

10

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 73/75

URTEIL

Verkündet am
5. November 1975
Scheibl,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Dietrich Alfred S. [REDACTED] in
A. [REDACTED], E. [REDACTED]weg [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED]
und [REDACTED] -

g e g e n

Firma D. [REDACTED] L. [REDACTED] AG in F. [REDACTED],
K. [REDACTED] W. [REDACTED], vertreten durch ihren Vorstand
Dr. Albrecht D. [REDACTED] und Dipl.Kaufmann Horst F. [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dres. [REDACTED] u. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. November 1975 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Haidinger und die Richter Claßen, Braxmaier, Hoffmann und Wolf

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt (Main) vom 17. Dezember 1974 aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Beklagte legte am 6. Februar 1974 gegen das Urteil des Landgerichts Frankfurt (Main) vom 7. August 1973 Berufung ein. Zuvor hatte die Klägerin mit der Zustellung des Urteils den Gerichtsvollzieher beauftragt, der durch die Post zustellen ließ. Da der mit der Zustellung betraute Postangestellte weder den erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten des Beklagten noch einen zur Entgegennahme der Zustellung Berechtigten antraf, legte er das Urteil unter Errichtung der für den Fall eines vergeblichen Zustellungsversuchs in der Wohnung vorgesehenen Urkunde am 5. September 1973 bei der zuständigen

- 3 -

Postanstalt nieder und hinterließ eine schriftliche Mitteilung über die Zustellung des Urteils.

In der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht war der Beklagte nicht vertreten. Die Klägerin beantragte, die Berufung durch Versäumnisurteil zurückzuweisen. Das Berufungsgericht verwarf indessen die Berufung durch unechtes Versäumnisurteil als unzulässig.

Mit der Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, begehrt der Beklagte, das Berufungsurteil aufzuheben und die Berufung für zulässig zu erklären.

Entscheidungsgründe

Die Revision hat Erfolg.

I. Das Berufungsgericht ist der Meinung, die Berufung sei unzulässig, weil die Berufungsfrist nicht gewahrt sei. Denn das Urteil des Landgerichts sei durch die Niederlegung bei der Postanstalt am 5. September 1973 wirksam zugestellt worden.

II. Die Revision macht geltend, daß die Zustellung unwirksam sei und daß infolgedessen die Berufung rechtzeitig eingelegt sei. Das Urteil des Landgerichts habe nämlich dem erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten des Beklagten gemäß § 183 ZPO in dessen Kanzlei zugestellt werden sollen. Nach einem vergeblichen Zustellungsversuch



im Geschäftslokal sei aber eine Ersatzzustellung gemäß § 182 ZPO nicht zulässig.

1. Es ist richtig, daß nach, soweit ersichtlich, einhelliger Meinung nach einem vergeblichen Zustellungsversuch in einem Geschäftslokal gemäß § 183 ZPO eine Niederlegung des zuzustellenden Schriftstückes bei der zuständigen Postanstalt gemäß § 182 ZPO nicht statthaft ist (so insbesondere Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO 33. Aufl. § 183 Anm. II B; Stein/Jonas/Pohle, ZPO 19. Aufl. §§ 182 Anm. I und 183 Anm. I; Wieczorek, Großkommentare der Praxis, ZPO § 183 Anm. A; Zöllner, ZPO 11. Aufl. § 183 Anm. 1; Sydow/Busch, ZPO 22. Aufl. § 182 Anm. 1). Das wird daraus geschlossen, daß § 182 ZPO eine Ersatzzustellung nur dann zuläßt, wenn eine Zustellung "nach diesen Vorschriften", also nach den dem § 182 ZPO vorausgehenden Bestimmungen, nicht durchführbar war. Auch der Bundesgerichtshof hat sich der Auffassung angeschlossen, daß nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes eine Ersatzzustellung durch Niederlegung bei der Postanstalt einen vorherigen vergeblichen Zustellungsversuch in der Wohnung des Zustellungsempfängers voraussetzt und nach einem lediglich im Geschäftslokal des Empfängers vorgenommenen Zustellungsversuch nicht zulässig ist (BGH Beschl. v. 12. März 1968 - X ZB 12/67 = LM PatG § 41 p Nr. 15 = MDR 1968, 493 = JR 1969, 61).

2. Das hat das Berufungsgericht offensichtlich übersehen. Denn es hat nicht festgestellt, daß der vergebliche Zustellungsversuch in der Wohnung des erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten des Beklagten erfolgt war. Insoweit fehlt es an einer Prüfung der

Voraussetzungen der Ersatzzustellung durch das Berufungsgericht, obwohl das Gesetz der Zustellung dann besondere Bedeutung beimißt, wenn durch sie wie hier eine Notfrist in Lauf gesetzt werden soll (§ 187 ZPO).

a) Das Berufungsgericht hatte gemäß § 519 b Abs. 1 ZPO von Amts wegen zu prüfen, ob die Berufung zulässig war bzw. ob die Berufungsfrist infolge einer am 5. September 1973 erfolgten wirksamen Zustellung versäumt war. Eine Prüfung von Amts wegen bedeutet zwar keine Amtsermittlung. Die Prüfung von Amts wegen beschränkt sich auf den dem Gericht vorliegenden oder offenkundigen Prozeßstoff. Bestehen aufgrund dessen Bedenken, so hat das Gericht gemäß § 139 ZPO darauf aufmerksam zu machen und die Parteien aufzufordern, diese Bedenken zur Gewißheit zu machen oder zu entkräften (Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, aaO Grundz. § 128 Anm. H; vgl. RGZ 160, 338, 346/347). Dieser Pflicht war das Berufungsgericht nicht deshalb enthoben, weil der Beklagte säumig war, denn insoweit tritt die Geständnisfiktion des § 331 ZPO nicht ein (Stein/Jonas/Pohle, aaO vor § 128 Anm. VIII c).

b) Im vorliegenden Fall ergaben sich nach dem Akteninhalt wie der vom Berufungsgericht durchgeführten Beweisaufnahme Zweifel, ob die Zustellung wirksam war. Denn es war fraglich, ob der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten in der S. [REDACTED] straße [REDACTED], wo der vergebliche Zustellungsversuch vorgenommen worden war, seine Wohnung hatte. Die Verfügung des Vorsitzenden des Berufungsgerichts vom 25. Februar 1974 war lt. Zustellungsurkunde vom 4. März 1974 dem erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten des Beklagten in dessen

"Geschäftslokal" in der S [REDACTED] straße [REDACTED] zugestellt worden. Der im Senatstermin als Zeuge gehörte erstinstanzliche Prozeßbevollmächtigte hatte erklärt, daß er im G [REDACTED] H [REDACTED] [REDACTED] wohne. Unter diesen Umständen durfte das Berufungsgericht nicht ohne weiteres von einer wirksamen Zustellung am 5. September 1973 ausgehen.

3. Der Einwand der Klägerin, es stehe gemäß § 418 ZPO aufgrund der Zustellungsurkunde vom 5. September 1973 fest, daß ein Zustellungsversuch in der Wohnung des erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten vorgenommen worden war, ist unbegründet. Denn die Vermutung des § 418 ZPO kann in einem Falle wie dem vorliegenden widerlegt werden. Überdies ist es leicht möglich, daß dem zustellenden Postangestellten bei der Beurkundung ein Versehen unterlaufen war. Denn der Vordruck der Zustellungsurkunde sieht im Hinblick auf die oben dargelegte allgemeine Meinung eine Niederlegung bei der Postanstalt nur nach vergeblicher Zustellung in der Wohnung, dagegen nicht in dem Falle vor, daß im Geschäftslokal kein zur Entgegennahme der Zustellung Berechtigter angetroffen wird.

4. Ein etwaiger Zustellungsmangel ist schon deshalb nicht gemäß § 187 ZPO geheilt, weil durch die Zustellung des Urteils die Berufungsfrist, also eine Notfrist, in Gang gesetzt werden sollte.

III. Das Urteil des Berufungsgerichts kann demnach keinen Bestand haben, weil das Berufungsgericht nicht in der erforderlichen Weise geprüft hat, ob die Zustellung am 5. September 1973 wirksam und die Berufung

infolgedessen verspätet war. Da der Senat es für angemessen erachtete, die erforderliche Prüfung dem Berufungsgericht zu überlassen, war das Urteil des Berufungsgerichts aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Der Anregung der Revisionsbeklagten, das Berufungsgericht darauf hinzuweisen, daß der Beklagte in rechtsähnlicher Anwendung des § 336 ZPO zu der erneuten Verhandlung nicht zu laden sei, konnte nicht entsprochen werden. Es kann dabei dahingestellt bleiben, ob eine rechtsähnliche Anwendung des § 336 ZPO in einem Falle wie dem vorliegenden möglich ist. Hiergegen bestehen schon deshalb Bedenken, weil, wenn die Berufung zulässig war, Versäumnisurteil hätte ergehen müssen, gegen das der Beklagte Einspruch hätte einlegen können. In jedem Falle ist es Sache des Berufungsgerichts, zu entscheiden, ob eine Ladung des Beklagten in rechtsähnlicher Anwendung des § 336 ZPO entbehrlich ist oder nicht.

Dr. Haidinger

Claßen

Braxmaier

Hoffmann

Wolf