

LG Köln (28. Zivilkammer), Urteil vom 13.01.2016 - 28 O 132/15

Normenketten: BGB § 187 Abs. 1, § 188 Abs. 2 ZPO § 91 Abs. 1 S. 1, § 172, § 189, § 222 Abs. 1, § 708 Nr. 6, § 711, § 929 Abs. 2, § 936 ECLI:DE:LGK:2016:0113.28O132.15.00

Tenor: Die einstweilige Verfügung vom 15.05.2015, Az. 28 O 174/15, wird aufgehoben und der Antrag auf ihren Erlass zurückgewiesen. Die Kosten des Verfahrens werden insgesamt dem Verfügungskläger auferlegt. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Verfügungskläger kann die Vollstreckung abwenden durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages, wenn nicht die Verfügungsbeklagte Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet. Tatbestand: Der Verfügungskläger ist Moderator und Produzent der Sendung „Q“, die unter der Website www.Q.de sowie auf Youtube regelmäßig ausgestrahlt wird. Zuvor war er Moderator der Radiosendung Q, die vom X über den Radiosender Radio G ausgestrahlt wurde. Die Verfügungsbeklagte ist verantwortlich für das Online Nachrichten-Magazin „Y.de“, das auf www.Y.de abrufbar ist. Am 13.3.2015 veröffentlichte die Verfügungsbeklagte auf ihrer Website einen Beitrag mit dem Titel „AAA“. In Bezug auf den Verfügungskläger wird dort wie folgt berichtet: „Auch B, nach antisemitischen Äußerungen beim Sender X rausgeflogen, deklamiert sich immer wieder als frei von rechtem Gedankengut.“; für Einzelheiten wird auf die Anlage ASt 3 Bezug genommen. Mit anwaltlichem Schreiben vom 16.3.2015 und vom 20.3.2015 forderte der Verfügungskläger die Verfügungsbeklagte erfolglos zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung auf. Mit Beschluss vom 14.4.2015 hat die Kammer auf Antrag und unter Berücksichtigung der vom Verfahrensbevollmächtigten der Verfügungsbeklagten eingereichten Schutzschrift vom 20.3.2015 eine einstweilige Verfügung - unter Angabe des Verfahrensbevollmächtigten der Verfügungsbeklagten im Rubrum - erlassen und der Verfügungsbeklagten verboten, in Bezug auf den Verfügungskläger die Behauptung aufzustellen und/oder zu verbreiten und/oder zu veröffentlichen, „... Auch B, nach antisemitischen Äußerungen beim Sender X rausgeflogen, deklamiert sich immer wieder als frei von rechtem Gedankengut ...“ wie geschehen in dem Artikel „AAA“ vom 13.03.2015, auf www.Y.de abrufbar unter: <http://Y.de/AAA.de>. Die einstweilige Verfügung ist dem Verfügungskläger am 14.4.2015 zugestellt worden. Der Verfügungskläger hat den Beschluss an die Verfügungsbeklagte am 17.4.2015 persönlich zugestellt. Mit anwaltlichem Schreiben vom 3.6.2015 hat der Verfügungskläger dem Verfahrensbevollmächtigten der Verfügungsbeklagten eine Kopie des Beschlusses vom 14.4.2015 übermittelt. Mit Schreiben

vom 4.6.2015 hat der Verfahrensbevollmächtigte der Verfügungsbeklagten dem Verfahrensbevollmächtigten des Verfügungsklägers mitgeteilt, dass er „an der [...] beabsichtigten ‚Zustellung‘ nicht mit[wirke]“. Mit anwaltlichem Schreiben vom 8.6.2015 hat der Verfügungskläger eine Zustellung von Anwalt zu Anwalt veranlasst, auf die ihm kein Empfangsbekenntnis zurückgesendet worden ist. Der Verfügungskläger ist der Ansicht, dass der Beschluss der Verfügungsbeklagten wirksam zugestellt worden sei. Er behauptet, zum Zeitpunkt des Erlasses der einstweiligen Verfügung keine Kenntnis über Art und Umfang der Bevollmächtigung des Rechtsanwaltes der Verfügungsbeklagten gehabt zu haben; erst mit Erhalt des Widerspruchsschreibens habe er hiervon Kenntnis erlangt. Die vom Verfahrensbevollmächtigten der Verfügungsbeklagten eingereichte Schutzschrift sei ihm - insoweit unstreitig - nicht zugestellt worden; er habe von ihrem Inhalt erst am 15.6.2015 durch Anforderung derselben Kenntnis erlangt. Zudem habe sich der Verfahrensbevollmächtigte - ebenfalls unstreitig - der Verfügungsbeklagten trotz vorgerichtlichem Schriftverkehr dem Verfügungskläger gegenüber nie als vertretungsberechtigt angezeigt. Auch sei ihm nicht bekannt gewesen, welcher Rechtsanwalt der Sozietät Eisenberg & Kollegen für die Verfügungsbeklagte beauftragt gewesen sei. Dabei ist er der Ansicht, dass ihn nicht allein wegen der Erwähnung der Schutzschrift in der einstweiligen Verfügung eine Nachforschungspflicht treffe. Weiter ist er der Ansicht, dass die Schutzschrift keine ausreichende Bevollmächtigung enthalte, da sie alleine die „Empfangsberechtigung der Zustellung des Antrages“ nenne und auch keine entsprechende Vollmachtsurkunde beigelegt sei, die eine umfassende Bevollmächtigung näher darlegen würde. Jedenfalls aber - so meint er - sei der Zustellungsmangel nach § 189 ZPO geheilt, da davon auszugehen sei, dass die Verfügungsbeklagte ihren Verfahrensbevollmächtigten unmittelbar von dem Erlass der einstweiligen Verfügung unterrichtet habe. Zudem sei die Berufung der Verfügungsbeklagten auf die fehlerhafte Zustellung rechtsmissbräuchlich, da ihr Verfahrensbevollmächtigter mit Schreiben vom 4.6.2015 - insofern unstreitig - mitgeteilt habe, dass er „an der [...] beabsichtigten ‚Zustellung‘ nicht“ mitwirke. Mit Schriftsatz vom 22.5.2015 hat die Verfügungsbeklagte Widerspruch gegen die Entscheidung der Kammer eingelegt; für die Einzelheiten des Schriftsatzes wird auf Bl. 38 f. d. GA verwiesen. Der Verfügungskläger beantragt, die einstweilige Verfügung der Kammer vom 14.4.2015 zu bestätigen. Die Verfügungsbeklagte beantragt, die vorgenannte einstweilige Verfügung aufzuheben und den Antrag auf ihren Erlass zurückzuweisen. Nach ihrer Ansicht ist die

Zustellung der einstweiligen Verfügung unwirksam. Hierzu behauptet sie, dass sie ihren Verfahrensbevollmächtigten erst am 25.5.2015 per E-Mail kontaktiert habe, nachdem sie das Schreiben des Verfügungsklägers mit Aufforderung zur Abgabe der Abschlusserklärung am 18.5.2015 erhalten habe. Bis dahin habe sie ihrem Verfahrensbevollmächtigten die einstweilige Verfügung nicht übermittelt, da sie davon ausgegangen sei, dass ihm der Beschluss bereits vorliege. Mit Schriftsatz vom 12.10.2015 behauptet sie weiter, dass der Schriftsatz vom 22.5.2015, mit dem Widerspruch eingelegt wurde, falsch datiert sei. Weiter ist die Verfügungsbeklagte der Ansicht, dass die Berufung auf die fehlende Zustellung nicht rechtsmissbräuchlich sei; soweit ihr Verfahrensbevollmächtigter mit Schriftsatz vom 4.6.2015 dem Verfügungskläger mitgeteilt habe, dass er an der beabsichtigten „Zustellung“ nicht mitwirke, habe er diesen lediglich davon unterrichten wollen, dass die Zustellung fehlerhaft sei und er daher nicht an ihr habe mitwirken können. Auf Antrag der Verfügungsbeklagten vom 22.5.2015 und Beschwerde vom 1.6.2015 hat die Kammer mit Beschluss vom 24.6.2015 die Zwangsvollstreckung aus der einstweiligen Verfügung vom 14.4.2015 ohne Sicherheitsleistung eingestellt. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. Entscheidungsgründe: Die einstweilige Verfügung ist wegen des Ablaufs der Frist nach §§ 929 Abs. 2, 936 ZPO, die die Vollziehung der einstweiligen Verfügung unzulässig werden lässt, aufzuheben (vgl. Seiler, in: Thomas/Putzo, ZPO, 35. Aufl. 2014, § 929, Rn. 5, § 936, Rn. 7). Denn sie ist innerhalb der Monatsfrist des § 929 Abs. 2 ZPO nicht an den richtigen Adressaten nach § 172 ZPO zugestellt worden, der Zustellungsmangel ist nicht nach § 189 ZPO geheilt und die Berufung auf die fehlerhafte Zustellung ist auch nicht als rechtsmissbräuchlich anzusehen. 1. Die einstweilige Verfügung ist innerhalb der Monatsfrist des § 929 Abs. 2 ZPO nicht an den richtigen Adressaten zugestellt worden. a. Sofern sich ein Verfahrensbevollmächtigter bestellt hat, ist richtiger Adressat für die Zustellung der einstweiligen Verfügung nach §§ 922 Abs. 2, 936, 172 ZPO dieser. Erfolgt die Bestellung durch Hinterlegung einer Schutzschrift, ist aber nur dann an den Verfahrensbevollmächtigten nach § 172 ZPO zuzustellen, wenn eine eindeutige und unmissverständliche Erklärung des Rechtsanwaltes vorliegt, dass er umfassende Vertretungsmacht habe, und der Antragsteller von der Bestellung Kenntnis hat (OLG Düsseldorf, Urteil vom 20.10.1983 - 2 U 102/83; Vollkommer in Zöller, ZPO, 30. Aufl. 2014, § 922, Rn. 11). Eine Nachforschungspflicht des Antragstellers, ob sich ein Rechtsanwalt in der

Schutzschrift für den Antragsgegner bestellt hat, besteht grundsätzlich nicht (OLG Düsseldorf, Urteil vom 20. Oktober 1983 - 2 U 102/83). Von einer Kenntnis des Antragstellers ist aber auszugehen, wenn der Prozessbevollmächtigte im Rubrum der einstweiligen Verfügung als solcher bezeichnet ist (Vollkommer in Zöller, ZPO, 30. Aufl. 2014, § 929, Rn. 13). Danach war die einstweilige Verfügung vorliegend an den Verfahrensbevollmächtigten der Verfügungsbeklagten zuzustellen. Dieser hatte sich mit Einreichen der Schutzschrift hinreichend durch eindeutige und unmissverständliche Erklärung bestellt. Die erklärte „Empfangsberechtigung der Zustellung des Antrages“ ist dahingehend zu verstehen, dass dem Rechtsanwalt (auch) der Beschluss über eine einstweilige Verfügung zugestellt werden solle. Zudem ist die Kenntnis des Verfügungsklägers von der Bevollmächtigung zum Zeitpunkt der Zustellung der einstweiligen Verfügung anzunehmen. Denn hierfür ist ausreichend, dass der Verfahrensbevollmächtigte in der einstweiligen Verfügung im Rubrum als solcher aufgeführt wurde. Eine Nachforschung des Verfügungsklägers, zu der dieser in der Tat nicht verpflichtet ist, war insofern nicht erforderlich. Dem widerspricht nicht, dass das Rubrum die Kanzlei aufführt und nicht den im konkreten Fall zuständigen Rechtsanwalt. Denn bereits hieraus lassen sich die Bevollmächtigung sowie eine zustellungsfähige Anschrift entnehmen. b. Dem Verfahrensbevollmächtigten ist die einstweilige Verfügung innerhalb der Monatsfrist des § 929 Abs. 2 ZPO nicht zugestellt worden. Die am 3.6.2015 erfolgte Übersendung einer Kopie der einstweiligen Verfügung war nicht fristwährend. Unabhängig von der Frage, ob eine Kopie ausreichend ist, war zu diesem Zeitpunkt die Monatsfrist bereits abgelaufen. Diese begann mit Zustellung des Beschlusses der einstweiligen Verfügung an den Verfügungskläger (Vollkommer, in: Zöller, ZPO, 31. Aufl. 2016, § 929, Rn. 5) am 14.4.2015 und endete gemäß §§ 188 Abs. 2, 187 Abs. 1 BGB i. V. m. § 222 Abs. 1 ZPO mit Ablauf des 14.5.2015. Ebenso konnte die am 8.6.2015 veranlasste Zustellung von Anwalt zu Anwalt nicht mehr fristwährend erfolgen. 2. Der Zustellungsmangel ist nicht nach § 189 ZPO als geheilt anzusehen. Die Vorschrift des § 189 ZPO zur Heilung von Zustellungsmängeln ist auf die Frist des § 929 Abs. 2 ZPO anzuwenden (Vollkommer, in: Zöller, ZPO, 31. Aufl. 2016, § 929, Rn. 3, 14). Danach gilt das Dokument in dem Moment als zugestellt, in dem es tatsächlich bei dem richtigen Zustellungsadressaten zugegangen ist. Über die Heilung entscheidet das Gericht nach den allgemeinen Beweisgrundsätzen (Hüßtege in Thomas/Putzo, ZPO, 35. Aufl. 2014, § 189, Rn. 9; Stöber in Zöller, ZPO, 31. Aufl. 2016, § 189, Rn. 13). a. Darlegungs- und beweisbelastet für das Vorliegen der Heilungsvoraussetzungen ist grundsätzlich die Partei,

die sich auf die Heilung der unwirksamen Zustellung beruft (Fölsch, NJW 2015, 1760, 1762), vorliegend also der Verfügungskläger. Dem ist der Verfügungskläger nicht hinreichend nachgekommen. Er führt lediglich aus, dass die Verfügungsbeklagte ihren Verfahrensbevollmächtigten sicherlich unmittelbar von dem Erlass der einstweiligen Verfügung unterrichtet habe. Das alleine vermag jedoch für eine hinreichend substantiierte Darlegung nicht zu genügen. b. Hieran ändert die ausnahmsweise der Verfügungsbeklagten obliegende sekundäre Darlegungslast nichts. Denn sie ist dieser hinreichend nachgekommen. Der Prozessgegner trägt eine sekundäre Darlegungslast in den Fällen, in denen eine Partei die Heilung der Zustellung durch tatsächlichen Zugang des Dokumentes an den Verfahrensbevollmächtigten als richtigen Adressaten darzulegen und zu beweisen hat. Denn Letztere befindet sich in der misslichen Lage, dass sie nicht näher vortragen kann, wann und wie das Dokument an den Verfahrensbevollmächtigten gelangt ist, da ihr der Einblick in die Vorgänge zwischen dem Prozessgegner und ihrem Vertreter fehlt. Der Prozessgegner muss danach vortragen, unter welchem Umständen und zu welchem Zeitpunkt sein Verfahrensbevollmächtigter das Dokument erhalten hat (vgl. Fölsch, NJW 2015, 1760, 1762). Die Verfügungsbeklagte ist der sekundären Darlegungslast vorliegend nachgekommen, indem sie ausführt, dass sie ihren Verfahrensbevollmächtigten am 25.5.2015 per E-Mail kontaktiert habe, nachdem sie das Schreiben des Verfügungsklägers mit Aufforderung zur Abgabe der Abschlusserklärung vom 18.5.2015 erhalten habe; bis zu diesem Zeitpunkt sei ihrem Verfahrensbevollmächtigten die einstweilige Verfügung nicht übermittelt worden. Dieser Behauptung steht nicht entgegen, dass der Verfahrensbevollmächtigte bereits mit einem auf den 22.5.2015 datierten Schriftsatz Widerspruch erhoben hat. Die Verfügungsbeklagte führt hierzu im Schreiben vom 12.10.2015 aus, dass der Schriftsatz vom 22.5.2015, der an das Gericht am 26.5.2015 übermittelt wurde, falsch datiert gewesen sei. Dabei kann offen bleiben, ob dieser nach der mündlichen Verhandlung erfolgte Tatsachenvortrag noch zu berücksichtigen ist (vgl. hierzu OLG München v. 14.12.1978 - 6 U 3648/78, GRUR 1979, 172; OLG Frankfurt v. 29.12.2010 - 6 U 171/10; Foerste, in: Musielak/Voit, ZPO, 12. Aufl. 2015, § 283, Rn. 2; Prütting, in: MüKo, ZPO, 4. Aufl. 2013, § 283, Rn. 8). Denn auch dem bisherigen Tatsachenvortrag ist bestätigend zu entnehmen, dass die einstweilige Verfügung dem Verfahrensbevollmächtigten der Verfügungsbeklagten jedenfalls am 22.5.2015 mit Einlegung des Widerspruchs und damit nach dem Ablauf der Monatsfrist am 14.5.2015 noch nicht vorgelegen hatte. In dem

Schriftsatz vom 22.5.2015 führt er aus, dass die einstweilige Verfügung erlassen worden zu sein „scheint“, das Gericht ihn „wohl“ in das Rubrum aufgenommen habe, er aber „Genaueres [...] im Moment nicht sagen [könne]“. 3. Zuletzt ist die Berufung der Verfügungsbeklagten auf die fehlerhafte Zustellung nicht als rechtsmissbräuchlich anzusehen. Anders als der Wortlaut des Schreibens des Verfahrensbevollmächtigten der Verfügungsbeklagten vom 4.6.2015 suggeriert, nach dem er „an der [...] beabsichtigten ‚Zustellung‘ nicht mit[wirke]“, hat er unstreitig eine Zustellung an ihn als richtigen Adressaten nicht versucht zu verhindern. Er hat mit dem Schreiben lediglich zum Ausdruck bringen wollen, dass er die am 3.6.2015 erfolgte Übersendung des Beschlusses an ihn nicht als Zustellung erachtet. 4. Die Nebenentscheidungen beruhen auf § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO, §§ 708 Nr. 6, 711 ZPO. Der Streitwert wird auf 10.000,00 EUR festgesetzt.