



Brandenburgisches Oberlandesgericht

Beschluss

In der Familiensache

der Minderjährigen N... G...,

Klägerin und Berufungsklägerin,

- Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwältin ...

g e g e n

Herrn M... G...,

Beklagten und Berufungsbeklagten,

- Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwalt ...

hat der 1. Senat für Familiensachen des Brandenburgischen Oberlandesgerichts durch

den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht ...,
die Richterin am Oberlandesgericht ... und
den Richter am Oberlandesgericht ...

am **3. November 2004**

b e s c h l o s s e n:

1.

Der Antrag der Klägerin und Berufungsklägerin vom 6. September 2004 auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe für die Durchführung der Berufung wird zurückgewiesen.

2.

Der Senat beabsichtigt, die Berufung aus den nachfolgenden Gründen gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen. Insoweit wird Gelegenheit zur Stellungnahme binnen einer Frist von zwei Wochen gegeben.

Gründe

I.

Die Parteien haben zuletzt um rückständige Unterhaltsansprüche der Klägerin gestritten.

Die am 24. Oktober 1987 geborene minderjährige Klägerin ist die Tochter des Beklagten. Die Ehe des Beklagten mit der Mutter der Klägerin, welche diese gesetzlich vertritt, ist seit Februar 2004 rechtskräftig geschieden.

Mit Urkunde des Landkreises ... (Jugendamt) vom 4. September 2003 (Reg.-Nr....) verpflichtete sich der Beklagte, an die Klägerin ab Juli 2003 einen monatlichen Kindesunterhalt von 262 abzüglich des jeweils anrechenbaren Kindergeldanteils zu zahlen (Bl. 10). Für die Zeit vor Juli 2003 hatte der Beklagte insgesamt 300 (3 x 100) an Unterhalt für die Klägerin gezahlt.

Mit per Einschreiben übersandtem Schreiben vom 23. November 2001, über dessen Zugang die Parteien streiten, hat die Klägerin den Beklagten zur Zahlung eines Kindesunterhaltes in Höhe von 523 DM ab November 2001 aufgefordert (Bl. 4); insoweit ist zwischen den Parteien unstrittig, dass der Beklagte das für ihn bei der Poststelle hinterlegte Schreiben nicht abgeholt und dieses daraufhin an die Klägerin zurückgesandt worden ist.

Die Klägerin hat behauptet, das Schreiben vom 23. November 2001 sowohl per einfachen Brief als auch per Einschreiben dem Beklagten übersandt zu haben. Sie vertritt die Auffassung, dadurch sei ein Zugang dieses Schreibens beim Beklagten erfolgt, weshalb sich der Beklagte seit dieser Zeit in Verzug mit den Unterhaltsansprüchen befunden habe.

Die Klägerin hat zuletzt noch Unterhaltsansprüche für den Zeitraum von November 2001 bis einschließlich Juni 2003 geltend gemacht und insoweit beantragt,

den Beklagten zu verurteilen, an sie Unterhalt in Höhe von insgesamt 4.680 zu zahlen.

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Er hat behauptet, das auf den 23. November 2001 datierende Schreiben nicht erhalten zu haben.

Mit dem am 23. Juli 2004 verkündeten Urteil (Bl. 41) hat das Amtsgericht den Beklagten zur Zahlung eines rückständigen Unterhaltsbetrages in Höhe von 2.937 verurteilt und die Klage im Übrigen abgewiesen. Zur Begründung hat das Amtsgericht ausgeführt, dass auf Grund weiterer Schreiben der Klägerin ein Verzug des Beklagten erst für die Zeit ab Juni 2002 feststellbar sei, weshalb er für 13 Monate (Juni 2002 bis einschließlich Juni 2003) jeweils 262 Unterhalt zu zahlen habe. Vor Juni 2002 könne ein Verzug nicht, insbesondere nicht auf Grund des vorgelegten Schreibens vom 23. November 2001, festgestellt werden. Insoweit habe die Klägerin den Zugang dieses Schreibens nicht beweisen können; weder sei erkennbar, dass der Beklagte den Erhalt des Schreibens quittiert, noch dass ihn ein Benachrichtigungsschreiben der Post erreicht habe.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Klägerin, soweit ihre Klage abgewiesen worden ist. Die Klägerin wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen und begehrt die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung weiterer 1.743 Unterhalt für den Unterhaltszeitraum November 2001 bis einschließlich Mai 2002 bei einem monatlichen Unterhalt von 249 .

II.

Die begehrte Prozesskostenhilfe war zu versagen, da die Voraussetzungen der §§ 114, 119

Abs. 1 ZPO nicht vorliegen. Es fehlt an den Erfolgsaussichten für die Durchführung der Beufung.

Da die Klägerin insoweit rückständigen Unterhalt geltend macht, kommt es allein noch auf die Frage an, inwieweit sich der Beklagte mit der Zahlung der Unterhaltsrückstände in Verzug befand. Dabei hat das Amtsgericht im Ergebnis zutreffend eine ausreichende Darlegung des Verzugseintritts durch die Klägerin verneint.

1.

Gemäß § 1613 Abs. 1 Satz 1 BGB kann Unterhalt für die Vergangenheit nur dann gefordert werden, wenn der Verpflichtete zum Zwecke der Geltendmachung des Unterhaltsanspruchs zur Auskunftserteilung aufgefordert worden ist, sofern er in Verzug gekommen oder sofern der Unterhaltsanspruch rechtshängig geworden ist. In Betracht kommt für die Zeit ab November 2001 allein die Möglichkeit der In-Verzug-Setzung des Beklagten auf Grund des klägerischen Schreibens vom 23. November 2001, welches bei einem Zugang beim Beklagten in November 2001 gemäß § 1613 Abs. 1 S. 2 BGB Rückwirkung auf den 1. November 2001 entfalten würde.

Nach § 284 Abs. 1 BGB a. F. (wie auch gemäß § 286 Abs. 1 S. 1 BGB n. F.) setzt Verzug die schuldhafte Nichtleistung des Schuldners trotz Fälligkeit der Forderung und Mahnung des Gläubigers voraus. Die Mahnung ist eine rechtsgeschäftsähnliche Handlung, die den allgemeinen Regelungen über die Willenserklärung unterfällt (BGHZ 47, 352, 357). Erforderlich für die Mahnung, bei der es sich um die ernstliche und endgültige Aufforderung an den Schuldner zur Zahlung der Leistung handelt (Palandt/Heinrichs, BGB, 63. Auflage 2004, § 286 Rn. 16), benötigt zum Wirksamwerden daher den Zugang beim Empfänger, § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB. Zugegangen ist eine Willenserklärung dann, wenn sie derart in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist, dass bei Annahme gewöhnlicher Verhältnisse damit zu rechnen ist, er könne von ihr Kenntnis erlangen (BGHZ 67, 271, 275). Willenserklärungen, die per Brief übermittelt werden, gehen dem Empfänger mit der Aushändigung des Briefes zu, wobei der Einwurf in den eigenen Briefkasten regelmäßig genügt.

2.

Diesen Grundsätzen folgend ist dem Beklagten ein Schreiben vom 23. November 2001 nicht zugegangen.

a.

Soweit die Klägerin erstmalig in der mündlichen Verhandlung vom 25. Juni 2004 (Bl. 21 d. A.) behauptet hat, das Schreiben vom 23. November 2001 (auch) per einfachem Brief dem Beklagten übersandt zu haben, mag dahinstehen, ob Bedenken an der Schlüssigkeit des klägerischen Vortrages nicht bereits daraus herrühren, dass ein solcher Vortrag, der erkennbar von wesentlicher Bedeutung für den Rechtsstreit war, von der Klägerin bereits zuvor hätte vorgebracht werden müssen. Zu Lasten der insoweit darlegungs- und beweisbelasteten Klägerin kann jedenfalls auf Grund des Bestreitens des Beklagten nicht von einem Zugang dieses Schreibens ausgegangen werden. Die Beweislast für den ordnungsgemäßen Zugang trägt derjenige, der sich auf den Zugang beruft. Unabhängig von der mangelnden Substanziierung ihres Vorbringens hat die Klägerin für ihre Zugangsbehauptung aber keinen Beweis angeboten.

b.

Aber auch hinsichtlich des per Einschreiben übersandten Schreibens vom 23. November 2001 kann zu Lasten der Klägerin ein Zugang nicht festgestellt werden. Da dem Beklagten dieses Schreiben nicht ausgehändigt oder in seinen Briefkasten eingeworfen worden ist, und er den für ihn hinterlegten Brief nicht bei der Post abgeholt hat, ist das Schreiben nicht in seinen Machtbereich gelangt.

Der Zugang ist insbesondere nicht dadurch erfüllt, dass dem Beklagten - was dieser wohl im Übrigen bestreiten will - ein Benachrichtigungsschein in seinen Briefkasten durch den Postzusteller eingeworfen worden ist. Nach § 130 BGB trägt der Erklärende grundsätzlich das Risiko des Eintreffens der Erklärung beim Adressaten, weshalb es zu seinen Lasten geht, wenn die Erklärung den Adressaten nicht oder nicht rechtzeitig erreicht. Das Transportrisiko und damit auch die Auswahl der Transportmittel trägt allein der Erklärende (vgl. auch Franzen, Zugang und Zugangshindernisse bei eingeschriebenen Briefsendungen, JuS 1999, 429, 431). Der Empfänger eines eingeschriebenen Briefes hat erst dann die abstrakte Möglichkeit der Kenntnisnahme vom Inhalt des Briefes, wenn er oder ein von ihm Beauftragter sich tatsächlich zu dem Ort der Niederlegung begibt und den Brief ausgehändigt bekommt. Bei dem hier auch durch die Klägerin gewählten postalischen Verfahren eines *Übergabeeinschreibens mit Rückschein* (vgl. Bl. 29, 31) erfolgt der Zugang grundsätzlich durch die Bestätigung des Empfängers auf dem Rückschein. Wird keine empfangsberechtigte und empfangsbereite Person angetroffen, hinter-

lässt der Briefbote einen Benachrichtigungsschein mit der Bitte, die Sendung innerhalb einer bestimmten Frist bei der Post abzuholen. Dieser Benachrichtigungsschein selbst führt aber nicht zum Zugang des mit dem Einschreiben übersandten Schreibens, da dieses nicht in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist und von ihm auch nicht zur Kenntnis genommen werden kann, bevor er es nicht selbst abholt (BGHZ 137, 205, 208; BGHZ 67, 271, 275; Bamberger/Roth-Wendtland, BGB, 2003, § 130 Rn. 13). Aus diesen Gründen kann daher dahinstehen, ob dem Beklagten tatsächlich ein Benachrichtigungsschein über das Einschreiben zugegangen ist.

Ist hiernach aber mangels des Abholens des Einschreibebriefes durch den Beklagten kein (tatsächlicher) Zugang erfolgt, so käme lediglich die Fiktion eines Zugangs auf Grund einer treuwidrigen Vereitelung desselben durch den Beklagten in Betracht. Die Voraussetzungen hierfür liegen aber nicht vor. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Beklagte durch das Nichtabholen des Briefes jedenfalls nicht gegen eine ihn in allgemeiner Hinsicht treffende Obliegenheit verstoßen hat. Eine allgemeine Obliegenheit dahingehend, Willenserklärungen zu empfangen und deshalb auf Benachrichtigung hin Briefe von der jeweils zuständigen Poststelle abzuholen, existiert nicht (Soergel/Hefermehl, BGB, 13. Aufl. 2000, § 130, Rn. 10, 25). Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Adressat mit einem Zugang rechnen musste. Weiß der Adressat, dass der Absender ihm eine Erklärung zusenden will, oder muss er insbesondere auf Grund bestehender vertraglicher Beziehungen mit dem Eingang eines solchen Schreibens rechnen, so muss er sich für den Fall des Nichtabholens trotz Abholbenachrichtigung so behandeln lassen, wie wenn ihm das Schreiben zur Zeit des frühestmöglichen Abholtermins zugegangen wäre (BGHZ 137, 205, 209 ff.; BAG, NJW 1963, 554, 555). Erforderlich ist dabei regelmäßig eine an den Empfänger gerichtete vorausgehende Ankündigung des Erklärenden, ein solches Schreiben übersenden zu wollen (Bamberger/Roth-Wendtland a. a. O. § 130 Rn. 13, 25). Hierzu fehlt es aber an jeglichem eingehenden Vortrag der Klägerin. Es ist nicht erkennbar, auf Grund welcher besonderen Umstände der Beklagte in November 2001 mit einer Unterhaltsforderung durch die Klägerin und dem damit in Zusammenhang stehenden Zugang einer schriftlichen Aufforderung rechnen musste oder konnte. Zudem fehlt es hier an jeglicher Darlegung der Klägerin überhaupt, ob zu dieser Zeit bereits die Trennung ihrer Eltern eingesetzt hatte und wie die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse im Übrigen ausgestaltet waren.

Die Darlegungs- und Beweisproblematiken hinsichtlich des Zugangs hätte die Klägerin möglicherweise vermeiden können, indem sie für die Ermittlung die Form eines so genannten Einwurfeinschreibens gewählt hätte (vgl. auch Palandt/Heinrichs, a.a.O., § 130, Rn. 6). Dies kann aber letztendlich dahinstehen, da die Klägerin hier eine andere Form der Übermittlung (einfacher Brief sowie Übergabeeinschreiben mit Rückschein) gewählt hat.

...

...

...