

letzte Aktualisierung: 20.9.2016

OLG Dresden, Urt. v. 25.8.2016 - 8 U 1628/15

**ZPO §§ 178 Abs. 1, 180, 418 Abs. 2; GmbHG § 8 Abs. 4 Nr. 1
Zustellung an GmbH bei Fehlen eines Geschäftsraums**

1. Der Postzusteller muss eine Zustellung in einem Geschäftsraum versuchen, bevor er eine Ersatzvornahme durch Einlegen in einen Briefkasten vornimmt.
2. Eine Zustellung nach § 180 ZPO durch Einlegen in den Briefkasten ist bei Fehlen eines Geschäftsraums auch dann nicht möglich, wenn die inländische Adresse als Geschäftsanschrift im Handelsregister nach § 8 Abs. 4 Nr. 1 GmbHG eingetragen worden ist (Abgrenzung zu BGH, Urteil vom 14. Juni 2012, V ZB 182/11).
3. Im Regelfall ist es dem Zustellungsempfänger verwehrt, eine fehlerhafte Ersatzzustellung geltend zu machen, wenn er einen Irrtum über das Vorhandensein von Geschäftsräumen bewusst und zielgerichtet herbeigeführt hat. Dies gilt jedoch nicht gegenüber demjenigen, der positive Kenntnis davon hat, dass der Zustellungsempfänger unter der eingetragenen Anschrift tatsächlich keinen Geschäftsraum unterhält.

Leitsatz:

1. Der Postzusteller muss eine Zustellung in einem Geschäftsräum versuchen, bevor er eine Ersatzvornahme durch Einlegen in einen Briefkasten vornimmt.
2. Eine Zustellung nach § 180 ZPO durch Einlegen in den Briefkasten ist bei Fehlen eines Geschäftsräums auch dann nicht möglich, wenn die inländische Adresse als Geschäftsanschrift im Handelsregister nach § 8 Abs. 4 Nr. 1 GmbHG eingetragen worden ist (Abgrenzung zu BGH, Urt. v. 14.06.2013, V ZB 182/11).
3. Im Regelfall ist es dem Zustellungsempfänger verwehrt, eine fehlerhafte Ersatzzustellung geltend zu machen, wenn er einen Irrtum über das Vorhandensein von Geschäftsräumen bewusst und zielgerichtet herbeigeführt hat. Dies gilt jedoch nicht gegenüber demjenigen, der positive Kenntnis davon hat, dass der Zustellungsempfänger unter der eingetragenen Anschrift tatsächlich keinen Geschäftsräum unterhält.

OLG Dresden, 8. Zivilsenat, Urteil vom 25. August 2016, Az.: 8 U 1628/15



Oberlandesgericht
Dresden

Zivilsenat

Aktenzeichen: 8 U 1628/15
Landgericht Chemnitz, 2 O 419/15

Verkündet am: 25.08.2016

R.
Justizhauptsekretärin
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

IM NAMEN DES VOLKES URTEIL

In dem Rechtsstreit

M. ... Ltd. - Klägerin und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte XXX

gegen

L. ... GmbH - Beklagte und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte XXX

wegen Werklohnforderung

hat der 8. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Dresden durch

Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht Hantke,
Richter am Oberlandesgericht Dr. Umbach und
Richter am Oberlandesgericht Dieker

im schriftlichen Verfahren, in dem bis zum 12.08.2016 Schriftsätze eingereicht werden konnten, am 25.08.2016

für Recht erkannt:

- I. Auf die Berufung der Beklagten wird - unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen - das Urteil des Landgerichtes Chemnitz vom 08.10.2015 (2 O 419/15) aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückverwiesen.
- II. Die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens bleibt dem Schlussurteil des Landgerichts vorbehalten.
- III. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
- IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

Beschluss:

Der Streitwert für das Berufungsverfahren beträgt 405.950,00 €

Gründe:

I.

Gegenstand des Berufungsverfahrens ist das Urteil des Landgerichtes Chemnitz vom 08.10.2015, mit dem ein Einspruch der Beklagten gegen ein Versäumnisurteil vom 05.05.2015, in dem sie zur Zahlung von 405.950,00 € zuzüglich Zinsen und vorgerichtlicher Anwaltskosten verurteilt worden ist, unter Zurückweisung eines Wiedereinsetzungsantrages verworfen worden ist.

Die Klägerin, eine Limited mit Sitz in E., hat in der Klageschrift vom 26.03.2015 mitgeteilt, dass die beklagte GmbH laut Handelsregister die Adresse C. Straße ... in F. aufweise. Gesellschafter und Geschäftsführer der Beklagten seien die Herren S. und A., die beide in Israel wohnhaft seien und keinen dauernden Aufenthalt in Deutschland unterhielten. Ferner hat die Klägerin in der Klageschrift ausgeführt, dass eine an die Beklagte adressierte Schlussrechnung vom 01.09.2014 mit der Post nicht habe zugestellt werden können, weil weder ein Firmenschild noch ein Briefkasten mit der Bezeichnung der Beklagten an deren registermäßigen Firmenadresse bestanden habe. Die Beklagte, der die Schlussrechnung durch eine E-Mail an einen der Geschäftsführer übermittelt worden sei, sei der Klägerin aus einem mündlich am 03.01.2013 geschlossen und im Januar 2014 vorzeitig gekündigten Vertrag über die Komplettsanierung des Gebäudes C. Straße ... in F. zu einem Pauschalpreis von 420.168,07 €, der von der Klägerin weitgehend im Verlauf des Jahres 2013 durchgeführt sei, für erbrachte und nicht erbrachte Leistungen zur Zahlung von insgesamt 405.950,00 € verpflichtet.

Das Landgericht hat ein schriftliches Vorverfahren angeordnet und die Zustellung der Klageschrift an die im Register eingetragene Adresse der Beklagten C. Straße ... in F.

veranlasst. Es gelangte eine Zustellungsurkunde zur Gerichtsakte, nach deren Inhalt der Zusteller am 15.04.2015 versucht habe, die zuzustellenden Unterlagen übergeben, und anschließend - weil die Übergabe des Schriftstücks in dem Geschäftsraum nicht möglich gewesen sei - das Schriftstück in den zum Geschäftsraum gehörenden Briefkasten eingelegt habe.

Nachdem eine Verteidigungsanzeige nicht zur Gerichtsakte gelangt ist, hat das Landgericht am 05.05.2015 ein Versäumnisurteil erlassen, mit dem es die Beklagte zur Zahlung von 405.950,00 € nebst Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 02.10.2014 sowie zum Ersatz von Rechtsanwaltskosten in Höhe von 3.443,60 € nebst Zinsen verurteilt hat. Das Landgericht hat eine Zustellung dieses Versäumnisurteils gleichfalls an die im Handelsregister eingetragene Geschäftsadresse der Beklagten in der C. Straße ... in F. veranlasst. Wieder ist eine Postzustellungsurkunde zur Akte gereicht worden, nach der der Postbedienstete Sch. versucht hat, das Schriftstück zu übergeben, und - weil die Übergabe des Schriftstücks in den Geschäftsräumen nicht möglich gewesen sei - es in einen zum Geschäftsraum gehörenden Briefkasten eingelegt habe.

Unstreitig unterhielt die Beklagte zum Zeitpunkt sowohl der Einlegung in den Briefkasten der Klageschrift am 15.04.2015 als auch zum Zeitpunkt der Einlegung des Versäumnisurteils in den Briefkasten am 13.05.2015 keinen Geschäftsraum unter der angegebenen Anschrift. Allerdings gab die Beklagte im Geschäftsverkehr diese Anschrift als ihre Geschäftsanschrift an; sie beschriftete auch jeweils einen Briefkasten an den Hauseingängen Nr. ... und ... mit ihrer Firma, wobei streitig ist, zu welchem Zeitpunkt die Beklagten die Anzahl der mit ihrer Firma beschrifteten Briefkästen auf einen reduziert hat. Ferner hatte die Beklagte Herrn J., der in B. lebt, aber einen weiteren Wohnsitz in F. unterhält, beauftragt, die Briefkästen regelmäßig zu leeren und die Post - je nach Inhalt - entweder an eine in F. ansässige Hausverwaltungsgesellschaft, in anderen Fällen an eine Steuerberatergesellschaft oder an die Geschäftsführer der Beklagten in I.. weiterzuleiten.

Nachdem die Klägerin eine vollstreckbare Ausfertigung des Versäumnisurteils erhalten und Pfändungsmaßnahmen u.a. gegenüber der Hausverwaltungsgesellschaft ergriffen hatte, legte die Beklagte mit anwaltlichem Schriftsatz vom 11.06.2015 Einspruch gegen das Versäumnisurteil ein und beantragte zugleich Wiedereinsetzung in den vorigen Stand sowie Akteneinsicht; beigefügt war dem Schreiben eine eidestattliche Versicherung des Herrn J. Dieser habe weder eine Klageschrift noch ein Versäumnisurteil in den Briefkästen, die er mehrmals die Woche leere, vorgefunden; allerdings sei es im Jahr 2015 mehrfach zum Aufbruch des Briefkastens und Abhandenkommen von Post gekommen, zuletzt in der 21. Kalenderwoche 2015. Kenntnis von dem Rechtsstreit und dem Versäumnisurteil habe die Beklagte erst erlangt, nachdem am 08.06.2015 der Hausverwaltungsgesellschaft ein Zahlungsverbot zugestellt worden sei, worüber diese die Beklagte unterrichtet habe.

Mit Schriftsatz vom 02.07.2015 hat sie den Einspruch dahingehend begründet, dass zwischen den Parteien nie ein Vertragsverhältnis bestanden habe. Vielmehr sei ein schriftlicher Vertrag zwischen der Beklagten und den Herren St. und A. über die Werkarbeiten zu Stande gekommen; die Klägerin sei als Subunternehmerin des Herrn St. auf der Baustelle tätig geworden. Der Vertrag zwischen der Beklagten und Herrn St. sei im August 2013 gekündigt worden; danach habe auch die Klägerin auf der Baustelle keine Tätigkeit mehr entfaltet.

Die Klägerin hat bestritten, dass Klageschrift und Versäumnisurteil abhanden gekommen seien, und die Ansicht vertreten, dass der Wiedereinsetzungsantrag zurückzuweisen und der Einspruch zu verwerfen seien.

Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Vernehmung desjenigen Zustellers, der das Versäumnisurteil laut Zustellungsurkunde in den Briefkasten eingelegt hat, sowie durch Vernehmung des Klägervertreters und einer Mitarbeiterin der Kanzlei des Klägervertreters zur Beschriftung der Briefkästen. Ferner hat es den Zeugen J. dazu vernommen, ob er das Versäumnisurteil dem Briefkasten entnommen habe. Das Landgericht hat dann mit Urteil vom 08.10.2015 den Wiedereinsetzungsantrag zurückgewiesen und den Einspruch verworfen. Durch die Aussage des Zeugen x sei nachgewiesen, dass dieser das Versäumnisurteil in den Geschäftsbriefkasten an dem im Handelsregister eingetragenen Firmensitz der Beklagten eingelegt habe. Grundsätzlich glaube das Gericht an die Ehrlichkeit und Wahrhaftigkeit der dahingehenden Aussage des Zeugen J., dass jeweils vor dem 26.03.2015, dem 20.05.2015 und dem 22.07.2015 ein Schlüsseldienst herangezogen worden sei, weil die Briefkästen offen gewesen seien. Das Gericht sei allerdings geneigt zu glauben, dass die Briefkästen nicht aufgebrochen, sondern vielmehr aufgeplatzt seien, weil täglich Postsendungen, Werbung, Zeitungen und niedergelegte Schriftstücke hineingequetscht worden seien, so dass davon auszugehen sei, dass Schriftstücke herausgerutscht und im Hausflur herumgelegen hätten. Es stelle aber ein grobes Organisationsverschulden der Beklagten, welches sie an der Einlegung eines rechtzeitigen Einspruchs gehindert habe, dar, dass sie den Briefkasten lediglich ab und an, nicht einmal im wöchentlichen Rhythmus, durch den Zeugen Schwimmer habe leeren lassen; von einer GmbH sei zu erwarten, ein organisiertes Büro vorzuhalten. Daher sei keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren.

Hiergegen richtet sich die Berufung der Beklagten. Sie treffe kein Verschulden daran, keine Kenntnis von dem Versäumnisurteil erlangt zu haben. Die Unterhaltung eines Geschäftslokals in Deutschland sei nicht erforderlich, da die Beklagte lediglich Eigentümer einer einzigen Immobilie sei und kein Geschäftslokal in Deutschland benötige. Das Versäumnisurteil sei in unzulässiger Weise ergangen, weil bereits die Behauptung der Klägerin, man habe einen Pauschalpreisvertrag über eine Komplettsanierung eines Mietshauses mit 22 Wohnungen lediglich mündlich geschlossen, offensichtlich frei erfunden sei.

Die Beklagte beantragt,

1. das Urteil des Landgerichtes Chemnitz vom 08.10.2015 aufzuheben,
2. ihr Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren,
3. das Versäumnisurteil des Landgerichtes Chemnitz vom 05.05.2015 aufzuheben und die Klage abzuweisen,

hilfsweise,

die Sache zur erneuten Entscheidung an das Landgericht Chemnitz zurückzuverweisen.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Landgerichtes Chemnitz vom 08.10.2015, 2 O 419/15, aufrechtzuerhalten und die Berufung zurückzuweisen.

Hilfsweise für den Fall, dass das Versäumnisurteil nicht prozessordnungsgemäß zugestellt worden sein sollte oder dass dem Wiedereinsetzungsantrag stattgegeben werde, beantragt die Klägerin ebenfalls,

das Verfahren an das Landgericht Chemnitz zurückzuverweisen.

Die Klägerin verteidigt die angefochtene Entscheidung; der Wiedereinsetzungsantrag sei im Übrigen bereits unzulässig gewesen, da er sich darauf beschränkt habe, die Leerung des Briefkasten und die Aufbrüche zu schildern. Ihren Einspruch habe die Beklagte verspätet begründet.

Nach einem Hinweis des Senats zu den Voraussetzungen für eine wirksame Ersatzzustellung und auf die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes vom 15.10.2009 (1 BvR 2333/09) sowie des Bundesgerichtshofes vom 22.10.2009 (IX ZB 248/08) und vom 16.06.2011 (III ZR 342/09) hat die Klägerin ergänzend dazu vorgetragen, dass sie keine positive Kenntnis davon gehabt habe, dass die Beklagte keinen Geschäftssitz an der angegebenen Adresse unterhalte und es der Beklagten verwehrt sei, sich auf eine fehlende Zustellung des Versäumnisurteils zu berufen. Die Beklagte hat vorgebracht, dass die Klägerin Kenntnis von dem Fehlen eines Geschäftssitzes an der angegebenen Adresse gehabt habe. Ferner hat die Klägerin ergänzend zu dem von ihr behaupteten Vertragsverhältnis zwischen den Parteien vorgetragen.

Vorsorglich hat der Senat die Klageschrift am 09.02.2016 an den Beklagtenvertreter zugestellt.

Zwischenzeitlich ruhte das Verfahren auf Antrag beider Parteien; nach Wiederaufruf haben die Parteien der Entscheidung im schriftlichen Verfahren zugestimmt. Hinsichtlich des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf die wechselseitigen Schriftsätze sowie die Protokolle der mündlichen Verhandlungen vor dem Landgericht und vor dem Senat Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung der Beklagten führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und - auf Antrag beider Parteien - zur Zurückverweisung des Verfahrens gemäß § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, Satz 2 ZPO an das Landgericht. Da das Versäumnisurteil der Beklagten niemals wirksam zugestellt worden ist, hat der Einspruch der Beklagten mit Schriftsatz vom 11.06.2015 die Einspruchsfrist des § 339 Abs. 1 ZPO gewahrt; auch die Einspruchsgrundfrist des § 340 ZPO hatte erstinstanzlich noch nicht zu laufen begonnen. Auf die Zulässigkeit und Begründetheit des Wiedereinsetzungsantrages kommt es daher nicht an.

1. Es ist aus zwei voneinander unabhängigen, dieses Urteil selbstständig tragenden Gründen nicht zu einer wirksamen Zustellung des Versäumnisurteils nach §§ 178 Abs. 1 Nr. 2, 180 ZPO gekommen:

1.1 Zwar belegt das Original der Postzustellungsurkunde nach § 182 ZPO in Form einer öffentlichen Urkunde nach § 418 ZPO die Zustellung nach § 180 ZPO, wobei die Urkunde die Pflichtangaben des § 182 Abs. 2 ZPO enthält.

1.2 Es ist jedoch bewiesen (§ 418 Abs. 2 ZPO), dass diese Postzustellungsurkunde im Hinblick auf zwei zwingende Voraussetzungen für eine Zustellung durch Niederlegung in den Briefkasten falsche Tatsachen enthält:

1.2.1 Zum einen ergibt sich aus der Aussage des Zustellers Sch. vor dem Landgericht vom 16.09.2015, dass er entgegen den Angaben auf der Postzustellungsurkunde eine Zustellung in einem Geschäftsraum nicht versucht hat. Der Zeuge Sch., dessen Aussage das Landgericht hinsichtlich seiner Angabe zum Einlegen des Schriftstückes in den Briefkasten als glaubhaft erachtet hat, hat ausgesagt, dass die Briefkästen abmontiert an der Hauswand gestanden hätten und er einen jungen Mann, der aus dem Haus herausgekommen sei, gefragt habe, wo die Geschäftsräume der Beklagten sind. Der junge Mann habe ihm mitgeteilt, dass er keine Ahnung habe und dass selten jemand da sei. Daraufhin habe der Zeuge Sch. die Postzustellungsurkunde ausgefüllt und in den abmontierten Briefkasten rechts unten eingeworfen.

Hieraus ergibt sich mithin, dass der Postzusteller keinen Versuch unternommen hat, in - unstreitig nicht vorhandenen - Geschäftsräumen der Beklagten in der C. Straße in F. die Zustellung vorzunehmen, sondern - ohne vorherigen Versuch einer persönlichen Übergabe - unmittelbar die Schriftstücke in den Briefkasten eingelegt hat. Vor einer Ersatzzustellung durch Einlegen in einen Briefkasten nach § 180 ZPO hätte der Zusteller jedoch den Versuch unternehmen müssen, einen Geschäftsräum des Adressaten in dem Gebäude aufzusuchen um dort eine persönliche Zustellung nach § 178 Abs. 1 Nr. 2 ZPO vorzunehmen. Er hätte sich nicht mit der Auskunft einer ihm unbekannten Person zufrieden geben dürfen, dass „selten jemand da“ sei, sondern selbst versuchen müssen, die Geschäftsräume zum Zwecke einer persönlichen Übergabe aufzufinden. Da vor dem Hintergrund des Umstandes, dass das Landgericht die Aussage des Zustellers als glaubhaft erachtet hat und keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass diese Schilderung nicht den Tatsachen entspricht, ist die Beweiskraft der öffentlichen Urkunde hinsichtlich der darin enthaltenen Angabe, eine persönliche Übergabe sei versucht worden, widerlegt. Das Fehlverhalten des Zustellers bewirkt die Unwirksamkeit der Zustellung (vgl. BFH, Urt. v. 21.01.2015, X R 16/12, Rn. 32 bis 34; ders. Beschl. v. 14.02.2007, XI B 108/05, Rn. 9 bis 12; LSG NRW, Urt. v. 17.01.2013, L 9 AL 173/11, Rn. 23 bis 26). Mangels Zustellung wurde die Einspruchsfrist nicht in Gang gesetzt.

1.2.2 Ferner setzt die Zustellung nach § 180 ZPO vor dem Hintergrund des klaren Wortlautes voraus, dass der Briefkasten, in den die zuzustellenden Unterlagen eingelegt werden, zu einem Geschäftsraum gehört. Unstreitig hat die Beklagte jedoch zum Zeitpunkt der Zustellung des Versäumnisurteils keinen Geschäftsräum in dem Gebäude C. Straße ... bis ... in F. unterhalten. Es kommt insoweit nicht drauf an, dass die Beklagte gegenüber dem Handelsregister nach § 8 Abs. 4 Nr. 1 GmbHG die in Frage stehende Adresse als Geschäftsanschrift angegeben hat. Zwar diente die Einführung dieser Vorschrift dazu, Zustellungen an Gesellschaften mit beschränkter Haftung auch gerade dann zu erleichtern, wenn der Verwaltungssitz

der GmbH im Ausland liegt (Gesetzesbegründung zum MoMiG, Bundesrats-Drucksache 354/07, S. 81). Dies sollte aber nach dem Willen des Gesetzgebers nicht dazu führen, dass Zustellungen an die im Handelsregister eingetragene inländische Adresse auch dann möglich sein sollten, wenn dort nach den Regelungen der ZPO wegen des Fehlens von Geschäftsräumen keine Zustellung erfolgen darf. Vielmehr wird in der Gesetzesbegründung ausdrücklich ausgeführt, dass eine Zustellung unter der im Handelsregister eingetragenen Geschäftsanschrift weiterhin voraussetzt, dass ein Geschäftskontor besteht oder der zurechenbare Rechtsschein eines Geschäftsräums gesetzt worden ist, und dass dann, wenn eine Zustellung [nach den Vorschriften der ZPO] dort nicht möglich ist, der Weg zu einer öffentlichen Zustellung eröffnet ist (Bundesrats-Drucksache 354/07, S. 81 und S. 97; vgl. auch Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Aufl., Rn. 20 zu § 8). Soweit der Wortlaut der Formulierung in der Gesetzesbegründung auch dahin verstanden werden könnte, dass der Gesetzgeber die förmliche Zustellung nach der ZPO entgegen dem Wortlaut des § 180 ZPO in Rechtsscheinfällen auch bei Fehlen eines Geschäftsräums für möglich erachtet hat, fehlt jeder Anhaltspunkt dafür, dass der Gesetzgeber ein geändertes Verständnis des § 180 ZPO herbeiführen wollte; vielmehr hat sich diese Formulierung ersichtlich auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dazu bezogen, dass sich der Zustellungsempfänger in bestimmten Konstellationen nicht auf die Unwirksamkeit der Zustellung berufen kann (vgl. hierzu nachfolgend 2.).

- 1.2.3 Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 14.06.2012 (V ZB 182/11). Dort hat der Bundesgerichtshof es zwar für möglich gehalten, eine Ersatzzustellung an ein Postfach eines Wohnsitzlosen für wirksam zu erachten. Diese Entscheidung beruht jedoch ersichtlich auf der Erwägung, dass es kaum mit dem Grundrecht auf rechtliches Gehör zu vereinbaren ist, Zustellungen an einen Wohnsitzlosen an vom Gericht bestellte Zustellungsvertreter oder durch öffentliche Zustellung vorzunehmen, wenn dem Gericht bekannt ist, dass der Wohnsitzlose für an ihn gerichtete Post ein Postfach eingerichtet hat. Hiermit ist der vorliegende Sachverhalt nicht vergleichbar. Es kann nicht angenommen werden, dass der Bundesgerichtshof mit dieser Entscheidung das Erfordernis des Bestehens von Geschäftsräumen am Ort des Briefkastens aufgeben wollte; die Entscheidung ist auch von anderen Oberlandesgerichten in späteren Entscheidungen nicht so verstanden worden (vgl. OLG Frankfurt, Urt. v. 30.12.2013, 21 U 23/11; OLG Düsseldorf, Urt. v. 21.11.2014, 7 U 115/13).
- 1.3 Im Ergebnis konnte der Umstand, dass der Zusteller das Versäumnisurteil in einen mit der Firma der Beklagten beschrifteten Briefkasten eingelegt hat, hier nicht die Zustellung bewirken.
2. Zwar ist es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dem Zustellungsempfänger gemäß § 242 BGB verwehrt, eine fehlerhafte Ersatzzustellung geltend zu machen, wenn er einen Irrtum über das Vorhandensein von Geschäftsräumen bewusst und zielgerichtet herbeigeführt hat (vgl. BVerfG, Beschl. v. 15.10.2009, 1 BvR 2333/09, Rn. 17; BGH, Urt. v. 16.06.2011, III ZR 342/09, Rn. 15). In dem hier anhängigen Rechtsstreit war der Klägerin jedoch das Fehlen der Geschäftsräume zum Zeitpunkt der Zustellung bekannt, so dass die

Beklagte sich ihr gegenüber auf die Unwirksamkeit der Zustellung berufen kann. Es kommt nicht darauf an, ob die oben genannte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes auch dann Anwendung findet, wenn - wie hier - die Zustellung (außerdem) auch deshalb unwirksam ist, weil der Zusteller vor dem Einlegen des Schriftstücks in den Briefkasten nicht versucht hat, eine Zustellung nach § 178 Abs. 1 Nr. 1 und 2. ZPO zu bewirken. Im einzelnen:

- 2.1. Die Beklagte hat durch die von ihr veranlasste Eintragung der Adresse C. Straße ... in F. als ihren Geschäftssitz nach § 10 Abs. 1 GmbHG die Publizitätswirkung nach § 15 Abs. 3 HGB herbeigeführt, dass sie Geschäftsräume an der angegebenen Adresse unterhalte; auch ist sie im Geschäftsverkehr dergestalt aufgetreten, dass sie ihren Geschäftspartnern und Behörden Veranlassung gegeben hat, die Geschäftspost an diese Adresse zu versenden. Dies entsprach unstreitig auch dem Willen der Beklagten: Sie hielt es einerseits für ihren Geschäftsbetrieb nicht für erforderlich, Geschäftsräume im Inland zu unterhalten, und hat - aus nicht ersichtlichen Gründen - davon abgesehen, einen Zustellungsbevollmächtigten nach § 10 Abs. 2 S. 2 GmbHG in das Handelsregister eintragen zu lassen. Andererseits sollte es möglich sein, dass Post unter der Sitzadresse an sie versandt werden kann, indem sie den Zeugen J. mit der - mehr oder weniger regelmäßigen - Leerung des Briefkastens und Weiterleitung der Post an sie selbst oder an die von ihr beauftragten Hausverwalter und Steuerberater beauftragte. Auch hierdurch hat sie den zurechenbaren Rechtsschein gesetzt, sie unterhalte an der Adresse auch Geschäftsräume.

Der Beklagte ist es deshalb grundsätzlich gegenüber jedem, der keine positive Kenntnis davon hatte, dass die Beklagte tatsächlich keine Geschäftsräume an der angegebenen Adresse unterhalten hat, verwehrt, sich auf den Umstand zu berufen, dass keine wirksame Ersatzzustellung in einen Briefkasten an der angegebenen Adresse erfolgt ist, den sie selbst mit ihrer Firmierung beschriftet hat.

- 2.2. Allerdings gilt die Publizitätswirkung des § 15 Abs. 3 HGB gegenüber solchen Personen nicht, die positive Kenntnis von der Unrichtigkeit der eingetragenen Tatsache haben (vgl. hierzu Ries in Röhricht/Graf von Westphalen/Haas, HGB, 4. Aufl., Rn. 40 zu § 15). Der Senat ist unter Würdigung des gesamten Akteninhalts der Überzeugung, dass die Klägerin positive Kenntnis davon hatte, dass die Beklagte keine Geschäftsräume im Gebäude C. Straße ... in F. unterhalten hat:
 - 2.2.1 Zum einen hat die Klägerin nach eigenen Angaben eine Komplettsanierung des Gebäudes vorgenommen. Sie musste daher Kenntnis haben, dass zum damaligen Zeitpunkt (nach ihrem Vortrag: bis Ende 2013) in dem Gebäude keine Geschäftsräume der Beklagten vorhanden waren. Der Klägervertreter und der Geschäftsführer der Klägerin haben in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat auf Vorhalt auch nicht in Abrede gestellt, dass ihnen positiv bekannt war, dass zum damaligen Zeitpunkt die Beklagte keine Geschäftsräume in dem Gebäude unterhalten hat und mithin damals der Eintrag im Handelsregister unzutreffend war.
 - 2.2.2 Zwar hat die Klägerin im Schriftsatz vom 11.02.2016 vorgetragen, dass ihr Geschäftsführer davon ausgegangen sei, dass die Beklagte bis zum Zeitpunkt der Klageerhebung Geschäftsräume in dem Objekt einrichtet habe und jedenfalls keine

positive Kenntnis davon gehabt habe, dass dies bis zum Tag der Zustellung nicht erfolgt ist. Zur Überzeugung des Senats belegt jedoch der Inhalt der Klageschrift, dass der Klägerin bei Abfassung der Klageschrift bewusst war, dass an der angegebenen Anschrift von der Beklagten keine Geschäftsräume unterhalten werden, und dass sich an diesem Kenntnisstand bis zum 13.05.2015 nichts geändert hat.

- 2.2.2.1 Die Klägerin hat bereits einleitend in der Klageschrift darauf abgestellt, dass es sich bei der von ihr angegebenen Anschrift (nur) um die im Handelsregister eingetragene Anschrift handele. Bereits eine derartige Angabe ist ungewöhnlich und nur damit zu erklären, dass der Klägerin bewusst war, dass die Angaben im Handelsregister von der tatsächlichen Sachlage abweichen.
- 2.2.2.2 Die Klägerin hat in der Klageschrift betont, dass Gesellschafter und Geschäftsführer der Beklagten keinen dauernden Aufenthalt in Deutschland haben und in Israel wohnhaft sind. Sie hat ferner vorgetragen, dass die von ihr an die Adresse in Freiberg versandte Schlussrechnung mit dem Vermerk zurückgekommen sei, dass sich an der angegebenen Anschrift keine Briefkästen und kein Firmenschild der Beklagten befänden. Auch diese Umstände zeigen auf, dass die Klägerin Kenntnis davon hatte, dass sich keine Geschäftsräume an der im Handelsregister eingetragenen Adresse befinden.
- 2.2.2.3 Konkrete Umstände, aufgrund derer es für die Klägerin auch nur im Ansatz nachvollziehbar Anlass gegeben hätte, anzunehmen, dass mittlerweile die Beklagte Geschäftsräume - etwa nach Fertigstellung der Sanierung und etwa nach Scheitern der Übersendung der Schlussrechnung - eingerichtet haben könnte, hat die Klägerin nicht aufzeigen können. Soweit die Klägerin darauf abgestellt hat, sie habe annehmen müssen, dass die Beklagte inzwischen einen Geschäftsräum eingerichtet habe, weil dies Voraussetzung für die Tätigkeit eines Unternehmens in Deutschland sei, steht dem entgegen, dass die Klägerin selbst gleichfalls Geschäftstätigkeit in Deutschland entfaltet hat und gleichfalls in Deutschland nicht über Geschäftsräume verfügt.
- 2.3. Es kommt daher nicht darauf an, ob die Rechtsprechung dazu, dass es dem Zustellungsempfänger verwehrt ist, sich auf fehlende Geschäftsräume zu berufen, wenn er einen Irrtum über das Vorhandensein von Geschäftsräumen veranlasst, auch dann gilt, wenn die Zustellung auch deshalb unwirksam ist, weil der Zusteller gar nicht versucht hat, vor Einlegung in den Briefkasten das Schriftstück persönlich an den Zustellungsempfänger oder Büromitarbeiter zu übergeben.
3. Die Klägerin kann auch nicht den Nachweis dafür erbringen, dass die fehlerhafte Zustellung des Versäumnisurteils nach § 189 ZPO vor dem 28.05.2015 geheilt worden ist. Ob eine spätere Heilung erfolgt ist, kann dahinstehen, weil dann jedenfalls die Einspruchsfrist gewahrt wurde:
- 3.1 Eine Heilung nach § 189 ZPO wäre dann eingetreten, wenn der Geschäftsführer der Beklagten das Versäumnisurteil erhalten hätte oder wenn der Zeuge J. dieses aus dem Briefkasten entnommen hat und der Zeuge J. zudem von der Beklagten mit einer Postempfangsvollmacht im Sinne des § 171 ZPO ausgestattet gewesen wäre.

- 3.2 Das Landgericht hat die Aussage des Zeugen J. jedenfalls dahingehend für glaubhaft erachtet, dass dieser das Versäumnisurteil im Briefkasten nicht vorgefunden hat. Auch wenn der Senat Verständnis für die Zweifel der Klägerin daran hat, dass von Aufbrüchen der Briefkastenanlage ausgerechnet zwei gerichtliche Zustellungen betroffen gewesen sein sollen, so ist die Klägerin beweispflichtig für die Voraussetzungen der Heilung nach § 189 ZPO. Obwohl durch die Aussage des Zeugen Sch. bewiesen ist, dass das Versäumnisurteil von diesem in den Briefkasten eingelegt worden ist, kann die Klägerin vor dem Hintergrund der Aussage des Zeugen Schwimmer, die das Landgericht für glaubhaft erachtet hat, und der von diesem vorgelegten Rechnung eines Schlüsseldienstes vom 20.05.2015, welche unter der Objektbezeichnung „C. Straße ... F. (Briefkastenanlage)“ die Arbeitsleistung „Schloß inst. gesetzt und Tür gerichtet“ in Rechnung stellt, bereits nicht den Nachweis dafür erbringen, dass der Zeuge J. den Besitz an dem Versäumnisurteil erlangt hat. Das Landgericht hat in unmittelbarer Würdigung der Zeugenaussage den Schluss gezogen, dass der Briefkasten - aus welchen Gründen auch immer - defekt und die Schriftstücke zum Zeitpunkt der Öffnung des Briefkastens durch den Zeugen J. nicht mehr in diesem vorhanden waren.
- 3.3 Es kommt daher nicht darauf an, dass es auch an hinreichendem Vortrag und Nachweisen dazu fehlt, dass der Zeuge J. über eine Empfangsvollmacht im Sinne des § 171 ZPO verfügt hat und nicht lediglich - botenmäßig - als „Postverteilstelle“ fungiert hat, wie er es in seiner Vernehmung geschildert hat. Dazu, dass einer der Geschäftsführer der Beklagten zu einem Zeitpunkt vor dem 28.05.2015 persönlich Besitz von einer Ausfertigung oder Abschrift des Versäumnisurteils erlangt hat, ist nichts ersichtlich.

III.

Für das weitere Verfahren und die vom Landgericht ausschließlich an der Frage der inhaltlichen Richtigkeit zu orientierende (Zöller/Heßler, ZPO, 31. Aufl., § 343 Rn. 2, m.w.N.) Entscheidung nach § 343 ZPO über die Aufrechterhaltung oder Aufhebung des Versäumnisurteils weist der Senat darauf hin, dass der Beklagten Gelegenheit zu geben ist, substantiiert auf den Schriftsatz der Klägerin vom 11.02.2016, welcher neuen und umfangreichen Sachvortrag zu den vertraglichen Beziehungen zwischen den Parteien enthält, zu erwidern. Dabei ist zu beachten, dass sich der Inhalt des Schreibens der ...Bank... vom 05.06.2013 an die Beklagte, in dem die das Bauvorhaben gegenüber der Beklagten finanzierte Bank bei der Beklagten nachfragt, wann genau die Klägerin in einen bestehenden Bauvertrag mit der xxx Haustechnik eingetreten ist, mit den bisherigen Sachverhaltsdarstellungen der Beklagten nicht in Einklang zu bringen ist. Allerdings bestehen auch erhebliche Widersprüche zwischen der Darstellung zu Zeitpunkt, Umständen und Inhalt des Vertragsschlusses in der Klageschrift und in dem Schriftsatz der Klägerin vom 11.02.2016; auch die Höhe des behaupteten Pauschalpreises weicht im Schriftsatz der Klägerin vom 24.02.2016 von den Angaben in der Klageschrift ab.

IV.

Der Senat weist die Sache gemäß § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO an das Landgericht zurück. Nachdem beide Parteien (hilfsweise) die Zurückverweisung an das Landgericht beantragt haben, überwiegt trotz der durch die Zurückweisung entstehenden Mehrkosten und auch unter Berücksichtigung prozessökonomischer Gesichtspunkte das Interesse der Parteien daran, keine Tatsacheninstanz zu verlieren.

Die Entscheidung über die Kosten bleibt dem Schlussurteil vorbehalten. Der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10 ZPO (vgl. hierzu Zöller/Heßler, a.a.O., § 538 Rn. 59).

Anlass, die Revision zuzulassen, besteht nicht.

Hantke
Vorsitzende Richterin am
Oberlandesgericht

Dr. Umbach
Richter am
Oberlandesgericht

Dieker
Richter am
Oberlandesgericht