

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

EGÜbk Art. 27 Nr. 2

Das verfahrenseinleitende Schriftstück kann auch dann "rechtzeitig" zugestellt worden sein, wenn die versuchte Zustellung deswegen nicht zu bewirken war, weil der Aufenthalt des Beklagten - aus von ihm zu vertretenden Gründen - unbekannt war.

BGH, Beschl. v. 2. Oktober 1991 - IX ZB 5/91 - OLG Oldenburg
LG Osnabrück

BUNDESGERICHTSHOF

IX ZB 5/91

BESCHLUSS

in dem Rechtsbeschwerdeverfahren

Julien R. [REDACTED],
B. [REDACTED], B. [REDACTED], L. [REDACTED] straat Nr. [REDACTED],

Gläubiger und
Rechtsbeschwerdeführer,

- Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwältin [REDACTED] -

g e g e n

Bedrija E. [REDACTED],
T. [REDACTED]/Marokko, [REDACTED], rue T. [REDACTED] I. [REDACTED] Z. [REDACTED] BT [REDACTED],

Schuldnerin und
Rechtsbeschwerdegegnerin,

- Verfahrensbevollmächtigte II. Instanz: Rechtsanwälte [REDACTED], [REDACTED],
[REDACTED], [REDACTED] und [REDACTED],
[REDACTED], [REDACTED] -

WII

- 2 -

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
durch den Vorsitzenden Richter Merz und die Richter
Dr. Schmitz, Kirchhof, Dr. Zugehör und Dr. Ganter

am 2. Oktober 1991 - ohne mündliche Verhandlung -
beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde des Gläubigers wird der Beschluß des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Oldenburg vom 19. November 1990 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Entscheidung an das Beschwerdegericht zurückverwiesen, dem auch die Entscheidung über die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens übertragen wird.

G r ü n d e

I.

Der Gläubiger erwirkte ein Versäumnisurteil des Landgerichts Oudenaarde vom 9. September 1986, durch das unter anderem die Schuldnerin verurteilt wurde, an den Gläubiger ein von diesem im April 1985 gewährtes Darlehen von 1,2 Mio bfr nebst Zinsen und Kosten zurückzuzahlen. Zum Verhandlungstermin war die Schuldnerin unter der vom Gläu-



biger angegebenen Anschrift "K[REDACTED] Straße[REDACTED], W[REDACTED]-[REDACTED]" auch in der Weise geladen worden, daß der in Belgien beauftragte Gerichtsvollzieher die schriftliche Ladung mit Urkunde vom 23. Juli 1986 dem Staatsanwalt beim Landgericht des Gerichtsbezirks Oudenaarde mit der Bitte übermittelt hatte, die Ladung im Wege der Rechtshilfe an das zuständige deutsche Gericht weiterzuleiten. Unter der angegebenen Anschrift ist die Schuldnerin seit 1982 ordnungsbehördlich gemeldet. Das um die Zustellung ersuchte Amtsgericht Osnabrück teilte unter dem 20. August 1986 mit, daß die Zustellung nicht habe durchgeführt werden können, "da sich die Zustellungsempfängerin - nach Mitteilung des mit der Zustellung beauftragten Gerichtsvollziehers - in Afrika aufhalten soll und eine Rückkehr erst Ende 1986 zu erwarten" sei. In derselben Form und mit dem gleichen Ergebnis erfolgte und endete der Versuch einer Zustellung des Versäumnisurteils.

Auf Antrag des Gläubigers hat das Landgericht Osnabrück angeordnet, das Urteil mit einer Teil-Vollstreckungsklausel gegen die Schuldnerin zu versehen. Beschluß, Versäumnisurteil und Klausel wurden der Schuldnerin unter der Anschrift "K[REDACTED] Straße[REDACTED], W[REDACTED]" zunächst am 16. Juni und dann nochmals am 5. Juli 1990 jeweils durch Niederlegung zugestellt. Dagegen hat die Schuldnerin mit einem am 2. August 1990 eingegangenen Schriftsatz Beschwerde eingelegt. Sie behauptet, daß sie den als Zustellungsanschrift bezeichneten Wohnsitz schon im Herbst 1985 aufgegeben habe und nunmehr in Marokko wohne.

Durch den angefochtenen Beschluß hat das Oberlandesgericht den Anordnungsbeschluß des Landgerichts aufgehoben sowie den Antrag des Gläubigers auf Erteilung der Vollstreckungsklausel zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die Rechtsbeschwerde des Gläubigers.

II.

Das Rechtsmittel hat Erfolg.

1. Das Beschwerdegericht hat ausgeführt: Die Beschwerde sei in jedem Falle rechtzeitig eingelegt worden, weil die durch Niederlegung bewirkte Zustellung unwirksam gewesen sei. Die Schuldnerin habe "nach ihrer nicht zu widerlegenden Darlegung" im Zustellungszeitpunkt ihren Lebensschwerpunkt in Marokko begründet gehabt.

a) Demgegenüber rügt die Rechtsbeschwerde: Die Beweislast für die Rechtzeitigkeit eines Rechtsmittels trage, wer es eingelegt habe. Das habe das Beschwerdegericht verkannt. Es habe zudem den Sachvortrag nur unvollkommen ausgewertet und erhebliche Beweisangebote nicht berücksichtigt.

b) Maßgeblich für die Fristwahrung ist grundsätzlich die zeitlich erste - hier am 16. Juni 1990 ausgeführte - Zustellung. Denn der Beginn der Rechtsmittelfristen einschließlich derjenigen nach § 11 Abs. 2 und 3 AVAG setzt nur voraus, daß dem Rechtsmittelführer die anzufechtende Entscheidung in der vorgeschriebenen Form übermittelt wor-

den ist (vgl. auch BVerwG NJW 1980, 2269 f). Schon mit der ersten derartigen Übermittlung kann der Betroffene Kenntnis von allen denjenigen Tatsachen erlangen, die ihm die Entscheidung ermöglichen, ob er ein Rechtsmittel einlegen will oder nicht. Eine spätere, wiederholte Zustellung begründet nicht ohne weiteres ein schutzwürdiges Vertrauen darauf, daß es auf die frühere Zustellung nicht mehr ankomme. Besondere gegenteilige Umstände sind hier nicht ersichtlich, abgesehen davon, daß die Schuldnerin sich nicht einmal darauf beruft, auf die Wirksamkeit allein der zweiten Zustellung vertraut zu haben.

Danach wäre die von der Schuldnerin hier eingelegte Beschwerde verspätet und unzulässig, falls die am 16. Juni 1990 durchgeführte Zustellung rechtswirksam wäre. Das läßt sich, entgegen der Meinung des Oberlandesgerichts, bisher weder ausschließen noch bestätigen.

c) Insoweit kann es offenbleiben, ob das Beschwerdegericht die Beweislast für die Rechtswirksamkeit der Zustellung verkannt hat. Grundsätzlich beschränkt sich die Beweislast des Rechtsmittelführers auf diejenigen Maßnahmen, die ihm selbst obliegen (Zöller/Schneider, ZPO 16. Aufl. § 577 Rdn. 10 i. V. m. § 518 Rdn. 20; vgl. auch BGH, Urt. v. 6. November 1984 - VI ZR 2/83, VersR 1985, 142, 143 unter II 2), bis hin zur Übermittlung der Rechtsmittelschrift ans Gericht (BGH, Beschl. v. 25. Oktober 1979 - III ZB 13/79, VersR 1980, 90, 91; BAGE 22, 119, 124). Dazu gehört aber nicht die Voraussetzung, daß die Rechtsmittelfrist überhaupt zu laufen begonnen hat, was regelmäßig eine ordnungsmäßige Zustellung voraussetzt. Daß die Merkma-

le insbesondere des § 182 ZPO erfüllt sind, fällt deshalb nicht in den Verantwortungsbereich des Zustellungsempfängers, sondern steht zur Beweislast desjenigen, der für sich günstige Folgen aus einer ordnungsgemäßen Zustellung herleiten will (ebenso OLG Köln MDR 1976, 497, 498; LG Berlin MDR 1987, 503).

Diesbezüglich kann sich eine Beweislastumkehr aus § 418 Abs. 1 und 2 ZPO ergeben. Beruht das amtliche Zeugnis aber nicht auf eigener Wahrnehmung der Urkundsperson, so gilt die Beweiskraft der öffentlichen Urkunde nur, wenn gesetzlich bestimmt ist, daß sie von der eigenen Wahrnehmung unabhängig sein soll (§ 418 Abs. 3 ZPO). Eine derartige Vorschrift gibt es nicht, soweit der Postbote bei einer Zustellung nach §§ 208, 182 ZPO die als Anschrift des Empfängers bezeichneten Räume als dessen "Wohnung" behandelt. Bei der Ausführung des Zustellungsauftrags (§ 39 PostO) hat der Postbote die Zustellungsvorschriften der ZPO zu beachten. Anknüpfungspunkt für eine Ersatzzustellung (§§ 181, 182 ZPO) ist danach die tatsächliche Benutzung einer Wohnung; jedoch genügt es, wenn der Empfänger den Anschein erweckt hat, in der fraglichen Wohnung zu wohnen, und das Gegenteil nicht bekannt ist (Ohnheiser, Postrecht 4. Aufl. § 16 PostG Rdn. 2 m.N.). Der Zusteller kann bei der ihm obliegenden Überprüfung lediglich den äußeren Anschein feststellen, nicht aber alle für den Wohnungsbegriff maßgeblichen Umstände zuverlässig erkennen. Dementsprechend beruht seine Schlußfolgerung, der Zustellungsempfänger habe unter der angegebenen Anschrift eine Wohnung, nicht nur auf tatsächlichen Feststellungen, sondern auch auf persönlichen Wertungen. Dies könnte gegen die Annahme sprechen, daß die

vom Zusteller aufgenommene Urkunde Beweis (§ 418 Abs. 1 u. 2 ZPO) für das Vorhandensein einer Wohnung des Empfängers unter der Zustellungsanschrift begründet. Andererseits hat der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs - ohne nähere Begründung - eine solche Beweiswirkung angenommen (Urt. v. 27. Oktober 1987 - VI ZR 268/86, NJW 1988, 713, 714 unter II 2 b; vgl. für die Abgrenzung einer Wohnung von einem Geschäftslokal auch BGH, Urt. v. 5. November 1975 - VIII ZR 73/75, NJW 1976, 149 unter II 3). Zwar kann von einem Zustellungsempfänger, der sich darauf beruft, an dem Zustellungsort nicht gewohnt zu haben, erwartet werden, daß er klare und vollständige Angaben über seine tatsächlichen Wohnverhältnisse macht (BGH, Beschl. v. 4. Oktober 1989 - IVb ZB 47/89, FamRZ 1990, 143; vgl. auch OLG Köln Rpfleger 1975, 260, 261; Zöller/Stephan aaO, Rdn. 4 vor § 181). Das begründet aber lediglich eine Substantiierungslast für die Umstände aus dem eigenen Bereich des Empfängers zur Erleichterung einer dem Gegner obliegenden Beweislast, nicht notwendigerweise deren Umkehrung.

d) In jedem Falle hat das Rechtsbeschwerdegericht nach § 19 Abs. 3 AVAG in Verbindung mit § 559 Abs. 2 Satz 2 ZPO - wie das Revisionsgericht mit Bezug auf die Berufungseinlegung (vgl. dazu BGH, Urt. v. 25. Oktober 1977 - VI ZR 198/76, VersR 1978, 155; Urt. v. 6. November 1984 - VI ZR 2/83, VersR 1985, 142, 143) - selbständig zu würdigen, ob die von Amts wegen zu prüfende Voraussetzung der Zulässigkeit der Erstbeschwerde vorliegt. Insoweit hat das Beschwerdegericht hier die erforderliche Gesamtabwägung aller Umstände unterlassen.

Eine Prüfung von Amts wegen bedeutet zwar keine Amtsermittlung, sondern beschränkt sich auf den dem Gericht vorliegenden oder offenkundigen Prozeßstoff (BGH, Urt. v. 5. November 1975 - VIII ZR 73/75, NJW 1976, 149). Dieser ist aber vollständig zu würdigen.

Vorliegend hat das Beschwerdegericht zwar zutreffend angenommen, daß rechtlich nicht die ordnungsbehördliche Meldung, sondern die tatsächlichen Verhältnisse über das Vorliegen einer Wohnung im Sinne von § 181 ZPO entscheiden (BGH, Urt. v. 4. März 1986 - VI ZR 242/84, NJW-RR 1986, 1083 unter I m.N.; OLG Celle NJW 1971, 1227; Zöller/Stephan aaO § 181 Rdn. 1). Es hat aber nicht erkannt, daß es ein wesentliches Indiz für diese tatsächlichen Verhältnisse sein kann, wenn sich eine Person für eine bestimmte Wohnung zwar ordnungsgemäß an-, aber nicht abmeldet. Unstreitig gehört der Schuldnerin eine vollständig möblierte Wohnung - deren Vermietung streitig ist - unter der fraglichen Anschrift. Sie unterhält auch ein im Telefonbuch eingetragenes Telefon dort. Insoweit gelangt das Beschwerdegericht wiederum nicht zu einer zusammenfassenden Würdigung, wenn es jeden dieser Umstände für sich allein nicht ausreichen läßt, ohne sie mit den anderen in Beziehung zu setzen. Beispielsweise bleibt ungeklärt, warum die Schuldnerin monatlich mindestens die Grundgebühr für das Telefon zahlt, um nur bei angeblich ganz seltenen Besuchen dort einmal erreichbar zu sein. Gerade die Häufigkeit und Dauer dieser Aufenthalte kann für die Frage, wo eine sich an unterschiedlichen Orten aufhaltende Person ihre "Wohnung" hat, bedeutsam sein (vgl. BayObLG NJW-RR 1988, 509 f). Darauf zielte der Beweisantrag des Gläubigers für seine Behauptung

ab, die Wohnung sei nach wie vor nicht vermietet, die Schuldnerin halte sich zeitweise dort auf (Schriftsätze des Gläubigers v. 26. Oktober 1990 = Bl. 100 GA u. v. 20. November 1990 = Bl. 105 GA); die als Zeugin für diese Behauptung genannte Wohnungsnachbarin kann nicht von vornherein als ein ungeeignetes Beweismittel angesehen werden. Die Rechtsbeschwerde rügt deshalb mit Recht, daß das Oberlandesgericht dem Beweisantrag hätte entsprechen müssen. Ferner hätte sich eine Vernehmung des Postzustellers, der am 16. Juni und 5. Juli 1990 die Ersatzzustellungen durchgeführt hat, darüber angeboten, aufgrund welcher Umstände er zur Annahme gekommen ist, die Schuldnerin unterhalte dort noch eine Wohnung. Gerade wenn das Beschwerdegericht bezüglich der im Jahre 1986 abgelehnten Ersatzzustellungen die Meinung vertritt, der damals handelnde Gerichtsvollzieher sei "besonders sachkompetent" gewesen, ist es nicht ohne weiteres nachzuvollziehen, warum dieselbe Wertung nicht auch auf den Postzusteller zutreffen soll, der im Jahre 1990 die Ersatzzustellungen ausgeführt hat. Zwar hatte der Gläubiger diese Vernehmung nicht beantragt. Jedoch hat das Gericht bei von Amts wegen zu beachtenden prozessualen Voraussetzungen von sich aus gemäß § 139 ZPO auf Bedenken - etwa gegen die Zulässigkeit - aufmerksam zu machen und die Parteien aufzufordern, diese Bedenken zur Gewißheit zu machen oder zu entkräften (BGH, Urt. v. 5. November 1975 - VIII ZR 73/75, NJW 1976, 149; Urt. v. 20. Januar 1989 - V ZR 173/87, NJW 1989, 2064, 2065; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO 49. Aufl. Grundzüge 3 H vor § 128 m.w.N.). Insoweit hatte das Beschwerdegericht hier zu bedenken, daß der Gläubiger von sich aus über die Wohnverhältnisse der Schuldnerin kaum weitergehende Angaben unter-

breiten konnte und daß ihm die Postzustellungsurkunden über die im Amtsbetrieb ausgeführten Zustellungen ebenfalls nicht ohne weiteres bekannt sein konnten. Demgegenüber hat die Schuldnerin erstmals in ihrer Erwiderung auf die Rechtsbeschwerde (Schriftsatz v. 1. Juli 1991 = Bl. 24 ff. Bd. II GA) substantiierte Angaben über ihre Wohnverhältnisse unterbreitet. Das Oberlandesgericht wird sie im Rahmen der von ihm vorzunehmenden Sachaufklärung zu berücksichtigen haben.

Endlich hätte das Beschwerdegericht in Betracht ziehen müssen, ob die Schuldnerin möglicherweise je einen Wohnsitz in Deutschland und in Marokko unterhielt. Das ist im Hinblick auf § 7 Abs. 2 BGB auch prozessual nicht ausgeschlossen (vgl. OLG Köln NJW-RR 1989, 443 f; Erman/H. P. Westermann, BGB 8. Aufl. § 7 Rdn. 9; ferner OLG Köln MDR 1983, 139 f).

Da somit eine grundlegende und umfassende Aufklärung erforderlich ist, ob die erstinstanzliche Entscheidung rechtswirksam zugestellt wurde, sieht der Senat von einer eigenen Beweiserhebung ab (zu dieser Möglichkeit vgl. BGH, Urt. v. 21. Juni 1976 - III ZR 22/75, NJW 1976, 1940, 1941; Urt. v. 6. November 1984 - VI ZR 2/83, VersR 1985, 142, 143 unter II 3). Die Ermittlung der erforderlichen Tatsachen durch das ortsnähere Oberlandesgericht ist auch deshalb geboten, weil - wie unter 2 ausgeführt werden wird - möglicherweise weiter eine Aufklärung über die Begründetheit des Gesuchs erforderlich ist, die der Rechtsbeschwerdesenat nicht durchführen kann. Die angefochtene Entscheidung ist deshalb aufzuheben.

2. Sollte das Beschwerdegericht nach der erforderlichen Aufklärung wieder zum Ergebnis kommen, daß die Beschwerde rechtzeitig eingelegt worden ist, so wird es beachten müssen, daß auch seine bisherige Entscheidung in der Sache nicht frei von Rechtsfehlern ist und möglicherweise auf Rechtsirrtum beruht.

a) Es hat den Antrag gemäß Art. 27 Nr. 2 EGÜbk mit der Begründung zurückgewiesen, die Schuldnerin habe "in nicht zu widerlegender Weise vorgetragen", daß sie sich gegen die Klage nicht rechtzeitig hätte verteidigen können. Sie habe dargelegt, daß sie ihren Wohnsitz schon 1986 nach Marokko verlegt gehabt hätte. Es lägen keine besonderen Umstände vor, welche die Annahme rechtfertigten, für die Schuldnerin habe normalerweise die Möglichkeit bestanden, sich rechtliches Gehör zu verschaffen.

Damit dehnt das Beschwerdegericht die durch Art. 27 Nr. 2 EGÜbk eröffnete Möglichkeit, die in einem Vertragsstaat ergangene Entscheidung nicht anzuerkennen, zu weit aus.

b) Indem Art. 27 Nr. 2 EGÜbk eine "ordnungsmäßige" Zustellung voraussetzt, wird festgelegt, daß die Zustellung einem im Urteilsstaat geltenden Abkommen oder dem autonomen Recht des Urteilsstaates entsprechen muß (vgl. EuGH EuZW 1990, 352, 354 unter Nr. 29 = IPRax 1991, 177, 179).

Das Beschwerdegericht unterstellt unbeanstandet, daß die Ladung zum Gerichtstermin am 9. September 1986, in dem das Versäumnisurteil erlassen wurde, nach belgischem Recht

wirksam war. Davon ist im gegenwärtigen Rechtsbeschwerdeverfahren im Hinblick auf Art. 40 Abs. 1 des Belgischen Code Judiciaire auszugehen (§ 19 Abs. 1 Satz 1 AVAG). Die Anerkennung des Versäumnisurteils kann deshalb nicht aus diesem Grunde abgelehnt werden.

c) Im Hinblick auf das Erfordernis der rechtzeitigen Zustellung setzt Art. 27 Nr. 2 EGÜbk nur voraus, daß der Beklagte sich (rechtzeitig) verteidigen "konnte". Dazu ist nicht die tatsächliche Kenntnisnahme des Beklagten von Klageschrift und Ladung nötig (EuGH IPRax 1982, 14, 19 unter Nr. 19). Rechtliches Gehör wird dem Beklagten - wie das Beschwerdegericht im Ansatz nicht verkennt - bereits dann gewährt, wenn für ihn normalerweise die Möglichkeit bestand, sich zu verteidigen. Insoweit sind alle Umstände des Falles abzuwägen. Insbesondere kann regelmäßig vermutet werden, daß eine Zustellung an die letzte bekannte Anschrift rechtzeitig erfolgt ist, wenn die neue Adresse des Beklagten unbekannt war (EuGH RIW/AWD 1985, 967, 970 unter Nr. 31). Das Gericht des Vollstreckungsstaates darf ein dem Beklagten zurechenbares Verhalten als einen der Umstände berücksichtigen, anhand deren es feststellen kann, ob die Zustellung rechtzeitig erfolgt ist (EuGH RIW/AWD 1985, 967, 970 unter 32). Mit dieser Regelung soll der Tatsache Rechnung getragen werden, daß es in den verschiedenen Vertragsstaaten des Übereinkommens der Europäischen Gemeinschaft über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen Systeme fiktiver Zustellungen gibt, die Anwendung finden, wenn der

Wohnsitz des Beklagten unbekannt ist, und die in unterschiedlichem Maße fiktive Rechtsfolgen vorsehen (EuGH RIW/AWD 1985, 967, 968 unter Nr. 11).

Dem entspricht es, daß auch das deutsche Recht eine öffentliche - und damit meist fiktive - Zustellung vorsieht, falls der Aufenthalt einer Partei unbekannt ist (§ 203 Abs. 1 ZPO). Eine solche Möglichkeit der Verfahrenseinleitung ist mit dem Grundrecht auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) dann vereinbar, wenn eine andere Form der Zustellung nicht oder nur schwer durchzuführen wäre, insbesondere wegen unbekannten Aufenthalts der Partei (BVerfG NJW 1988, 2361). Ein Beklagter kann sich nach europäischem Zivilprozeßrecht ebensowenig wie nach deutschem der Rechtsverfolgung dadurch entziehen, daß er sich an einem unbekannten Ort aufhält.

Deshalb wird das Beschwerdegericht prüfen müssen, ob der von der Schuldnerin behauptete neue Wohnort in Marokko - den sie in Deutschland nicht ordnungsbehördlich angezeigt hatte - dem Gläubiger unbekannt war. Ferner könnte es darauf ankommen, ob der Aufenthaltsort für den Gläubiger unter Einschaltung allgemein zugänglicher Stellen unschwer zu ermitteln war. Zu den besonderen Umständen, die das Beschwerdegericht bei seiner Gesamtabwägung zu berücksichtigen hat, gehört es einerseits, wenn der Gläubiger aufgrund seiner persönlichen Verhältnisse den Aufenthaltsort der Schuldnerin ohne weiteres hätte erfahren können. Andererseits wird es zu berücksichtigen sein, wenn die Schuldnerin bei Empfangnahme des Darlehens - das nach der Behauptung des Gläubigers in der Klageschrift von vornherein auf ein Jahr be-

fristet war - dem Gläubiger ihre Anschrift in Deutschland genannt haben sollte, ohne ihm andererseits einen Ortswechsel während der Laufzeit des Darlehens mitzuteilen. Muß sich danach die Schuldnerin gegebenenfalls so behandeln lassen, als hätte sie ihren Wohnort in Deutschland nicht aufgegeben, so ist die hier zur Verteidigung verfügbare Frist von demjenigen Zeitpunkt an zu bestimmen, an welchem sie bei einem Verbleib in Deutschland von der Klageschrift normalerweise hätte Kenntnis nehmen können.

Merz

Schmitz

Kirchhof

Zugehör

Ganter