

BUNDESGERICHTSHOF

VIII ZB 30/83

BESCHLUSS

in dem Rechtsstreit

des Fliesenlegers Gerhold W[REDACTED], c/o V[REDACTED] Raststätte, An der
B 69 in B[REDACTED]/S[REDACTED],

Beklagten und Beschwerdeführers,

- vertreten durch:

Rechtsanwalt [REDACTED] II in
O[REDACTED] -

g e g e n

die Firma H[REDACTED] GmbH, Kälte-Klimatechnik, vertreten durch den
Geschäftsführer Udo H[REDACTED], M[REDACTED]weg [REDACTED] in N[REDACTED],

Klägerin und Beschwerdegegnerin,

- vertreten durch:

Rechtsanwälte [REDACTED] und
[REDACTED], Am Ma[REDACTED] [REDACTED] in N[REDACTED] -

2

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch
den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Wolf,
Dr. Skibbe, Dr. Brunotte und Groß

am 19. Oktober 1983

beschlossen:

Auf die Beschwerde des Beklagten wird der
Beschuß des 11. Zivilsenats des Oberlandes-
gerichts Oldenburg vom 8. Juli 1983 aufge-
hoben und die Sache zur anderweiten Entschei-
dung, auch über die Kosten des Beschwerde-
verfahrens, an das Oberlandesgericht zurück-
verwiesen.

Wert des Beschwerdegegenstands: 44.119,-- DM.

G r ü n d e :

I. Die Klägerin hat gegen den Beklagten einen Mahnbescheid
über 44.119,-- DM nebst Kosten und Zinsen erwirkt, der am
13. Oktober 1982 durch Niederlegung zugestellt worden ist
(Ersatzzustellung gemäß § 182 ZPO). Der niedergelegte Mahnbe-
scheid ist am 13. Januar 1983 an den Absender zurückgesandt
worden.

Am 28. Oktober 1982 erging gegen den Beklagten Voll-
streckungsbescheid, der ebenfalls durch Niederlegung zugestellt
worden ist, und zwar am 2. November 1982. Der Beklagte hat



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



- verspätet - mit Schreiben vom 26. November 1982, beim Amtsgericht eingegangen am 29. November 1982, beantragt, den Mahnbescheid aufzuheben und ihm Wiedereinsetzung zu gewähren. Dazu hat er glaubhaft gemacht, daß er am 26. November aus einem vierwöchigen Urlaub zurückgekehrt sei und erst zu diesem Zeitpunkt den Vollstreckungsbescheid bekommen habe.

Das Landgericht, an das die Sache nach § 700 Abs. 3 ZPO abgegeben worden war, hat den Antrag auf Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Einspruchsfrist zurückgewiesen und den Einspruch des Beklagten gegen den Vollstreckungsbescheid als unzulässig verworfen. Die hiergegen gerichtete sofortige Beschwerde hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen.

II. Die sofortige weitere Beschwerde gegen den Beschluß des Oberlandesgerichts ist nach §§ 700, 341 Abs. 2 Satz 2, 568 a, 546 ZPO zulässig (vgl. Zöllner/Schneider, ZPO, 13. Aufl., § 568 a Rdn. 2). Sie ist in rechter Form und Frist eingelegt worden und auch begründet.

1. Nach Ansicht des Oberlandesgerichts ist es nicht ohne Verschulden des Beklagten (§ 233 ZPO) dazu gekommen, daß er den Einspruch gegen den Vollstreckungsbescheid verspätet eingelegt hat. Denn aufgrund des ihm am 13. Oktober 1982 zugestellten Mahnbescheids habe er mit dem Erlaß des Vollstreckungsbescheids rechnen müssen, als er Ende Oktober 1982 seinen Urlaub antrat,

so daß er geeignete Vorkehrungen hätte treffen müssen, um rechtzeitig Einspruch gegen den Vollstreckungsbescheid einlegen zu können. Die eidesstattliche Versicherung des Beklagten, keine Mitteilung über die Niederlegung des Mahnbescheids erhalten zu haben, habe den Beschwerdesenat nicht zu überzeugen vermocht, weil dem die Beweiskraft der Postzustellungsurkunde entgegenstehe (§ 418 ZPO); sie erstrecke sich auch darauf, daß die Mitteilung über die Niederlegung des Mahnbescheids bei der Post in den Empfangsbereich des Beklagten gelangt sei. In seinen eidesstattlichen Versicherungen vom 29. März und 3. Juni 1983 habe er letztlich nur zum Ausdruck gebracht, daß ihm eine solche Mitteilung nicht aufgefallen ist. Daß er der Mitteilung möglicherweise nur keine Beachtung geschenkt hat, sei durch den Inhalt seiner eidesstattlichen Versicherungen nicht ausgeschlossen. Mit Rücksicht auf die Fehlbarkeit menschlicher Wahrnehmung sei daher eine solche eidesstattliche Versicherung nicht ausreichend, um die Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde zu erschüttern.

2. Diese Begründung hält nicht in allen Punkten der rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Zwar gehört es nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu den Sorgfaltspflichten einer Prozeßpartei, bei längerer Ortsabwesenheit in angemessener Weise Vorsorge dafür zu treffen, daß prozessuale Fristen, mit deren Ablauf in

der Zwischenzeit zu rechnen ist, eingehalten werden können (vgl. Senatsbeschluß vom 19. September 1977 - VIII ZR 118/76, VersR 1977, 1098; BGH, Beschl. v. 25. März 1982 - VII ZB 23/81, VersR 1982, 652). Es bestehen auch keine grundsätzlichen, insbesondere verfassungsrechtlichen, Bedenken dagegen, diese Rechtsprechung auf das Mahnverfahren zu übertragen. Beim Einspruch gegen den Vollstreckungsbescheid handelt es sich nicht um den "ersten Zugang" zum Gericht (vgl. allgemein BVerfGE 41, 332 = NJW 1976, 1537). Vielmehr geht gerade der Mahnbescheid mit der durch ihn eröffneten Möglichkeit, Widerspruch einzulegen, voraus.

Das Oberlandesgericht hat ferner mit Recht durch die Postzustellungsurkunde als bewiesen angesehen, daß die Mitteilung über die Niederlegung des Mahnbescheids in den Empfangsbereich des Beklagten gelangt ist. Daraus ergibt sich auch - sofern nicht ungewöhnliche Umstände dies verhindert haben -, daß der Beklagte die Mitteilung erhalten hat und von ihr Kenntnis nehmen konnte. Die vom OLG Hamm (MDR 1982, 501) vertretene Differenzierung zwischen dem Nachweis, daß der Postbeamte den Benachrichtigungsschein abgegeben und daß der Empfänger ihn erhalten habe, überzeugt nicht und würde die Ersatzzustellung nach § 182 ZPO erheblich entwerten. Aus dem Vorstehenden folgt weiter, daß das Oberlandesgericht die Möglichkeit der Kenntnisnahme von dem Mahnbescheid nicht schon durch die eidesstattlichen Versicherungen des Beklagten als widerlegt anzusehen

brauchte, die sich auf die schlichte Angabe beschränkten, er habe keine Nachricht über die Niederlegung des Mahnbescheids erhalten.

b) Das Oberlandesgericht hat aber in seiner Verfahrensweise nicht voll dem verfassungsrechtlichen Gebot des effektiven Rechtsschutzes entsprochen (vgl. BGH, Beschl. v. 25. Oktober 1979 - III ZB 13/79, VersR 1980, 90; siehe auch Senatsbeschlüsse vom 7. Februar 1979 - VIII ZB 40/78, VersR 1979, 444, 445 und vom 11. Juli 1979 - VIII ZB 22/79, VersR 1979, 1028), weil der Beklagte damit rechnen durfte, daß das Oberlandesgericht seine Frage- und Hinweispflicht nach § 139 ZPO ausüben würde, wenn ihm die eidesstattlichen Versicherungen des Beklagten nicht zur Glaubhaftmachung genügten, daß er keine Kenntnis von der Niederlegung des Mahnbescheids erlangen konnte. Das ergibt sich aus folgendem: Das Landgericht war ersichtlich davon ausgegangen, daß der Beklagte sich um den niedergelegten Mahnbescheid nicht gekümmert habe (Seite 3 seines Beschlusses). Das Oberlandesgericht hat sich mit der Frage beschäftigt, ob der Beklagte von der Niederlegung schriftlich benachrichtigt worden sei, und hierzu am 25. April 1983 eine dienstliche Stellungnahme des Postamts Wittmund eingeholt, diese Stellungnahme (der Postbeamte konnte sich an den Einzelfall nicht erinnern) dem Beklagten zur Äußerung übermittelt, der daraufhin die Versicherung vom 3. Juni 1983 abgab, sowie mit Verfügung vom 9. Juni 1983 eine Auskunft des Postamts erbeten, wann der

Beklagte den niedergelegten Mahnbescheid abgeholt habe, und dem Beklagten Gelegenheit gegeben, den von ihm behaupteten Urlaub glaubhaft zu machen. Das Postamt hat mitgeteilt, der Mahnbescheid sei an den Absender zurückgeschickt worden; der Beklagte hat eine Bestätigung seines Gastgebers beigebracht, daß er bei diesem in der Zeit vom 23. Oktober bis zum 25. November 1982 in Urlaub gewesen sei.

Bei dieser Entwicklung des Verfahrens hätte das Oberlandesgericht dem Beklagten auch Gelegenheit geben müssen, seinen Vortrag über die Umstände der Ersatzzustellung zu ergänzen und entsprechend glaubhaft zu machen, wenn es seine nicht weiter erläuterte Angabe, die Mitteilung über die Niederlegung des Mahnbescheids nicht erhalten zu haben, als unzureichend ansah.

Der Beschluß des Oberlandesgerichts ist aufzuheben und die Sache - auch zur Entscheidung über die Kosten des Beschwerdeverfahrens - zurückzuverweisen, damit die Parteien sich zu den konkreten Umständen für die Abgabe des Benachrichtigungsscheins über die Niederlegung des Mahnbescheids noch äußern können und der Beklagte Gelegenheit erhält, seinen diesbezüglichen Vortrag glaubhaft zu machen. Es würde allerdings die Grenzen einer zulässigen Ergänzung und Erläuterung des bisher geltend gemachten Wiedereinsetzungsgrundes überschreiten, wenn der Beklagte sich auf Vorgänge beruft, deren Erwähnung im Zu-

sammenhang mit seiner von Anfang an aufgestellten Behauptung, er habe den Mahnbescheid nicht erhalten, sich aufdrängen mußte.

Braxmaier

Wolf

Dr. Skibbe

Dr. Brunotte

Groß