
Datum: 06.10.1983
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 2. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 2 U 112/83
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:1983:1006.2U112.83.00

Vorinstanz: Landgericht Arnsberg, 4 O 546/82

Tenor:

Die Berufung des Beklagten gegen das am 3. Februar 1983 verkündete Zwischenurteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts ... wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß der Wiedereinsetzungsantrag des Beklagten als unstatthaft zurückgewiesen wird.

Die Kosten des zweiten Rechtszuges trägt der Beklagte.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand

Der Beklagte war alleiniger Geschäftsführer und Gesellschafter mit 19.000,- DM Stammeinlage der Firma ... mit Sitz in Weitere Gesellschafterin war seine Ehefrau mit einer Stammeinlage von 1.000,- DM. Das Stammkapital der Gesellschaft betrug 20.000,- DM. Der Gesellschaftsvertrag wurde am 12. August 1977 geschlossen, die Eintragung in das Handelsregister erfolgte am 18. August 1978. Die Firma ... trat als alleinige persönlich haftende Gesellschafterin in die Firma ... ein, die am 19. Februar 1979 in das Handelsregister eingetragen wurde Kommanditist dieser Gesellschaft mit einer Einlage von 20.000,- DM war der Beklagte. Die Kommanditgesellschaft betrieb die Herstellung von Tankanlagen,

1

2

Tankschutzanlagen und zentralen Heizölversorgungsanlagen. Das von der Kommanditgesellschaft und ihrer persönlich haftenden Gesellschafterin, der ..., ausgeübte Gewerbe wurde jedenfalls seit 1981 in ..., betrieben. Die Wohnung des Beklagter befand sich stets in Durch Beschluß des Amtsgerichts ... vom 12. November 1962 (10 N 115-116/82) wurde über das Vermögen beider Firmen das Konkursverfahren eröffnet. Durch Beschluß desselben Gerichts vom 13. Dezember 1982 wurde das Konkursverfahren über das Vermögen der ... mangels Kasse eingestellt. Diese Tatsache wurde am 1. März 1983 in das Handelsregister der ... eingetragen.

Am 2. August 1982 erwirkte die Klägerin beim Amtsgericht ... (B 004435/82) gegen den 3
Beklagten persönlich über insgesamt 11.819,40 DM nebst Zinsen einen
Vollstreckungsbescheid. Der Betrag von 11.819,40 DM setzt sich aus der Beträgen von 4
Rechnungen vom 31. Dezember 1981, 18. Februar, 19. März und 1. April 1982 über
Warenlieferungen zusammen. In der ersten dieser vier Rechnungen ist als Adressat der
Rechnung die ... genannt. Als Anschrift des Beklagten ist in dem Vollstreckungsbescheid
angegeben: "...". Die Zustellung des Vollstreckungsbescheids an der Beklagten erfolgte im
Parteibetrieb durch den Gerichtsvollzieher ... im Wege der Ersatzzustellung durch Übergabe
an die Zeugin Frau vor ..., die in dem Gewerbebetrieb ... tätig ist, am 24. September 1982. Mit
der am 2. Dezember 1982 beim Amtsgericht ... eingegangenen Schriftsatz seiner Anwälte
legte der Beklagte gegen den Vollstreckungsbescheid Einspruch ein und stellte in der
Einspruchsfrist gleichzeitig den Antrag auf Gewährung vor Wiedereinsetzung in den vorigen
Stand wegen der Versäumung der Einspruchsfrist.

Nach Abgabe der Sache an das Landgericht ... haben die Parteien im ersten Rechtszug 4
bisher nur über den Wiedereinsetzungsantrag verhandelt.

Der Beklagte hat geltend gemacht, er habe durch die von ihm näher dargelegten Umstände 5
nicht so rechtzeitig Kenntnis von der Zustellung des Vollstreckungsbescheids erhalten, daß er
die zweiwöchige Einspruchsfrist habe einhalten können. Im übrigen sei er nicht Schuldner der
von der Klägerin gegen ihn persönlich geltend gemachten Beträge, da es sich um
Lieferungen an die Kommanditgesellschaft gehandelt habe.

Der Beklagte hat beantragt, 6

ihn Wiedereinsetzung zu gewähren. 7

Die Klägerin hat beantragt, 8

das Wiedereinsetzungsgesuch zurückzuweisen. 9

Sie hat im einzelnen darzutun versucht, weshalb das Wiedereinsetzungsgesuch keinen Erfolg 10
haben könne.

Wegen der Einzelheiten des erstinstanzlicher Vorbringens der Parteien wird auf ihre zu den 11
Akten gereichten Schriftsätze nebst Anlagen und auf die Sitzungsniederschrift des
Landgerichts vom 3. Februar 1983 verwiesen.

Durch das angefochtene Zwischenurteil vom 3. Februar 1983 hat das Landgericht des 12
Wiedereinsetzungsgesuch mit der Begründung verworfen, der Beklagte sei jedenfalls nicht
ohne sein Verschulden an der Wahrung der Frist zur Einlegung des Einspruchs gegen der
Vollstreckungsbescheid verhindert gewesen. Im übrigen wird auf Tatbestand und
Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils verwiesen.

Gegen dieses ihm am 1. März 1983 zugestellte Zwischenurteil wendet sich der Beklagte mit seiner am 10. März 1983 eingelegten und nach entsprechender Fristverlängerung am 4. Mai 1983 begründeten Berufung. Er macht geltend, die Ersatzzustellung des Vollstreckungsbescheids sei unwirksam, und beantragt, 13

unter Abänderung des angefochtenen Urteils das Gesuch auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand als unstatthaft zurückzuweisen. 14

Die Klägerin beantragt, 15

die Berufung zurückzuweisen. 16

Sie hält die Zustellung des Vollstreckungsbescheids an der Beklagten im Wege der Ersatzzustellung für wirksam. 17

Wegen der Einzelheiten des zweitinstanzlichen Vorbringens der Parteien wird auf ihre zu den Akten gereichten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen. 18

Entscheidungsgründe: 19

Die Berufung ist zulässig und führt dazu, daß das Wiedereinsetzungsgesuch des Beklagten nicht wegen Fehlens eines Wiedereinsetzungsgrundes, sondern als unstatthaft zurückgewiesen wird. 20

Nachdem das Landgericht durch das angefochtene Zwischenurteil nur das Wiedereinsetzungsgesuch des Beklagten zurückgewiesen hat, ohne (wie es aus seiner Sicht richtig gewesen wäre, vgl. BGHZ 47, 289 = NJW 67, 1566; Thomas-Putzo, ZPO, 12. Aufl., Anm. 2 b zu § 238 ZPO) sofort durch Endurteil über den Einspruch zu entscheiden, ist gegen dieses Zwischenurteil die Berufung an sich statthaft (BGHZ 47, 289 = NJW 67, 1566; Thomas-Putzo, a.a.O., Anm. 5 b bb zu § 238 ZPO). 21

Die Berufung war jedoch mit der Maßgabe zurückzuweisen, daß der Wiedereinsetzungsantrag als unstatthaft zurückgewiesen wird. 22

Das Wiedereinsetzungsgesuch des Beklagten ist unstatthaft. 23

Die Statthaftigkeit eines Wiedereinsetzungsgesuchs (§§ 238 ff. ZPO) setzt voraus, daß im Anwendungsbereich des Wiedereinsetzungsrechts eine Frist versäumt worden ist (andernfalls ist der Antrag auf Wiedereinsetzung unstatthaft, vgl. Thomas-Putzo, a.a.O., Anm. 3 a zu § 233 ZPO), also eine Notfrist oder eine der in § 233 ZPO genannten speziellen Begründungsfristen versäumt worden ist. Die Frist für die Einlegung des Einspruchs gegen einen Vollstreckungsbescheid ist eine Notfrist (§§ 223 Abs. 3, 700 Abs. 1, 339 Abs. 1 ZPO). 24

Im vorliegenden Falle ist jedoch diese Frist für die Einlegung des Einspruchs gegen den Vollstreckungsbescheid vom 2. August 1982 nicht versäumt. Die Einspruchsfrist beträgt nach §§ 700 Abs. 1, 339 Abs. 1 ZPO 2 Wochen und beginnt mit der Zustellung des Vollstreckungsbescheids zu laufen. Voraussetzung für den Beginn des Fristablaufs ist also eine wirksame Zustellung des Vollstreckungsbescheids. Der Vollstreckungsbescheid vom 2. August 1982 ist dem Beklagten jedoch nicht wirksam zugestellt worden. 25

I. 26

27

Allerdings schadet es der wirksamen Zustellung des Vollstreckungsbescheids nicht, daß die Zustellung nicht vor Amts wegen erfolgt ist. Zwar ist ein Vollstreckungsbescheid grundsätzlich von Amts wegen zuzustellen (§ 699 Abs. 4 Satz 1 ZPO). Das ist hier nicht geschehen; vielmehr ist die Zustellung im vorliegenden Falle auf Betreiber der Klägerin (Parteibetrieb) erfolgt. Das ist jedoch nach § 699 Abs. 4 Satz 2 ZPO ebenfalls zulässig, wenn der Antragsteller des Vollstreckungsbescheids (hier die Klägerin) die Übergabe des Vollstreckungsbescheids an der Antragsteller zum Zwecke der Zustellung im Parteibetrieb beantragt. So ist es hier geschehen.

II. 28

Trotzdem liegt eine wirksame Zustellung nicht vor. 29

Die Zustellung erfolgt in erster Linie durch Übergabe (§ 170 Abs. 1 ZPO) des zuzustellenden Schriftstücks an die Partei (Zustellungsadressat) persönlich (§ 171 Abs. 1 ZPO), und zwar dort, wo diese Partei gerade angetroffen wird (§ 180 ZPO). Eine Zustellung an den Beklagten selbst ist jedoch nicht erfolgt. Allerdings kann, wenn der Zustellungsadressat (hier der Beklagte) nicht angetroffen wird, die Zustellung im Wege der sogenannten Ersatzzustellung gemäß §§ 181- 185 ZPO erfolgen. Da eine Ersatzzustellung durch Niederlegung (§ 182 ZPO) nicht vorgenommen worden ist und es sich auch nicht um eine Zustellung an eine juristische Person, OHG oder KG oder eine der sonst in § 184 ZPO genannten Stellen als Zustellungsadressaten handelt, kam hier nur noch eine Ersatzzustellung gemäß § 181 ZPO oder gemäß § 183 ZPO in Betracht. Eine wirksame Ersatzzustellung ist aber auch nach diesen Vorschriften nicht vorgenommen worden. 30

1.) 31

Nach § 181 ZPO kann, wenn die Person, der zugestellt werden soll, in ihrer Wohnung nicht angetroffen wird, die Zustellung in der Wohnung an einen zu der Familie gehörenden erwachsenen Hausgenossen oder an eine in der Familie dienende erwachsene Person erfolgen (§ 181 Abs. 1 ZPO) oder, wenn auch eine solche Person nicht angetroffen wird, an den Hauswirt oder Vermieter, falls dieser in dem selber Hause wohnt und außerdem zur Annahme des Schriftstücks bereit ist (§ 181 Abs. 2 ZPO). Diese Voraussetzungen für eine Ersatzzustellung sind jedoch nicht erfüllt. Es ist weder eine Zustellung an den Vermieter oder Hauswirt (§ 181 Abs. 2 ZPO), noch eine Zustellung in der Wohnung des Beklagten vorgenommen worden. Vielmehr ist die Zustellung in dem auch räumlich von der in der S. in ... gelegenen Wohnung des Beklagten getrennten und in der Straße ... gelegenen Gewerbebetrieb, dessen Komplementär-GmbH-Geschäftsführer der Beklagte zur Zeit der Zustellung war, erfolgt. 32

2.) 33

Nach § 183 Abs. 1 ZPO kann für Gewerbetreibende, die ein besonderes Geschäftslokal haben, wenn sie in dem Geschäftslokal nicht angetroffen werden, die Zustellung an einen darin befindlichen Gewerbegehilfer erfolgen. 34

a) 35

Der Beklagte war jedoch nicht Gewerbetreibender hinsichtlich des in ... in der Straße ... betriebenen Unternehmens. Zwar war der Beklagte zur Zeit der Zustellungshandlung (2. August 1982) Kommanditist der Firma ... und außerdem alleiniger Geschäftsführer und mit 19/20 Anteilen Gesellschafter der Firma Daraus ergibt sich aber nicht die Eigenschaft 36

eines Gewerbetreibender im Sinne des § 183 ZPO. Nach allgemeiner Meinung (vgl. Thomas-Putzo, a.a.O., Anm. 2 zu § 183 ZPO; Stein-Jonas-Pohle, ZPO, 19. Aufl., Anm. II zu § 183 ZPO) ist Gewerbetreibender im vorgenannten Sinne der Inhaber (Mitinhaber) des Gewerbebetriebes, also der Handwerker bezüglich seines Handwerkbetriebes, der Einzelkaufmann, der OHG-Gesellschafter, der persönlich haftende Gesellschafter einer KG, nicht aber der Kommanditist. Bei einer GmbH ist die GmbH selbst die Gewerbetreibende, nicht aber ihr Geschäftsführer oder ihre Gesellschafter (allgemeine Meinung, vgl. Baumbach-Duder-Hopt, HGB, 25. Aufl., Anm. 3 B zu § 1 HGB; Schlegelberger-Hildebrandt, HGB, 5. Aufl., Anm. II 4, Randziffern 21 und 22 zu § 1 HGB). Denn ein Gewerbe und demgemäß auch ein Handelsgewerbe betreibt (nur) derjenige, in dessen Namen es geführt wird, also der, der durch die in dem Betrieb abgeschlossenen Rechtsgeschäfte berechtigt wird und für die Verbindlichkeiten aus diesen Geschäften ohne weiteres persönlich haftet (RG JW 35, 947). Das trifft für den Geschäftsführer einer ... ebensowenig zu wie für ihre Gesellschafter. Deshalb kann nach herrschender Meinung, der der Senat unbedenklich folgt, an einen Geschäftsführer einer GmbH nicht nach § 183 ZPO zugestellt werden, und zwar auch dann nicht, wenn er ihr alleiniger oder hauptsächlicher Gesellschafter ist (OLG Celle MDR 57, 234; OLG Karlsruhe Justiz 79, 14; Thomas-Putzo, a.a.O., Anm. 2 a zu § 183 ZPO; Zöller-Stephan, ZPO, 13. Aufl., Anm. 2 zu § 183 ZPO; Wieczorek, ZPO, Aufl. 1960, Anm. A II a 2 zu § 183 ZPO; Rosenberg-Schwab, Zivilprozeßrecht, 13. Aufl., § 74 III 1 c, Seite 419; ebenso für den Geschäftsführer der GmbH Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, 41. Aufl., Anm. 1 zu § 183 ZPO). Gewerbetreibender ist nämlich nur der Inhaber des Betriebs (Stein-Jonas-Pohle, a.a.O., Anm. II zu § 183; soweit dort, Anm. I zu § 183 ZPO, weiter unter Bezugnahme auf RGZ 16, 351 gesagt ist, daß es gleichgültig sei, ob die Zustellung sich auf den Gewerbebetrieb oder eine persönliche Angelegenheit beziehe, steht dies der hier vertretenen Auffassung nicht entgegen, weil es sich in dem in RGZ 16, 351 entschiedenen Fall um die Zustellung an einen OHG-Gesellschafter, also an einen Betriebs(-mit-)inhaber, handelte und in der Entscheidung ausdrücklich gesagt ist, daß eine derartige Ersatzzustellung, die einen Gewerbetreibenden betreffe, sich auch auf Privatangelegenheiten des Gewerbetreibenden beziehen dürfe).

b)

37

Allerdings ist dazu in der Vergangenheit auch die Auffassung vertreten worden, eine an den Geschäftsführer einer GmbH gerichtete Zustellung könne ihm auch im Wege der Ersatzzustellung nach § 183 ZPO zugestellt werden, wenn für den Zusteller (Postboten) kein Zweifel an der Geschäftsherreneigenschaft (des Geschäftsführers) bestanden habe (BVerwG MDR 74, 338 und ihm ohne Begründung folgend Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, a.a.O., Anm. 1 A zu § 183 ZPO). Zur Begründung dieser Auffassung wird ausgeführt (vgl. BVerwG MDR 74, 338), der Geschäftsführer einer GmbH sei zwar "juristisch" kein Gewerbetreibender und deshalb könne eine Ersatzzustellung an einen GmbH-Angestellten für den Geschäftsführer fehlerhaft sein, es möge auch für große juristische Personen wie die AG richtig sein, nur die juristische Person "zustellungsrechtlich" als Gewerbetreibenden anzusehen; bei der GmbH, die häufig wie eine Einzelfirma in Erscheinung trete, komme es darauf an, wie die Geschäftsführer nach außen aufgetreten seien. Denn auch sonst gelte der Satz, daß derjenige, der als Gewerbetreibender aufgetreten sei, eine Zustellung nach § 183 ZPO gegen sich gelten lassen müsse. Dieser Ansicht vermag der Senat sich nicht anzuschließen (im Ergebnis ebenso OLG Karlsruhe Justiz 79, 15).

38

1.1

39

40

Zunächst gibt der Gesetzeswortlaut (§ 183 Abs. 1 ZPO) keinen Anhalt für die Unterscheidung zwischen dem allgemeinen Begriff des Gewerbetreibenden (derjenige, für der das Geschäft geführt wird und der durch die in dem Betrieb abgeschlossenen Geschäfte berechtigt wird und für die Verbindlichkeiten aus diesen Geschäften ohne weiteres haftet) und einen Gewerbetreibenden im "zustellungsrechtlichen" Sinne; es ist vielmehr davor auszugehen, daß das Gesetz in § 183 ZPO vom allgemeinen Begriff des Gewerbetreibenden ausgehend für diesen als Ausnahme von dem Grundsatz der Zustellung durch Übergabe an der Zustellungsadressaten eine besondere Möglichkeit der Ersatzzustellung zuläßt; diese Ausnahmeregelung auf Zustellungen für den Geschäftsführer anzuwenden, hält der Senat nicht für statthaft.

2.2 41

Die abweichende Meinung berücksichtigt darüberhinaus mit ihrem Argument, die zustellungsrechtliche Behandlung allein der juristischen Person als Gewerbetreibender möge für die großen juristischen Personen wie die Aktiengesellschaft zutreffen, während es bei der GmbH, die häufig wie eine Einzelfirma oder Gesellschaft in Erscheinung trete, dagegen darauf ankomme, wie die Geschäftsführer nach außen hin aufgetreten seien, nicht genügend, daß es in Wirtschaftsleben Gesellschaften mbH gibt, deren Geschäftsbetrieb größer als der vieler Aktiengesellschafter ist; es ist in der Praxis auch kaum möglich, zwischen einem "größeren" und einem "kleineren" Unternehmen im Hinblick auf die Frage der Zulässigkeit einer Ersatzzustellung einer für einen gesetzlichen Vertreter bestimmten Sendung (§ 183 Abs. 1 ZPO) nur einigermaßen zuverlässig zu unterscheiden.

3.3 43

Ungeeignet zur Unterscheidung im Hinblick auf die Zulässigkeit der Ersatzzustellung erscheint dem Senat vor allem die Abstellung darauf, wie die Geschäftsführer der ... nach außen aufgetreten sind. Es ist ohnehin häufig nicht einfach, das Auftreten der für ein Unternehmen handelnden Personen rechtlich dahin zu werten, ob dies aus Handeln im eigenen Namen oder Namens des Inhabers des Unternehmens aufzufassen ist. Mit dieser Entscheidung den Postboten zu belasten, hieße, diesen völlig zu überfordern: Zunächst einmal ergeben sich die tatsächlichen Anhaltspunkte dafür, wie die Geschäftsführer einer ... nach außen auftreten, im wesentlichen nur im Handelsverkehr, also da, wo die Geschäftsführer bei Vertragsverhandlungen usw. ihrem Geschäftspartner gegenüber treten. Davon erfährt der Postbote regelmäßig nichts, weil er den Inhalt der Geschäftspost nicht kennt. Darüberhinaus fehlt dem Postboten die erforderliche Fachkenntnis, um diese Frage auch nur einigermaßen brauchbar beurteilen zu können. Schließlich muß der Postbote seine Entscheidung, ob er eine Ersatzzustellung nach § 183 Abs. 1 ZPO vornehmen kann und soll, angesichts der Vielzahl der vor ihm in einer Arbeitsschicht vorzunehmenden (förmlicher und formlosen) Postzustellungen so schnell treffen, daß ihm auch nicht die erforderliche Zeit zur Anstellung der erforderlichen Überlegungen darüber zur Verfügung steht, wie die Geschäftsführer aufgetreten sind und ob dies als ein Auftreten wie ein Gewerbetreibender (also wie der Inhaber des Gewerbebetriebes selbst) zu werten ist. Nach Auffassung des Senats kann ein Postbote diese Fragen kaum auch nur in einer einigermaßen brauchbaren Weise beantworten. Andererseits ist die von der richtigen Beantwortung dieser Fragen abhängige Wirksamkeit der Zustellung von so großer Bedeutung für das Rechtsleben, daß es unvertretbar erscheint, diese Wirksamkeit im Falle der Zustellung von für einen Geschäftsführer einer GmbH persönlich bestimmten Sendungen durch die Abwälzung, so schwieriger Fragen auf den Postboten solchen berechtigten erheblichen Zweifeln anzusetzen.

Die Zustellung des Vollstreckungsbescheids an den Beklagten durfte nach allem im Wege der Ersatzzustellung gemäß § 183 Abs. 1 ZPO nicht erfolgen. Die gleichwohl vorgenommene Ersatzzustellung nach § 183 Abs. 1 ZPO ist fehlerhaft und deshalb unwirksam (Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, a.a.O., Übersicht 5 A vor § 166 ZPO; Stein-Jonas-Pohle, a.a.O., Übersicht IV 1 vor § 166 ZPO; Thomas-Putzo, a.a.O. Vorbemerkung IV 2 vor § 166 ZPO).	45
III.	46
Im übrigen kann zwar nach § 187 Satz 1 ZPO im allgemeinen auch dann, wenn ein Schriftstück ohne den Nachweis formgerechter Zustellung oder unter Verletzung zwingender Zustellungsvorschriften dem Zustellungsadressaten zugegangen ist, die Zustellung als in dem Zeitpunkt bewirkt angesehen werden, in dem das Schriftstück dem Adressaten zugegangen ist; im vorliegenden Falle war auch jedenfalls zur Zeit der Einspruchseinlegung der Vollstreckungsbescheid dem Beklagten zugegangen. Jedoch gilt § 187 Satz 1 ZPO nach § 187 Satz 2 ZPO dann nicht, wenn durch die Zustellung eine Notfrist in Lauf gesetzt werden soll; das Letzte trifft hier zu, weil die Zustellung die Einspruchsfrist in Gang setzen sollte; die Einspruchsfrist ist eine Notfrist (§§ 700 Abs. 1, 339 Abs. 1 ZPO).	47
Bei dieser Sachlage sind der Antrag auf Wiedereinsetzung wegen der Versäumung der Einspruchsfrist und das die Wiedereinsetzung ablehnende angefochtene Urteil ins Leere gegangen (vgl. BGH NJW 67, 1566) mit der Folge, daß das Wiedereinsetzungsgesuch durch den Senat als unstatthaft zurückzuweisen war. Das Landgericht wird jedoch nunmehr in der Sache zu befinden und dabei zu prüfen haben, ob und wieweit der Vollstreckungsbescheid weiter aufrechtzuerhalten oder unter entsprechender Abweisung der Klage aufzuheben ist (§§ 700 Abs. 1, 343 ZPO). Bisher hat das Landgericht darüber nicht entschieden. Allein die Versagung von Wiedereinsetzung ergab nicht schon die Aufrechterhaltung des Vollstreckungsbescheids (BGH, wie zuvor).	48
Die Kostenentscheidung folgt aus § 238 Abs. 4 ZPO, die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit aus § 708 Ziffer 10 ZPO.	49