

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den Vorsitzenden Richter Groß und die Richter Bischoff, Dr. v. Gerlach, Dr. Müller und Dr. Dressler

am 19. Januar 1999

beschlossen:

Die sofortige Beschwerde des Beklagten gegen den Beschluß des 27. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 17. September 1998 wird auf Kosten des Beschwerdeführers zurückgewiesen.

Beschwerdewert: 441.420,60 DM

Gründe:

I.

Die Klägerin - vormals Treuhandanstalt - nimmt den Beklagten auf Ersatz von Rechtsanwaltskosten im Zusammenhang mit der Rückführung von PDS-Geldvermögen in Anspruch. Der zuletzt auf Zahlung von 618.394,46 DM gerichteten Klage, der der Beklagte trotz gerichtlicher Aufforderung nicht entgegengetreten ist, hat das Landgericht im schriftlichen Vorverfahren durch Teil-Versäumnisurteil und Schlußurteil vom 24. Januar 1994 in Höhe von 176.973,86 DM unter Abweisung der weitergehenden Klage stattgegeben. Gegen

dieses ihr am 1. Februar 1994 zugestellte Urteil hat die Klägerin Berufung eingelegt und anschließend mit dem Vorbringen, der Beklagte habe sich mit unbekanntem Aufenthalt nach Holland abgesetzt und seine Anschrift sei auch durch Anfragen bei Einwohnermeldeämtern nicht zu ermitteln, die öffentliche Zustellung von Berufungsschrift, Berufungsbegründung und Ladung zum Termin vor dem Berufungsgericht am 13. Dezember 1994 erwirkt. In diesem Termin hat das Berufungsgericht der Klägerin antragsgemäß durch Versäumnisurteil weitere 441.420,60 DM zuerkannt. Auch für dieses Versäumnisurteil ist die öffentliche Zustellung bewilligt und durch Aushang an der Gerichtstafel vom 11. Januar bis 3. Februar 1995 durchgeführt worden.

Mit am 2. April 1998 beim Berufungsgericht eingegangenem Schriftsatz hat der Beklagte gegen dieses Versäumnisurteil Einspruch eingelegt und geltend gemacht, die im zweiten Rechtszug erfolgte öffentliche Zustellung sei unwirksam. Er sei nämlich nicht unbekannten Aufenthaltes gewesen, da er stets bei der Post Nachsendeanträge zu seinen wechselnden Wohnanschriften gestellt habe und ihn dort auch zahlreiche, darunter behördliche, Postsendungen erreicht hätten. Auch hätten Sozien der die Klägerin erstinstanzlich vertretenden Prozeßbevollmächtigten aus anderen Verfahren seinen Aufenthalt gekannt.

Mit dem nunmehr angefochtenen Beschluß vom 17. September 1998 hat das Berufungsgericht den Einspruch als unzulässig verworfen, weil er nicht innerhalb der zweiwöchigen Frist des § 339 Abs. 1 ZPO eingelegt worden sei. Der Lauf dieser Frist habe zwei Wochen nach Durchführung der öffentlichen Zustellung begonnen, nämlich gemäß § 206 Abs. 2 ZPO zwei Wochen nach Aushang an der Gerichtstafel, mithin am 25. Januar 1995.

Ob die Voraussetzungen des § 203 ZPO für die öffentliche Zustellung des Versäumnisurteils bei ihrer Bewilligung am 5. Januar 1995 objektiv vorgelegen hätten, könne dahinstehen, da die öffentliche Zustellung als staatlicher Hoheitsakt grundsätzlich unabhängig hiervon wirksam bleibe. Zudem erfordere es die Rechtssicherheit, daß die Wirksamkeit einer öffentlichen Zustellung nicht noch nach Jahren mit dem Versuch des Nachweises in Frage gestellt werden könne, daß ihre Voraussetzungen nicht vorgelegen hätten. Dieser Grundsatz gelte zwar nicht, soweit seine Anwendung zu einer Verletzung des durch Art. 103 Abs. 1 GG garantierten Anspruchs des Zustellungsadressaten auf rechtliches Gehör führen würde. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (NJW 1988, 2361) und dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 6. April 1992, (BGHZ 118, 45 ff. = NJW 1992, 2280) sei für die Zustellungsfiktion des § 203 Abs. 1 ZPO kein Raum, wenn eine andere Form der Zustellung ohne weiteres möglich gewesen wäre bzw. der Antragsteller die öffentliche Zustellung in Kenntnis des Aufenthalts des Prozeßgegners erschlichen habe. Ein solcher Ausnahmefall liege hier jedoch nicht vor. Eine andere Art der Zustellung des Versäumnisurteils sei nicht möglich gewesen, nachdem weder dem Kläger noch dem Gericht im maßgeblichen Zeitpunkt, nämlich Januar 1995, der Aufenthalt und die Anschrift des Beklagten bekannt oder auch nur erkennbar gewesen seien. Zwar habe der Beklagte nach seinem Vortrag bei seinem Wegzug aus D. im April 1993 beim dortigen Postamt einen Nachsendeantrag an seine neue Anschrift in Z. (Niederlande) gestellt. Dieser habe jedoch zum einem nicht für amtliche Zustellungen gegolten. Zum anderen sei damit nicht sichergestellt gewesen, daß über das Einwohnermeldeamt der Stadt D., bei dem der Beklagte sich offenbar nicht abgemeldet habe, seine neue Anschrift in den Niederlanden habe ermittelt werden können. Deshalb habe das Einwohnermeldeamt D. der Klägerin auf deren Anfrage die - unzutreffende - Auskunft erteilt, der Beklagte sei nach R. (Niederlande) verzogen, so daß die Meldeamtsanfragen der Klägerin in R. zwangsläufig negativ beantwortet worden seien.



Infolgedessen sei der - im übrigen inzwischen schon wieder von Z. nach L. verzogene - Beklagte für die Klägerin und für das Gericht nicht ohne weiteres auffindbar gewesen. Seine nunmehr geltend gemachte Anmeldung in L. ändere daran nichts, weil ohne eine lückenlose Kette vorausgegangener Ab- und Anmeldungen Klägerin und Berufungsgericht seinen Weg dorthin nicht hätten verfolgen können.

Hieraus ergebe sich, daß die Klägerin auch nicht etwa in Kenntnis des Aufenthalts des Beklagten die öffentliche Zustellung erschlichen habe. Auch wenn sie vielleicht durch weitere Nachforschungen die Anschrift des Beklagten hätte ermitteln können, begründe die Unterlassung dieser Nachforschungen nicht den Vorwurf arglistigen Erschleichens der öffentlichen Zustellung. Nach den negativen Auskünften der Einwohnermeldeämter in D. und R. hätten sich für die Klägerin weitere Nachfragen nicht derart aufgedrängt, daß ihre Nichtwahrnehmung treuwidrig wäre. Soweit der Beklagte der Klägerin Kenntnisse von deren Prozeßbevollmächtigten aus Parallelprozessen betreffend seinen Aufenthalt zurechnen wolle, begegne eine solche Wissenszurechnung schon aus rechtlichen Gründen durchgreifenden Bedenken. Es sei auch nicht ersichtlich, daß die Rechtsanwälte aus der Prozeßführung gegen eine mit dem Beklagten namensgleiche GmbH, deren Geschäftsführer er sei, Kenntnis über den jeweiligen tatsächlichen Wohnsitz des Geschäftsführers gehabt hätten. Was der Beklagte dazu vortrage, betreffe Vorgänge nach Zustellung des Versäumnisurteils im Jahre 1995.

Schließlich liege eine Verletzung des Anspruchs des Beklagten auf rechtliches Gehör schon deshalb nicht vor, weil der Beklagte durch die von ihm hierfür bevollmächtigten Rechtsanwälte B. und L. im September 1994 zu einem Zeitpunkt Einsicht in die Akten des vorliegenden Verfahrens genommen habe, in dem der mit Unkenntnis des Aufenthalts des ohne Anschriftsangabe nach Holland verzogenen Beklagten begründete Antrag auf öffentliche Zustellung bereits vorgelegen

habe. Zwar sei der Beklagte nicht positiv verpflichtet gewesen, sich aufgrund seiner derart erfolgten Information durch Angabe seiner Zustellungsanschrift im vorliegenden Verfahren zu stellen, handele jedoch seinerseits arglistig, wenn er sich nach Akteneinsicht der von ihm ausdrücklich nicht zum Empfang von Zustellungen bevollmächtigten Rechtsanwälte geltend mache, er habe auf das Verfahren keinen Einfluß nehmen können, und wenn er der Klägerin vorwerfe, daß sie nicht mehr zur Ermittlung seines Aufenthalts unternommen habe.

Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Einspruchsfrist komme schon wegen Ablaufs der Jahresfrist des § 234 Abs. 3 ZPO nicht in Betracht.

Gegen diesen am 21. September 1998 zugestellten Beschluß hat der Beklagte mit am 5. Oktober 1998 eingegangenem Schriftsatz sofortige Beschwerde eingelegt, mit der er geltend macht, entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts habe er nicht im September 1994 Kenntnis von dem Rechtsstreit erlangt, weil den von ihm mit der Akteneinsicht beauftragten Rechtsanwälten anstelle der Akten des vorliegenden Rechtsstreits tatsächlich die Akten eines Parallelverfahrens zugegangen seien. Im übrigen bleibe bestritten, daß er im Zeitpunkt der in Rede stehenden Zustellungen unbekannten Aufenthalts gewesen sei. Die Klägerin habe ihre Nachforschungspflicht nicht gehörig erfüllt.

II.

Das Rechtsmittel ist statthaft gemäß §§ 566, 542 Abs. 3 i.V.m. § 341 Abs. 2 ZPO, weil das Berufungsgericht mit dem angefochtenen Beschluß den Einspruch des Beklagten gegen das Versäumnisurteil vom 13. Dezember 1994 als unzulässig verworfen hat und gegen ein Urteil gleichen Inhalts die Revision zulässig wäre (vgl. BGH, Beschl. vom 2. Dezember 1981 - IVb 846/81 - NJW 1982, 1104). Es ist auch form- und fristgerecht eingelegt.

In der Sache bleibt das Rechtsmittel ohne Erfolg, weil das Berufungsgericht mit Recht den Einspruch als unzulässig verworfen hat.

1. Ob der gemäß § 339 Abs. 1 ZPO innerhalb von zwei Wochen nach Zustellung des Versäumnisurteils einzulegende Einspruch verspätet war, hängt davon ab, ob das zweitinstanzliche Versäumnisurteil dem Beklagten wirksam zugestellt worden ist. Dies hat das Berufungsgericht im Ergebnis zu Recht bejaht.

a) Allerdings bedarf es hierfür entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht der Heranziehung eines allgemeinen Grundsatzes, wonach die öffentliche Zustellung als staatlicher Hoheitsakt auch dann wirksam bleibe, wenn die Voraussetzungen für ihre Anordnung nicht gegeben gewesen seien (so OLG Köln, NJW-RR 1993, 446 und OLG Hamm, NJW-RR 1998, 497). Die Anwendung eines solchen Grundsatzes könnte, wie der Bundesgerichtshof in der in BGHZ 118, 45 ff. abgedruckten Entscheidung unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (NJW 1988, 2361) gegenüber älteren Entscheidungen (z.B. BGHZ 57, 108, 110; 64, 5, 8) klargestellt hat, im Hinblick auf das aus Art. 103 Abs. 1 GG folgende Gebot des rechtlichen Gehörs jedenfalls in solchen Fällen Bedenken begegnen, in denen der Kläger den Aufenthalt des Be-

klagten gekannt hat und deshalb eine andere Form der Zustellung ohne weiteres möglich gewesen wäre. Ein solcher Fall liegt hier jedoch nicht vor.

b) Das Berufungsgericht führt nämlich in den Gründen des angefochtenen Beschlusses zutreffend aus, daß im maßgeblichen Zeitpunkt weder dem Kläger noch dem Gericht der Aufenthalt und die Anschrift des Beklagten bekannt gewesen seien. Unter den vom Berufungsgericht näher dargestellten Umständen, die durch den Inhalt der Akten bestätigt werden und gegen deren Richtigkeit der Beklagte mit seinem Beschwerdevorbringen keine Einwendungen erhebt, war der Aufenthalt des Beklagten unbekannt, so daß die Voraussetzungen des § 203 ZPO für eine öffentliche Zustellung vorgelegen haben (vgl. auch BGH, Beschl. vom 14. April 1987 - IX ZR 198/86 - VersR 1987, 986).

Der erkennende Senat schließt sich dem Berufungsgericht auch in der Beurteilung an, daß unter den Umständen des vorliegenden Falles weitere Nachforschungen der Klägerin hinsichtlich einer zustellungsfähigen Anschrift des Beklagten nicht in einer Weise veranlaßt waren, die ihr Verhalten als treuwidrig erscheinen lassen könnten. Wenn der Beklagte mit seinem ergänzenden Beschwerdevorbringen geltend macht, daß ihm als alleinigen Geschäftsführer der mit ihm namensgleichen K. Vermögensverwaltungsgesellschaft unter deren Anschrift in D. Zustellungen hätten erreichen können, ist ihm entgegenzuhalten, daß die Anfragen beim Einwohnermeldeamt D. erfolglos geblieben sind.

2. Bei dieser Sachlage kommt es auf das gegen die zusätzliche Begründung des angefochtenen Beschlusses, der Beklagte habe infolge Akteneinsicht der von ihm hierzu bevollmächtigten Rechtsanwälte Kenntnis vom vorliegenden Verfahren und insbesondere vom Antrag auf öffentliche Zustellung erlangt, gerichtete Vorbringen der Beschwerde nicht mehr an. Im übrigen ist darauf hinzu-

weisen, daß die Ausführungen des Berufungsgerichts über die Versendung der Akten an die vom Beklagten nur für die Akteneinsicht bevollmächtigten Rechtsanwälte B. und L. durch den in den Akten enthaltenen Vermerk über deren Versendung sowie durch den Schriftsatz der betreffenden Rechtsanwälte über die Rückgabe der Akten in vollem Umfang bestätigt werden. Wenn der Beklagte demgegenüber vorbringt, daß tatsächlich andere Akten übersandt worden seien, von denen die Rechtsanwälte B. und L. einen Aktenauszug gemacht und an Rechtsanwalt K. versandt hätten, ist die von ihm vorgelegte eidesstattliche Versicherung des Rechtsanwalts K. über den Inhalt des ihm seinerzeit zugegangenen Aktenauszugs nicht geeignet, den vom Berufungsgericht im Einklang mit dem Akteninhalt festgestellten Sachverhalt zu widerlegen, daß den Rechtsanwälten B. und L. tatsächlich die Akten des vorliegenden Rechtsstreit zugegangen sind. Entscheidend kommt es hierauf jedoch nicht an, weil der angefochtene Beschluß schon aus den oben zu 1 dargelegten Gründen Bestand haben muß.

Groß

Bischoff

Dr. v. Gerlach

Dr. Müller

Dr. Dressler