
Datum: 15.02.2000
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 7. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 7 U 44/99
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2000:0215.7U44.99.00

Vorinstanz: Landgericht Dortmund, 8 O 330/98

Tenor:

Die Berufung des Beklagten gegen das am 05. Februar 1999 verkündete Urteil der 8. Zivilkammer des Landgerichts Dortmund wird zurückgewiesen.

Der Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Es beschwert den Beklagten um mehr als 60.000 DM.

Tatbestand

1

Die Klägerin vermietete dem Beklagten durch Verträge vom 11.10.1995 und 21.05.1996 Gewerberäume auf dem Grundstück L in #####1 I mit einer Laufzeit bis zum 31.12.2005. Die monatliche Miete betrug insgesamt 2.864,16 DM netto. Der Beklagte nutzte die Räumlichkeiten in der Folgezeit vertragsgemäß zur Lagerung und zum Verkauf asiatischer Produkte. Mit Schreiben vom 30.09.1997 erklärte der Beklagte nach einer Betriebsverlegung die fristlose Kündigung der Mietverträge. Er zahlte den Mietzins nur noch bis einschließlich November 1997. Mit Schreiben vom 19.01.1998 kündigte die Klägerin ihrerseits das Mietverhältnis fristlos wegen Zahlungsverzuges hinsichtlich der Mieten ab Dezember 1997.

2

Am 30. Januar 1998 schloß die Klägerin mit Dritten einen Mietvertrag über einen Teil des vom Beklagten gemieteten Bereichs (Lagerhalle). Dieses Vertragsverhältnis begann am 01.06.1998; es soll am 01.06.2003 enden. Der monatliche Mietzins beträgt 1.050 DM netto.

Mit der vorliegenden Klage hat die Klägerin für den Zeitraum von Januar bis Juli 1998 die Zahlung des Nettomietzinses abzüglich der von den Nachmietern gezahlten Beträge, insgesamt 17.949,12 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 04.07.1998, geltend gemacht. Für den Zeitraum von August 1998 bis zum Dezember 2005 hat sie die Verurteilung zu der zukünftigen Zahlung der Differenz zwischen dem von dem Beklagten geschuldeten und dem von den Nachmietern für die Teilfläche gezahlten Mietzins in Höhe von monatlich 1.814,16 DM im voraus, spätestens bis zum 3. Werktag eines jeden Monats, begehrt. 4

Ausweislich der Postzustellungsurkunde wurde die Klage dem Beklagten am 18.07.1998 durch Niederlegung zugestellt. Das Schriftstück wurde nach dem Ablauf der Lagerfrist nicht an das Gericht zurückgesandt. Nachdem der Beklagte Verteidigungsbereitschaft nicht anzeigte, erging auf Antrag der Klägerin antragsgemäß Versäumnisurteil im schriftlichen Vorverfahren. 5

Eine Ausfertigung dieses Versäumnisurteils, die jedoch eine fehlerhafte Angabe zur Person des Prozeßbevollmächtigten enthielt, wurde dem Beklagten am 01.10.1998 durch Niederlegung zugestellt. Eine weitere Ausfertigung mit zutreffendem Rubrum wurde am 08.10.1998 durch Ersatzzustellung an die Ehefrau zugestellt. Ein beigefügtes Schreiben enthielt die Mitteilung, daß das am 01.10.1998 zugestellte Versäumnisurteil "gegenstandslos" sei. Des weiteren war eine Rechtsmittelbelehrung enthalten, nach der der Einspruch innerhalb einer Frist von zwei Wochen, "die mit dem Tag der Zustellung begonnen hat", zulässig sein sollte. 6

Die Zustellung an den Klägervertreter erfolgte am 12.10.1998. 7

Mit Schreiben vom 26.10.1998, bei dem Landgericht am 27.10.1998 eingegangen, legte der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten Einspruch ein und beehrte zugleich die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. 8

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, die Versäumung der Einspruchsfrist sei von dem Beklagten verschuldet. Des weiteren hat sie zur materiellen Begründung des Klagebegehrens vorgetragen. Insoweit wird auf den Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils Bezug genommen. 9

Die Klägerin hat beantragt, 10

den Einspruch des Beklagten gegen das Versäumnisurteil vom 28. September 1998 als unzulässig zu verwerfen 11

hilfsweise, 12

das Versäumnisurteil mit der Maßgabe aufrechtzuerhalten, dass der Beklagte verurteilt wird 13

1. an sie 17.949,12 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 04. Juli 1998 zu zahlen, 14

2. an sie weitere 12.699,12 DM zu zahlen, 15

3. an sie von März 1999 bis einschließlich Dezember 2003 monatlich im voraus, spätestens bis zum dritten Werktag eines jeden Monats 1.814,16 DM zu zahlen. 16

Der Beklagte hat beantragt,	17
ihm Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Einspruchsfrist zu gewähren und	18
unter Aufhebung des Versäumnisurteils vom 28.09.1998 die Klage abzuweisen.	19
Er hat die Auffassung vertreten, die Versäumung der Einspruchsfrist sei unverschuldet. Er hat behauptet, er habe sich zu den Zeitpunkten der Zustellung der Klage und des Versäumnisurteils im Ausland befunden. Seine psychisch kranke Ehefrau habe ihn über die Zustellungen auch nachträglich nicht informiert. Der am 08.10.1998 gerichtlich erteilte Hinweis auf das "gegenstandslose" Versäumnisurteil habe mißverständlich auf das zugleich zugestellte Versäumnisurteil bezogen werden können.	20
In der Sache hat der Beklagte seinen Einspruch ebenfalls begründet. Insoweit wird auf den Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils verwiesen.	21
Das Landgericht hat den Einspruch des Beklagten unter Zurückweisung des Wiedereinsetzungsantrages als unzulässig verworfen. Die Einspruchsfrist gegen das im schriftlichen Vorverfahren ergangene Versäumnisurteil habe mit der letzten Zustellung - hier an den Prozeßbevollmächtigten der Klagerin - am 12.10.1998 zu laufen begonnen, so daß die Frist am 26.10.1998 abgelaufen sei. Der erst am 27.10.1998 eingegangene Einspruch sei demnach verspätet. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand sei wegen Verschuldens der Prozeßbevollmächtigten des Beklagten nicht zu gewähren. Dieser habe noch am 26.10.1998, dem Tag der Mandatserteilung, und damit noch vor dem Fristablauf Einspruch einlegen können und müssen. Ergänzend verweist das Landgericht darauf, daß Wiedereinsetzung auch dann nicht hätte gewährt werden können, wenn der Rechtsanwalt erst nach dem Fristablauf mandatiert worden wäre. Dem Beklagten sei es als eigenes Verschulden anzulasten, daß er als Geschäftsmann trotz ausgedehnter Auslandsaufenthalte keine hinreichenden Vorkehrungen zur Kenntnisnahme von zu erwartender fristauslösender Gerichtspost getroffen habe.	22
Dagegen richtet sich die Berufung des Beklagten. Er ist der Auffassung, daß schon die Klage nicht ordnungsgemäß zugestellt worden sei. Es sei keine hinreichende Belehrung gem. § 276 Abs.2 ZPO erteilt worden. Auch habe der Beklagte eine Niederlegungsnachricht nicht erhalten. Das Versäumnisurteil sei deshalb nicht ordnungsgemäß ergangen.	23
Die Fristversäumung sei aber auch nicht von ihm verschuldet. Er selbst habe hinreichende Vorkehrungen zum Postempfang schon im Rahmen seines Geschäftslokals getroffen. Anhaltspunkte für Zustellungsversuche in der Wohnung hätten nicht bestanden. Dem Landgericht seien eigene Fehler anzulasten, indem das erste Versäumnisurteil zu Unrecht als gegenstandslos behandelt worden sei.	24
Anwaltsverschulden sei ebenfalls nicht gegeben. Die Behandlung des Fristenlaufes bei einem Versäumnisurteil im schriftlichen Vorverfahren führe auch nach höchstrichterlicher Klärung in der Praxis zu Unsicherheiten bei Anwälten und Gerichten, so daß ein großzügiger Maßstab angemessen sei. Es sei zweifelhaft, ob der Rechtsanwalt durch eine telefonische Auskunft bei dem Gericht den tatsächlichen Fristbeginn erfahren hätte; eine entsprechende Auskunft sei ohnehin nicht ausreichend gewesen. Auch hinsichtlich der Frage eines Anwaltsverschuldens sei zu berücksichtigen, daß das Landgericht formularmäßig unrichtig dahingehend belehrt habe, daß die Einspruchsfrist mit der Zustellung an den Beklagten beginne.	25

In der Sache wiederholt und vertieft der Beklagte seinen erstinstanzlichen Vortrag.	
Der Beklagte beantragt,	27
das Versäumnisurteil vom 29. September 1998 aufzuheben und die Klage abzuweisen.	28
Die Klägerin beantragt,	29
die Berufung zurückzuweisen.	30
Sie verteidigt das erstinstanzliche Urteil. Die Klageschrift sei wirksam zugestellt worden. Die Zustellungsverfügung des Vorsitzenden und die Zustellung seien ordnungsgemäß. Sie bestreitet, daß der Beklagte den Benachrichtigungsschein nicht erhalten habe.	31
Der Beklagte sei nicht wie behauptet ständig abwesend gewesen. Er habe wegen des vorprozessualen Schriftverkehrs und wegen des vorangegangenen Mietzinszahlungsverfahrens vor dem Amtsgericht auch mit Zustellungen unter seiner Privatanschrift rechnen müssen. Ohnehin sei seine Ehefrau entsprechend den erstinstanzlichen Angaben als Vertreterin anzusehen.	32
Dem Beklagten sei auch ein Verschulden seines Prozeßbevollmächtigten zuzurechnen. Daß für den Fristenlauf hier der Zeitpunkt der letzten Zustellung maßgeblich gewesen ist, sei ganz herrschende und veröffentlichte Meinung. Unsicherheiten gebe es nicht. Der Prozeßbevollmächtigte habe im übrigen sicherheitshalber aufs Geratewohl Einspruch einlegen müssen.	33
In der Sache vertieft und erweitert die Klägerin das erstinstanzliche Vorbringen.	34
<u>Entscheidungsgründe</u>	35
Die Berufung des Beklagten ist unbegründet. Zu Recht hat das Landgericht den Antrag auf Wiedereinsetzung zurückgewiesen und den Einspruch gegen das Versäumnisurteil verworfen.	36
I.	37
Der Einspruch des Beklagten ist verspätet eingelegt worden.	38
Bei einem Versäumnisurteil im schriftlichen Vorverfahren ist nach höchstrichterlicher Rechtsprechung zur Herbeiführung der Existenz des Urteils die Zustellung an beide Parteien erforderlich (vgl. BGHZ 32, S.370, 371; Zöller-Herget, ZPO, 21. Auflage, § 331, Rdn.12 m.w.N.). Hier ist die Zustellung an beide Parteien wirksam - an den Beklagten gem. § 181 Abs.1 ZPO - erfolgt. Der Lauf der zweiwöchigen Einspruchsfrist des § 339 Abs.1 BGB beginnt jedoch erst mit der letzten Zustellung (vgl. BGH NJW 1994, S.3359, 3360 m.w.N.; Zöller-Herget, § 339, Rdn.4). Die letzte Zustellung erfolgte vorliegend am 12.10.1998 an den Prozeßbevollmächtigten des Klägers. Die zweiwöchige Einspruchsfrist des § 339 Abs.1 ZPO lief deshalb gem. § 222 ZPO i.V.m. den §§ 187, 188 Abs.2 ZPO erst am 26.10.1998 ab. Der Einspruch des Beklagten ist dagegen erst am folgenden Tage, am 27.10.1998, eingegangen. Er ist damit verspätet.	39
Der Beklagte kann sich nicht darauf berufen, daß es bereits an einer ordnungsgemäßen Klagezustellung fehle, weil er - wie er behauptet - die Benachrichtigung über die Niederlegung der Klageschrift nicht erhalten habe.	40

Gem. §§ 195 Abs.2 S.3, 418 Abs.1 ZPO ist aufgrund der Beweiskraft der Zustellungsurkunde davon auszugehen, daß die Benachrichtigung tatsächlich erfolgt ist. Hierfür spricht darüber hinaus auch, daß das Schriftstück nach dem Ablauf der Lagerfrist nicht wieder an das Landgericht zurückgelangt ist. Dies deutet auf eine Abholung hin, die wiederum nur bei Kenntnis von der Niederlegung durch die Benachrichtigung zu erwarten ist. 41

Der Beklagte hat demgegenüber keine Tatsachen vorgetragen, die zum Beweis der Unrichtigkeit gem. § 418 Abs.2 ZPO geeignet sind. Die bloße Behauptung des Nichterhalts der Benachrichtigung läßt schon nicht den Schluß zu, daß die Mitteilung gar nicht erfolgt ist. Sie schließt insbesondere nicht die Möglichkeit aus, daß die Nachricht wegen unzureichender Empfangsvorkehrungen erst später abhanden gekommen ist. 42

Unerheblich ist es ebenfalls, ob das Versäumnisurteil zulässigerweise oder etwa unter Verstoß gegen § 335 Nr.4 ZPO ergangen ist. Das Gesetz knüpft den Lauf der Einspruchsfrist allein an die hier unstreitig am 08.10.1998 wirksam erfolgte Zustellung des Versäumnisurteils an (vgl. BGH VersR 1973, S. 715; Zöller § 339, Rdn.1). Es kommt deshalb auf den Lauf des Verfahrens bis zum Erlaß des Versäumnisurteils nicht an, so daß namentlich auch dahingestellt bleiben kann, ob vorliegend die Voraussetzungen des § 276 BGB, namentlich die Belehrung gem. § 276 Abs.2 ZPO, eingehalten worden sind. 43

II. 44

Dem Beklagten ist auch nicht Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gem. § 233 ZPO zu gewähren. 45

Es sind keine Umstände vorgetragen und glaubhaft gemacht, die die Versäumung der Einspruchsfrist als unverschuldet erscheinen lassen. Es liegt vielmehr ein Verschulden des damaligen Prozeßbevollmächtigten des Beklagten vor, das diesem gem. § 85 Abs.2 ZPO zuzurechnen ist. Auf ein eigenes Verschulden der Partei kommt es daher nicht an. Unerheblich ist auch, daß das Verschulden der Gegenbevollmächtigten nur gering ist. 46

Ein Anwaltsverschulden liegt vor, weil die Fristversäumung durch einen pflichtgemäß handelnden Anwalt bei üblicher zumutbarer Sorgfalt abzuwenden gewesen wäre (vgl. zu diesem Maßstab etwa BGH NJW 1985, S.1710, 1711). Dem Prozeßbevollmächtigten des Beklagten ist hier anzulasten, daß er den Einspruch nicht noch innerhalb der Einspruchsfrist am 26.10.1998 eingereicht hat. Es ist weder behauptet noch aus den Umständen ersichtlich, daß ihm dies technisch - etwa durch Übermittlung per Telefax - nicht möglich gewesen wäre. Vielmehr sind die Mandatierung und das Informationsgespräch noch innerhalb der Frist am 26.10.1998 erfolgt. Auch die Einspruchsschrift ist ausweislich des Datum des Schriftsatzes am selben Tage gefertigt worden. 47

Der Prozeßbevollmächtigte durfte sich auch nicht darauf verlassen, daß die Einspruchsfrist bereits abgelaufen war und deshalb ein Zugang des Schriftsatzes erst am 27.10.1998 ausreichend sein werde. Die Rechtskenntnis von der Maßgeblichkeit der letzten Zustellung für den Lauf der Frist bei einem Versäumnisurteil im schriftlichen Vorverfahren ist von dem Rechtsanwalt zu erwarten. Er hat überdies die persönliche Pflicht zur Beseitigung von gegebenenfalls bestehenden Unklarheiten hinsichtlich des Fristenlaufs (vgl. BGH VersR 1975, S.854, 855). Das aus den vorhandenen Unterlagen nicht ersichtliche maßgebliche Datum der Zustellung an den Gegner hätte er gegebenenfalls durch Rückfrage bei dem Gericht erfragen können und müssen (vgl. Zöller-Greger, § 233, Rdn.23 "Fristenbehandlung", BGH FamRZ 1997, S.415). Insoweit wäre etwa eine telefonische Rückfrage geeignet und zumutbar gewesen (vgl. BGH VersR 1991, S.121). Daß hier konkret wegen des Zeitpunktes 48

der Beauftragung keine Möglichkeit mehr bestanden hat, telefonisch das Zustellungsdatum zu erfahren, ist nicht dargetan worden.

Im übrigen hätte bei verbleibenden Zweifeln über den Lauf der Einspruchsfrist die Pflicht bestanden, den zur Rechtswahrung sichersten Weg zu beschreiten (vgl. BGH NJW 1953, S.179, 180; Zöller-Greger § 233, Rdn.23 "Fristenbehandlung"; MünchKomm-Feiber, § 233, Rdn.58; Musielak-Grandel, ZPO, § 233, Rdn.17). Wäre eine telefonische Auskunft nicht zu erlangen gewesen, hätte der Prozeßbevollmächtigte den Einspruch zumindest vorsorglich per Telefax einlegen müssen. 49

Kausale Fehler des Gerichts, die einem Verschulden entgegenstehen könnten, liegen nicht vor. 50

Die Auskunft hinsichtlich der Gegenstandslosigkeit der ersten Ausfertigung des Versäumnisurteils betrifft nicht das Datum der maßgeblichen Zustellung an den Gegner. Daß die zugleich zugestellte zweite Ausfertigung nicht gemeint sein konnte, ist insbesondere auch für den Prozeßbevollmächtigten ersichtlich gewesen. 51

Die mit dem Versäumnisurteil zugestellte Rechtsmittelbelehrung konnte zwar dahingehend verstanden werden, daß die Einspruchsfrist mit Zustellung an den Beklagten zu laufen begann. Die für die primär für die Partei bestimmte Rechtsmittelbelehrung entbindet den Prozeßbevollmächtigten aber nicht von eigener Rechtskenntnis. Überdies ist nicht dargelegt, daß die Rechtsmittelbelehrung überhaupt zur Kenntnis genommen worden ist und sich ihr Inhalt auf den Geschehensablauf ausgewirkt hat. 52

Die Voraussetzungen für eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand sind damit nicht gegeben. 53

Zu Recht hat das Landgericht deshalb den Antrag auf Wiedereinsetzung zurückgewiesen und den Einspruch als unzulässig verworfen. Die Berufung dagegen hat keinen Erfolg. 54

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs.1 ZPO; die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Nr.3 ZPO. 55