eines nicht übergebenen, sondern in der Post niedergelegten Übergabe-Einschreibens den Zugang noch nicht bewirkt (vgl. BGH, Urteil v. 26.11.1997, Az. VIII ZR 22/97, BGHZ 137, 205). Ob es in dieser Konstellation angebracht ist, die Grundsätze über die Zugangsvereitelung – Folge: Zugangsfiktion – dann anzuwenden, wenn der Adressat das nur einmalig versandte Einschreiben nicht innerhalb der Lagerfrist abholt (so Köhler/Bornkamm § 12 Rn. 1.34a für den wettbewerbsrechtlichen Regelfall, in dem eine Wiederholung der Abmahnung nicht zumutbar erscheine; anders - erneuter Zustellversuch erforderlich - in einem kaufrechtlichen Fall BGH, Urteil v. 26.11.1997, Az. VIII ZR 22/97, BGHZ 137, 205 unter II.2.a)), kann vorliegend offenbleiben. Denn selbst wenn man die Grundsätze der Zugangsvereitelung für anwendbar hielte, lägen - wie die Antragsgegnerin glaubhaft gemacht hat - ihre Voraussetzungen nicht vor.

Für den Nichtzugang der Abmahnung ist die Antragsgegnerseite darlegungs- und beweispflichtig, weil diese sich auf die vom kostenrechtlichen Grundsatz des § 91 Abs. 1 S. 1 ZPO abweichende Ausnahmegesetz des § 93 ZPO beruft (vgl. BGH 21.12.2006 – I ZB 17/06 – GRUR 2007, 629 Tz. 13 – Zugang des Abmahnschreibens). Der Senat ist – anders als das Landgericht – der Auffassung, dass das für die Kostenentscheidung nach § 93 ZPO im Eilverfahren zu verlangende Beweismaß ebenfalls § 920 Abs. 2 ZPO (Glaubhaftmachung) zu entnehmen ist, weil das Erfordernis des Vollbeweises – wie für Verfügungsgrund und -anspruch sowie weitere Prozessvoraussetzungen anerkannt (s. nur Zöller/Vollkommer, 29. Aufl. 2012, § 920 Rn. 9 m.w.N.) – mit dem Charakter des Eilverfahrens nicht zu vereinbaren wäre. Es erscheint nicht angemessen, für die Entscheidung über die Kosten des Eilverfahrens ein schärferes Beweismaß zu verlangen als für die Entscheidung über den Verfügungsanspruch selbst. Der im Hauptsacheverfahren ergangenen Entscheidung "Zugang des Abmahnschreibens" des Bundesgerichtshofs lässt sich für das Eilverfahren nichts Gegenteiliges entnehmen. Im vorliegenden Falle bedeutet dies, dass die Antragsgegnerin diejenigen tatsächlichen Umstände glaubhaft machen muss, die mit überwiegender Wahrscheinlichkeit die Annahme der Zugangsfiktion ausschließen, die

auf die Nichtabholung nach Hinterlassung eines Benachrichtigungsscheins gestützt werden könnte (s.o.).

Der Antragsteller ist der dem Abmahnenden nach der vorgenannten Rechtsprechung obliegenden sekundären Darlegungslast betreffend die Absendung der Abmahnung durch Vorlage von Kopien des Briefumschlags und – im Beschwerdeverfahren – der an sie zurückgelangten Originalsendung nachgekommen. Hieraus ergibt sich, dass der Einschreibebrief die korrekte Adresse der Antragsgegnerin aufweist, die aber mit von außen auf das Adressfeld des Briefumschlags angebrachten Kugelschreiberstrichen durchgestrichen ist. Ferner befinden sich auf dem Briefumschlag sowohl der Aufkleber „Anschrift überprüft (...) Zurück (...) Adresse unzureichend“ als auch der für niedergelegte Einschreibebriefe verwendete Aufkleber mit dem – hier angekreuzten – Feld „Nicht abgeholt“. Aus dieser Beschaffenheit der Briefsendung ergibt sich kein klares Bild darüber, ob der Antragsgegnerin bei dem Zustellversuch durch die Post ein Benachrichtigungsschein hinterlassen wurde. Dies erscheint ebenso möglich wie eine ordnungsgemäße nachfolgende Niederlegung (hiervon ist das Landgericht ausgegangen); möglich erscheint allerdings auch, dass der Brief nach der (irrtümlichen) Adressbeanstandung durch den Zusteller zur Post zurückgelangt und dort – bei Zugrundelegung der (unzutreffenden) Adressbeanstandung wiederum versehentlich – als nicht abgeholtes Einschreiben behandelt worden ist.

Der Antragsgegnerin ist es aber gelungen, durch Vorlage der eidesstattlichen Versicherung der Antragsgegnerin sowie – im Beschwerdeverfahren – ihrer Mitarbeiterin Frau W. glaubhaft zu machen, dass im Briefkasten der Antragsgegnerin ein Benachrichtigungsschein nicht hinterlassen worden ist. Zunächst hat die Antragsgegnerin glaubhaft gemacht, dass sie in der ersten und zweiten Woche des Monats August 2011 im Urlaub und ihre Praxis geschlossen gewesen ist. Frau W. hat darüber hinaus bekundet, den Briefkasten der Antragsgegnerin während dieses Urlaubs werktäglich geleert und zu keiner Zeit einen Benachrichtigungsschein vorgefunden zu haben. Es besteht kein Anlass, an der Glaubhaftigkeit der vorgelegten eidesstattlichen Versicherungen zu zweifeln. Aus der Beschaffenheit der von dem Antragsteller vorgelegten Briefsendung lassen sich Zweifel an der Bekundung von Frau W. nicht herleiten: die bereits beschriebenen widersprüchlichen Aufkleber auf dem Briefumschlag sprechen durchaus dafür, dass diese Briefsendung durch die Post nicht mit gebührender Sorgfalt gehandhabt worden ist. Der Berücksichtigung der eidesstattlichen Ver-

sicherung von Frau W. steht der erstinstanzliche Schluss der mündlichen Verhandlung nicht entgegen. Denn die sofortige Beschwerde eröffnet eine volle zweite Tatsacheninstanz und kann gem. § 571 Abs. 2 S. 1 ZPO auch auf neuen Vortrag gestützt werden eröffnet.

Ist aber mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass ein Benachrichtigungsschein nicht hinterlassen worden ist, so fehlt es für die Annahme einer Zugangsfiktion an einer hinreichenden Tatsachengrundlage, so dass sich die Antragsgegnerin mit Erfolg darauf berufen kann, ihren ein Anerkenntnis enthaltenden Kostenwiderspruch „sofort“ im Sinne des § 93 ZPO erklärt zu haben.

Die das Beschwerdeverfahren betreffende Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 2 ZPO. Hätte die Antragsgegnerin – wie unschwer möglich – die eidesstattliche Versicherung der Frau W. noch innerhalb der bis zum 21.11.2011 eröffneten mündlichen Verhandlung vorgelegt, hätte diese das nunmehr gefundene Ergebnis schon erstinstanzlich gerechtfertigt.