

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XII ZR 120/92

Verkündet am:
13. Oktober 1993
Riegel
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. Oktober 1993 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Blumenröhr und die Richter Dr. Krohn, Nonnenkamp, Dr. Knauber und Gerber

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel der Klägerin werden das Urteil des Oberlandesgerichts Karlsruhe - 13. Zivilsenat in Freiburg - vom 4. Dezember 1991 und das Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Freiburg im Breisgau vom 17. September 1990 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Rechtsmittel - an das Landgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin ist eine bundesweit tätige Autovermietungsgesellschaft. Am 28. August 1987 mietete der Vater der Beklagten in deren Namen und mit deren Vollmacht von der Klägerin einen Pkw Marke VW-Golf.

Mit dem angemieteten Fahrzeug überfuhr die Beklagte am 4. September 1987 in W. am Rh. ein Stoppschild und eine Hal-

- 3 -

telinie und stieß mit einem auf der bevorrechtigten Straße von links kommenden Pkw zusammen.

Die Klägerin erhielt ihr Fahrzeug noch am Unfalltag in beschädigtem Zustand zurück. Mit Schreiben vom 4. Mai 1988 teilte sie der Beklagten u.a. mit, daß sie die zum Unfall führende Fahrweise der Beklagten als grob fahrlässig bewerte und daß sie als Schadensersatz 6.608,60 DM verlange. Mit einem Antrag vom 14. September 1988 erwirkte sie gegen die Beklagte einen Mahnbescheid vom 21. September 1988 und einen Vollstreckungsbescheid vom 21. Oktober 1988. Beide wurden der Beklagten durch Niederlegung bei der Postanstalt zugestellt unter der Adresse B./M.straße , St. A., der Vollstreckungsbescheid am 26. Oktober 1988.

Die Beklagte hielt sich zu dieser Zeit nicht in St. A. auf und wurde über die Zustellung des Vollstreckungsbescheides nicht benachrichtigt. Ihre Schwester war in der ersten Jahreshälfte 1988 nach Süddeutschland verzogen. Die Beklagte besuchte sie häufiger und mietete zum 1. Juli 1988 mit dieser Schwester zusammen eine Wohnung in R. bei L.. Sie nahm dort eine Beschäftigung an, vereinbarte aber mit ihrem Arbeitgeber, daß sie jederzeit ausscheiden könne. Sie meldete beim Einwohnermeldeamt in R. einen zweiten Wohnsitz an und bezeichnete in dem Anmeldeformular ihre Wohnung in St. A. als ihren ersten Wohnsitz. Die Wohnung in St. A. behielt sie, ohne an der Möblierung etwas zu ändern, bis zum Frühjahr 1989. Sie zahlte regelmäßig die Miete. Ihre Eltern versorgten die Wohnung, indem sie z.B. die Blumen gossen und nach der Post sahen. Die Beklagte selbst kam von Zeit zu Zeit in die Wohnung in St. A., um Gegenstände zu holen,

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

die sie benötigte, übernachtete aber normalerweise dort nicht mehr.

Am 2. November 1988 beauftragte die Klägerin einen Gerichtsvollzieher in St. A. mit der Zwangsvollstreckung aus dem Vollstreckungsbescheid. Am 24. April 1989 erhielt sie von ihm die Mitteilung, daß die Beklagte nicht mehr in St. A. wohne, aber einen zweiten Wohnsitz in R. habe. Der Gerichtsvollzieher in R. unternahm am 10. Mai 1989 einen erfolglosen Vollstreckungsversuch. Bei dieser Gelegenheit erhielt die Beklagte Kenntnis von dem Vollstreckungsbescheid und seiner Zustellung durch Niederlegung in St. A.. Mit Schriftsatz ihrer Prozeßbevollmächtigten vom 17. Mai 1989, eingegangen am 19. Mai 1989 legte die Beklagte gegen den Vollstreckungsbescheid Einspruch ein, ohne in dem Einspruchsschreiben darauf hinzuweisen, daß sie von diesem Vollstreckungsbescheid und seiner Zustellung erst jetzt erfahren habe. Mit Schriftsatz ihrer Prozeßbevollmächtigten vom 12. Juni 1989 beantragte die Beklagte vorsorglich (d.h.: für den Fall, daß der Vollstreckungsbescheid am 26. Oktober 1988 wirksam zugestellt worden ist) Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Das Landgericht hat auf den Einspruch der Beklagten hin den Vollstreckungsbescheid aufgehoben und die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit ihrer zugelassenen Revision will die Klägerin erreichen, daß der Einspruch der Beklagten gegen den Vollstreckungsbescheid als unzulässig verworfen wird, hilfsweise, daß der Vollstreckungsbescheid aufrechterhalten wird.

Entscheidungsgründe:

Die Rechtsmittel der Klägerin führen zur Aufhebung des Berufungsurteils und des erstinstanzlichen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Landgericht.

Der Vollstreckungsbescheid ist der Beklagten in St. A. am 26. Oktober 1988 durch Niederlegung bei der Postanstalt zugestellt worden. Nach §§ 700 Abs. 1, 339 Abs. 1 ZPO ist der Einspruch gegen den Vollstreckungsbescheid binnen einer Frist von zwei Wochen einzulegen, die mit der Zustellung des Vollstreckungsbescheides beginnt. Der Einspruch der Beklagten ist erst am 19. Mai 1989 bei Gericht eingegangen. Ist der Einspruch nicht innerhalb der gesetzlichen Frist eingelegt worden, so ist er als unzulässig zu verwerfen (§ 341 Abs. 1 ZPO). Beide Vorinstanzen nehmen an, durch die Zustellung in St. A. am 26. Oktober 1988 sei die Einspruchsfrist nicht in Lauf gesetzt worden, weil die Zustellung unwirksam gewesen sei. Dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

1. Wird der Zustellungsempfänger in seiner Wohnung nicht angetroffen und kann das zuzustellende Schriftstück dort auch nicht einer Hilfsperson (einem Familienangehörigen, einem Hauswirt usw.) übergeben werden (§ 181 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO), so kann die Zustellung nach § 182 ZPO u.a. in der Weise erfolgen, daß das zu übergebende Schriftstück bei der Postanstalt niedergelegt und eine schriftliche Mitteilung hierüber in den Briefkasten geworfen wird. Unabdingbare Voraussetzung für eine wirksame Zustellung durch

Niederlegung bei der Postanstalt ist mithin, daß die Zustellung "in der Wohnung" des Zustellungsempfängers versucht worden ist. Das Berufungsgericht meint, die Beklagte habe am 26. Oktober 1988 im Sinne der Zustellungsvorschriften nicht mehr in St. A. gewohnt. Die Postzustellungsurkunde erbringe nicht nach § 418 ZPO den Beweis dafür, daß die Beklagte zur Zeit der Zustellung unter der angegebenen Adresse tatsächlich gewohnt habe. Zwar habe die Beklagte die Wohnung in St. A. noch bis März 1989 beibehalten, sie voll möbliert gelassen und die Miete fortbezahlt. Nach ihren Angaben habe sie sich damit aber lediglich die Möglichkeit offenhalten wollen, nach St. A. zurückzukehren, wenn sie entgegen ihrem jetzigen Entschluß doch nicht in R. bleibe. Das spreche dafür, daß die Beklagte bereits im August 1988 endgültig ihren Wohnsitz in R. genommen und sich lediglich die Möglichkeit offengehalten habe, möglicherweise ihren Lebensmittelpunkt nach einiger Zeit wieder nach St. A. zurückzuverlegen.

Diese Ausführungen des Berufungsgerichts halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht in allen Punkten stand.

2. Zu Unrecht wendet sich die Revision allerdings gegen die Annahme des Berufungsgerichts, die Postzustellungsurkunde begründe nicht nach § 418 Abs. 1 ZPO den vollen Beweis auch dafür, daß die Zustellung in der Wohnung des Zustellungsempfängers versucht worden sei. Diese Frage war früher umstritten (vgl. die Nachweise in dem Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 3. Juni 1991 - 2 BvR 511/89 - NJW 1992, 224, 225). Das Bundesverfassungsgericht (aaO) hat

ausgeführt, die Beweiskraft der Zustellungsurkunde erstrecke sich zwar darauf, daß der zustellende Beamte unter der ihm angegebenen Anschrift weder den Adressaten persönlich noch eine zur Entgegennahme einer Ersatzzustellung in Betracht kommende Person angetroffen und daß er die Benachrichtigung über die Niederlegung an dem angegebenen Tag in den Hausbriefkasten gelegt habe. Wenn demgegenüber in der Zustellungsurkunde von der "Wohnung" des in der Anschrift bezeichneten Empfängers die Rede sei, so handele es sich dabei nicht um die Beschreibung von Tatsachen oder Ereignissen, die der Zustellungsbeamte zuverlässig wahrgenommen habe. Darauf könne sich mithin die Beweiskraft der Zustellungsurkunde nach § 418 ZPO nicht erstrecken. Die Erklärung des Zustellungsbeamten, daß er den Zustellungsadressaten in seiner Wohnung nicht angetroffen habe, sei dennoch ein beweiskräftiges Indiz dafür, daß der Zustellungsempfänger unter der Zustellungsanschrift wohne. Diese Indizwirkung der Ersatzzustellung und ihre Beurkundung könne regelmäßig nur durch eine plausible, schlüssige Darstellung des Zustellungsempfängers entkräftet werden, er habe seinen Lebensmittelpunkt an einem anderen Ort. Der Bundesgerichtshof hat sich diesen Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts bereits angeschlossen (Beschuß vom 17. Februar 1992 - AnwZ (B) 53/91 - NJW 1992, 1963). Daran ist festzuhalten.

3. Die erwähnte Indizwirkung der Zustellungsurkunde ist im vorliegenden Fall nicht widerlegt. Nach dem Sachverhalt, wie er sich aus dem Vortrag beider Parteien und den zutreffenden Feststellungen des Berufungsgerichts ergibt, ist entgegen der Ansicht der beiden Vorinstanzen davon auszuge-

hen, daß die Beklagte am Tag der Zustellung in St. A. noch eine Wohnung im Sinne der Zustellungsvorschriften hatte.

Für den Begriff der "Wohnung" im Sinne der Zustellungsvorschriften kommt es auf das tatsächliche Wohnen an, nämlich darauf, ob der Zustellungsempfänger hauptsächlich in den Räumen lebt und dort auch schläft. Hat der Zustellungsempfänger Räume in dieser Weise benutzt, so hebt nicht jede vorübergehende Abwesenheit, selbst wenn sie länger dauert, die Eigenschaft jener Räume als einer Wohnung im Sinne der Zustellungsvorschriften auf. Diese Eigenschaft geht vielmehr erst verloren, wenn sich während der Abwesenheit des Zustellungsempfängers auch der räumliche Mittelpunkt seines Lebens an den neuen Aufenthaltsort verlagert. Ob das der Fall ist, läßt sich nur nach den Umständen des Einzelfalles beurteilen (BGH, Urteil vom 24. November 1977 - III ZR 1/76 - NJW 1978, 1858; Senatsbeschluß vom 12. Juli 1984 - IVb ZB 71/84 - NJW 1985, 2197; Urteil vom 27. Oktober 1987 - VI ZR 268/86 - BGHR ZPO § 182 Wohnung 1, jeweils m.N.). Behält der Zustellungsempfänger seine bisherige Wohnung bei und schafft sich lediglich eine Zweitwohnung, so bleibt die Zustellung in der bisherigen Wohnung auch dann zulässig, wenn sich der Zustellungsempfänger vorübergehend in der Zweitwohnung aufhält (BGH, BGHR aaO).

a) Das Berufungsgericht stellt entscheidend darauf ab, nach "ihren Angaben" habe sich die Beklagte lediglich die Möglichkeit offenhalten wollen, nach St. A. zurückzukehren, wenn sie entgegen ihren Plänen doch nicht in R. bleiben wolle. Dieser Ansatzpunkt ist unzutreffend. Für die Frage, ob eine Wohnung aufgegeben worden ist oder nicht, kann

nicht allein auf die bloße Absicht des Wohnungsinhabers abgestellt werden, dort künftig nicht mehr wohnen zu wollen. Schon gar nicht kann darauf abgestellt werden, was der Wohnungsinhaber im Prozeß über diese Absicht vorträgt. Der Wille des Wohnungsinhabers zur Aufgabe der Wohnung muß vielmehr nach außen erkennbar in seinem Verhalten Ausdruck gefunden haben. Zwar setzt die Aufgabe einer Wohnung nicht voraus, daß ihr Inhaber alle Merkmale beseitigt, die den Anschein erwecken könnten, er wohne dort auch weiterhin. Der Aufgabewille muß aber, wenn auch nicht gerade für den Absender eines zuzustellenden Schriftstücks oder für den mit der Zustellung beauftragten Postbediensteten, so doch jedenfalls für einen mit den Verhältnissen vertrauten Beobachter erkennbar sein. Darauf kann schon deshalb nicht verzichtet werden, weil sonst Möglichkeiten zur Manipulation eröffnet würden (BGH, BGHR aaO). Nach den Gesamtumständen hat die Beklagte, als sie Anfang August 1988 nach R. gegangen ist, ihre bisherige Wohnung in St. A. nicht aufgegeben, sondern sich in R. lediglich eine Zweitwohnung geschaffen. Sie hat die angemietete Wohnung in St. A. nicht gekündigt, sondern die Miete über Monate hin weiterbezahlt. Sie hat ihre Eltern gebeten, sich um diese Wohnung zu kümmern, insbesondere die Blumen zu gießen und nach der Post zu sehen. In R. hat sie mit ihrem Arbeitgeber vereinbart, daß sie jederzeit das Arbeitsverhältnis beenden dürfe. Aus diesem Verhalten der Beklagten ergibt sich für einen objektiven Beobachter, daß sie jedenfalls zunächst ihre bisherige Wohnung in St. A. nicht aufgeben und ihren Lebensmittelpunkt nicht endgültig nach R. verlagern wollte, sondern daß sie zunächst abwarten wollte, wie es ihr in R. gefällt. Für die Annahme, daß die Beklagte in R. jedenfalls vorerst nur eine

Zweitwohnung begründet hat, spricht schließlich entscheidend, daß die Beklagte, als sie sich im September 1988 beim Einwohnermeldeamt in R. angemeldet hat, angegeben hat, ihre neue Wohnung sei eine Nebenwohnung und sie behalte ihre bisherige Wohnung in St. A. bei. Zwar setzt grundsätzlich die Aufgabe der bisherigen Wohnung und die Begründung einer neuen Wohnung nicht voraus, daß sich der Zustellungsempfänger polizeilich ummeldet (BGH, NJW 1978 und NJW 1984 aaO). Meldet sich aber der Zustellungsadressat beim Einwohnermeldeamt am Ort seiner neuen Wohnung polizeilich an und teilt er dabei ausdrücklich mit, es handele sich bei dieser Wohnung lediglich um eine Nebenwohnung, seine bisherige Wohnung behalte er bei, so ist dies ein starkes Indiz für die Annahme, daß es sich bei der neuen Wohnung auch tatsächlich nur um eine Zweitwohnung handelt.

b) Zur Stützung seiner gegenteiligen Ansicht macht sich das Berufungsgericht die Begründung des erstinstanzlichen Urteils zu eigen, der "letztlich maßgebende Gesichtspunkt" sei, daß die Beklagte infolge ihrer nicht nur geringfügigen Abwesenheit von St. A. von den zuzustellenden Schriftstücken keine Kenntnis haben können. Diesem Argument vermag der Senat nicht zu folgen. Es ist bereits ausgeführt, daß eine Ersatzzustellung nach den §§ 181, 182 ZPO in der Wohnung des Zustellungsadressaten auch dann zulässig ist, wenn er sich zur Zeit der Zustellung - auch für längere Zeit - nicht in der Wohnung aufhält, z.B. weil er sich auf einer längeren Urlaubsreise befindet oder weil er sich gerade in seiner Zweitwohnung aufhält. Wenn ihn in einem solchen Falle das zuzustellende Schriftstück nicht erreicht, so hat das keine Bedeutung für die Frage, ob die Zustellung

wirksam ist. Dieser Umstand ist vielmehr zu berücksichtigen bei der Frage, ob dem Zustellungsadressaten Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§§ 233 ff ZPO) gewährt werden kann, wenn er wegen seiner Unkenntnis über die Zustellung eine Frist versäumt.

4. Das Berufungsurteil kann danach keinen Bestand haben. Obwohl eine weitere Aufklärung des Sachverhaltes bezüglich der Wirksamkeit der Zustellung nicht erforderlich ist, kann der Senat nicht selbst abschließend entscheiden (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO). Einer solchen Entscheidung steht entgegen, daß die Beklagte in erster Instanz einen Wiedereinsetzungsantrag gestellt hat, über den noch nicht entschieden worden ist und der, würde ihm stattgegeben, zur Folge hätte, daß der Einspruch als rechtzeitig zu behandeln wäre. Nach den §§ 237, 238 Abs. 3 ZPO ist die Entscheidung über ein von den Vorinstanzen übergangenes Wiedereinsetzungsgesuch grundsätzlich nicht vom Revisionsgericht zu treffen, sondern der nach § 237 ZPO zuständigen Instanz zu überlassen, hier: dem Landgericht (Senat, Urteil vom 4. November 1981 - IVb ZR 625/80 - NJW 1982, 1873 m.N.). Man kann auch nicht davon ausgehen, daß die Beklagte ihr in erster Instanz hilfsweise gestelltes Wiedereinsetzungsgesuch stillschweigend zurückgenommen hat. Zwar hat sich die Beklagte im Berufungsverfahren nur noch mit der Wirksamkeit der Zustellung befaßt und die Möglichkeit der Wiedereinsetzung nicht mehr erwähnt. Das rechtfertigt es aber nicht, eine stillschweigende Rücknahme des Wiedereinsetzungsgesuches anzunehmen. Der Prozeßbevollmächtigte der Beklagten hat zudem in der mündlichen Verhandlung auf Befragen des

Senats klargestellt, daß die Beklagte das Wiedereinsetzungsgesuch hilfsweise aufrecht erhält.

Die Sache ist nicht an das Berufungsgericht, sondern an das Landgericht zurückzuverweisen. Nach § 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO hat das Revisionsgericht die Entscheidung des Berufungsgerichts zu ersetzen, wenn die Sache aufgrund des festgestellten Sachverhalts zur Endentscheidung reif ist. Die ersetzende Entscheidung des Revisionsgerichts kann auch in einer Zurückverweisung an die erste Instanz bestehen, wenn das Berufungsgericht eine gebotene Zurückverweisung an die erste Instanz unterlassen hat (BGH, Urteil vom 13. April 1992 - II ZR 105/91 - BGHR ZPO § 565 Abs. 3 Nr. 1, Prozeßvoraussetzung, fehlende 1). Im vorliegenden Fall hätte das Berufungsgericht die Sache zur Entscheidung über den Wiedereinsetzungsantrag an das Landgericht zurückverweisen müssen.

Blumenröhr

Krohn

Nonnenkamp

Knauber

Gerber