



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

V ZR 117/23

vom

22. Februar 2024

in dem Rechtsstreit

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 22. Februar 2024 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Brückner, den Richter Dr. Göbel, die Richterinnen Laube und Dr. Grau und den Richter Dr. Schmidt

beschlossen:

Auf die Nichtzulassungsbeschwerde des Beklagten wird der Beschluss des Landgerichts Nürnberg-Fürth - 14. Zivilkammer - vom 28. März 2023 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Gründe:

I.

- 1 Die Klägerin, eine Gemeinschaft der Wohnungseigentümer (GdWE), macht gegen den Beklagten im Zusammenhang mit Sonderumlagen und Jahresabrechnungen Zahlungsansprüche in Höhe von insgesamt 59.331,56 € geltend. Sie hat unter anderem unter Vorlage einer negativen Einwohnermeldeauskunft die öffentliche Zustellung der Klage beantragt, die vom 21. Oktober bis zum 1. Dezember 2021 durch Aushang der Benachrichtigung an der Gerichtstafel des Amtsgerichts erfolgt ist. Mit ebenfalls öffentlich zugestelltem Versäumnisurteil vom 8. Dezember 2021 (Aushang vom 14. Dezember 2021 bis zum 21. Januar 2022) hat das Amtsgericht den Beklagten antragsgemäß zur Zahlung verurteilt.

Den am 10. März 2022 eingegangenen Einspruch des Beklagten gegen das Versäumnisurteil hat das Amtsgericht als unzulässig verworfen. Die dagegen gerichtete Berufung des Beklagten hat das Landgericht durch Beschluss zurückgewiesen. Gegen die damit verbundene Nichtzulassung der Revision wendet sich der Beklagte mit der Nichtzulassungsbeschwerde.

## II.

2 Das Berufungsgericht ist der Ansicht, dass das Versäumnisurteil wirksam öffentlich zugestellt worden ist. Aus ex-ante-Sicht des Amtsgerichts habe die Klägerin neben der Vorlage der negativen Einwohnermeldeauskunft alles ihr Zumutbare hinsichtlich der Ermittlung des Aufenthalts des Beklagten unternommen.

## III.

3 Die Nichtzulassungsbeschwerde hat Erfolg.

4 1. Das folgt allerdings nicht schon daraus, dass der angegriffene Beschluss die tatsächlichen Grundlagen, die der Zurückweisung der Berufung zugrunde liegen, kaum erkennen lässt (vgl. dazu Senat, Beschluss vom 11. Februar 2016 - V ZR 164/15, BeckRS 2016, 05647 Rn. 11 mwN).

5 a) Grundlage der Prüfung des Revisionsgerichts ist grundsätzlich nur der Tatsachenstoff, der sich aus dem Berufungsurteil einschließlich der in ihm enthaltenen wirksamen Bezugnahmen sowie aus dem Sitzungsprotokoll erschließt (§ 559 ZPO). Deshalb müssen die tatsächlichen Grundlagen, von denen das Berufungsgericht ausgegangen ist, aus dem Berufungsurteil ersichtlich sein, um

dem Revisionsgericht die Überprüfung zu ermöglichen. Außerdem muss die Entscheidung des Berufungsgerichts die Berufungsanträge wiedergeben (vgl. Senat, Urteil vom 29. Januar 2021 - V ZR 158/20, Grundeigentum 2021, 644 Rn. 5 f.). Das gilt auch dann, wenn es sich um einen die Berufung zurückweisenden Beschluss handelt. Zwar sieht § 522 Abs. 2 Satz 4 ZPO ausdrücklich nur vor, dass ein anfechtbarer Zurückweisungsbeschluss eine Bezugnahme auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil mit Darstellung etwaiger Änderungen und Ergänzungen zu enthalten hat. Daneben muss ein solcher Beschluss aber zumindest sinngemäß erkennen lassen, was der Berufungskläger mit seinem Rechtsmittel erstrebt hat (vgl. BGH, Urteil vom 21. September 2016 - VIII ZR 188/15, NJW 2016, 3787 Rn. 6; Senat, Urteil vom 9. Dezember 2016 - V ZR 231/15, NJW-RR 2017, 653 Rn. 4).

6            b) Immerhin enthält der in dem Zurückweisungsbeschluss zulässigerweise in Bezug genommene Hinweisbeschluss aber eingangs die Bemerkung, dass von dem Sachverhalt auszugehen sei, der dem amtsgerichtlichen Urteil zugrunde liege. Zusammengenommen mit der weiteren Bemerkung, dass das Amtsgericht den Einspruch des Beklagten gegen das Versäumnisurteil zu Recht verworfen habe, sich das Berufungsgericht den Ausführungen des Amtsgerichts zur Wirksamkeit der öffentlichen Zustellung anschließe und zu dem Vorbringen in der Berufungsbegründung ergänzend anzumerken sei, dass die Klagepartei aus ex-ante-Sicht alles ihr Zumutbare zur Ermittlung des Aufenthalts des Beklagten unternommen habe, lässt sich schließlich auch das Rechtsschutzziel des die Aufhebung des Versäumnisurteils begehrenden Beklagten ermitteln.

7            2. Der angefochtene Beschluss ist aber gemäß § 544 Abs. 9 ZPO aufzuheben, weil das Berufungsgericht den Anspruch des Beklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs in entscheidungserheblicher Weise verletzt hat.

8 a) Liegen die Voraussetzungen für die öffentliche Zustellung nicht vor, so wird der Beklagte durch die gleichwohl erfolgte öffentliche Zustellung der Klageschrift, das hierauf ergangene Versäumnisurteil und die wiederum öffentliche Zustellung des Versäumnisurteils in seinem Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs verletzt. Entsprechendes gilt für das Urteil des Gerichts des ersten Rechtszuges, mit dem der Einspruch des Beklagten gegen ein solches Versäumnisurteil verworfen wird, und für ein Urteil beziehungsweise einen Beschluss des Berufungsgerichts, mit dem die Berufung des Beklagten gegen das den Einspruch verwerfende Urteil des Gerichts des ersten Rechtszuges zurückgewiesen wird. Denn durch derartige Entscheidungen wird die Verletzung des Anspruchs des Beklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs fortgesetzt (vgl. BGH, Urteil vom 19. Dezember 2001 - VIII ZR 282/00, BGHZ 149, 311, 314; Urteil vom 6. Dezember 2012 - VII ZR 74/12, NJW-RR 2013, 307 Rn. 15). So ist es hier.

9 aa) Nach § 185 Nr. 1 ZPO kann die Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung (öffentliche Zustellung) erfolgen, wenn der Aufenthaltsort einer Person unbekannt und eine Zustellung an einen Vertreter oder Zustellungsbevollmächtigten nicht möglich ist. Unbekannt ist der Aufenthalt einer Person nur dann, wenn nicht nur das Gericht, sondern auch die Allgemeinheit den Aufenthalt des Zustellungsadressaten nicht kennt (vgl. BGH, Urteil vom 19. Dezember 2001 - VIII ZR 282/00, BGHZ 149, 311, 314; Urteil vom 4. Juli 2012 - XII ZR 94/10, FamRZ 2012, 1376 Rn. 16). Wegen der besonderen Bedeutung der Zustellung für die Gewährung rechtlichen Gehörs sind an die Feststellung, dass die Voraussetzungen der öffentlichen Zustellung vorliegen, im Erkenntnisverfahren hohe Anforderungen zu stellen. Dabei ist es zunächst Sache der Partei, die durch die Zustellung begünstigt wird, alle geeigneten und ihr zumutbaren Nachforschungen anzustellen, um den Aufenthalt des Zustellungsempfängers zu ermitteln und ihre ergebnislosen

Bemühungen gegenüber dem Gericht darzulegen. Allein die ergebnislose Anfrage beim Einwohnermeldeamt genügt hierfür in der Regel nicht (BGH, Urteil vom 4. Juli 2012 - XII ZR 94/10, aaO Rn. 16 f.).

- 10           bb) Daran gemessen durften das Amtsgericht und ihm folgend das Berufungsgericht aufgrund der Darlegungen der Klägerin nicht davon ausgehen, dass diese alle geeigneten und ihr zumutbaren Nachforschungen angestellt hatte, um den Aufenthalt des Beklagten zu ermitteln und eine öffentliche Zustellung zu vermeiden. Insbesondere lässt sich aus dem einmaligen Fehlschlag einer Zustellung (hier: des Protokolls einer Eigentümerversammlung der Klägerin im August 2021), für die es erfahrungsgemäß verschiedene Gründe geben kann, nicht schlussfolgern, dass der Beklagte unbekanntes Aufenthalts war (vgl. BFHE 201, 425, 431). Das gilt umso mehr, als der frühere Rechtsanwalt des Beklagten anschließend dessen Meldeadresse in Tschechien bestätigt und (nur) auf berufsbedingte Auslandsaufenthalte verwiesen hatte. Der - im Zusammenhang mit dem Protokoll der Eigentümerversammlung erfolgten - weiteren Auskunft dieses Rechtsanwalts, man werde alsbald eine Zustellungsanschrift mitteilen, durfte die Klägerin ebenfalls nicht mit Sicherheit entnehmen, dass die zugleich bestätigte Meldeadresse in Tschechien gleichwohl nicht mehr gelten sollte. Jedenfalls aber wäre es der Klägerin, worauf die Beschwerde zutreffend verweist, möglich und zumutbar gewesen, den Beklagten unmittelbar über die ihr bekannte E-Mail-Adresse zu kontaktieren und ihn mit Blick auf die beabsichtigte Klageerhebung im Oktober 2021 aufzufordern, eine - gegebenenfalls von der Meldeadresse in Tschechien abweichende - Zustelladresse anzugeben oder einen Zustellungsbevollmächtigten im Inland zu benennen (s.a. OLG Frankfurt am Main, NJW 2009, 2543 Rn. 14; OLG Köln, Urteil vom 16. Februar 2011 - 11 U 183/10, juris Rn. 10; OLG Karlsruhe, NJW-RR 2013, 1471 Rn. 13; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 8. Dezember 2017 - 4 W 64/17, juris Rn. 10; OLG München, Urteil vom

6. Juli 2022 - 7 U 3126/20, juris Rn. 45). Die Information des früheren Rechtsanwalts über die beantragte öffentliche Zustellung genügte demgegenüber nicht, weil er zu diesem Zeitpunkt noch nicht (erneut) mandatiert und auch nicht generalbevollmächtigt war.

11                    b) Die Verletzung des Anspruchs des Beklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs ist entscheidungserheblich.

12                    aa) Eine unter Verstoß gegen § 185 ZPO angeordnete öffentliche Zustellung löst die Zustellungsfiktion des § 188 ZPO nicht aus und setzt damit keine Frist in Lauf. Das gilt jedenfalls dann, wenn die öffentliche Zustellung bei sorgfältiger Prüfung der Unterlagen nicht hätte angeordnet werden dürfen, deren Fehlerhaftigkeit für das Gericht also erkennbar war. In einem solchen Fall kommt das Verfahren nicht zum Abschluss. Es ist bei Entdeckung des Fehlers fortzusetzen, ohne dass es dazu einer Wiedereinsetzung bedarf (vgl. Senat, Urteil vom 6. Oktober 2006 - V ZR 282/05, NJW 2007, 303 Rn. 12; BGH, Urteil vom 6. Dezember 2012 - VII ZR 74/12, NJW-RR 2013, 307 Rn. 21; jeweils mwN).

13                    bb) So liegt es hier. Dem Amtsgericht war bekannt, dass die Klägerin über den gescheiterten Zustellversuch des Protokolls einer Eigentümerversammlung unter der von dem früheren und später erneut mandatierten Prozessbevollmächtigten des Beklagten angegebenen Meldeadresse und eine Anfrage beim Einwohnermeldeamt hinaus nichts weiter unternommen hatte. Auch stand fest, dass die Klägerin die E-Mail-Adresse des Beklagten kannte, ihn hierüber aber nicht wegen der beabsichtigten Klage und einer Zustellanschrift kontaktiert, sondern lediglich den zu diesem Zeitpunkt noch nicht erneut mandatierten Prozessbevollmächtigten über die Einreichung der Klage und die beantragte öffentliche Zustel-

lung informiert hatte. Für das Beschwerdeverfahren ist schließlich von dem Vorbringen des Beklagten in der Beschwerdebegründung auszugehen, wonach er auf eine entsprechende an ihn gerichtete E-Mail hin jedenfalls seinen späteren Prozessbevollmächtigten mandatiert und als Zustellungsvertreter benannt hätte. Darauf, dass er außerdem im Berufungsverfahren unter Beweisantritt vorgetragen hat, unter der Adresse in Tschechien für Zustellungen erreichbar gewesen zu sein, kommt es damit nicht einmal an.

14 cc) Es ist auch nicht auszuschließen, dass das Versäumnisurteil bei Fortsetzung des Verfahrens ganz oder teilweise nicht aufrechterhalten werden kann.

15 (1) Zwar trifft es, wie das Berufungsgericht anmerkt, zu, dass es dem Zustellungsempfänger im Einzelfall nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt sein kann, sich auf die Unwirksamkeit der öffentlichen Zustellung zu berufen, etwa dann, wenn zielgerichtet versucht wird, eine Zustellung, mit der sicher gerechnet werden musste, zu verhindern (vgl. BGH, Urteil vom 6. Dezember 2012 - VII ZR 74/12, NJW-RR 2013, 307 Rn. 20). Hierzu fehlt es aber an Feststellungen. Im Hinweisbeschluss, auf den der Zurückweisungsbeschluss Bezug nimmt, ist unter Verweis auf die Information des zu diesem Zeitpunkt noch nicht erneut mandatierten Rechtsanwalts lediglich die Rede von deutlichen Anhaltspunkten für einen zielgerichteten Versuch, die Zustellung der Klage und des Versäumnisurteils zu verhindern; weiter ausgeführt und begründet wird dies - auch in den in Bezug genommenen Feststellungen des Amtsgerichts - jedoch nicht. Festgestellt hat das Amtsgericht dagegen, dass der Beklagte im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit der öffentlichen Zustellung der gegen ihn gerichteten Klage seinerseits vor dem Amtsgericht Klage gegen die hiesige Klägerin erhoben und hierbei eine (ladungsfähige) Anschrift angegeben hat; das wird das Berufungsgericht in seine Würdigung einzubeziehen haben.

16 (2) Da das Berufungsgericht - nach seiner rechtlichen Auffassung folgerichtig - keine weiteren Feststellungen in der Sache getroffen hat, ist offen, ob die Rechtsverteidigung des Beklagten gegen die Zahlungsforderungen der Klägerin im Übrigen Erfolg hat.

Brückner

Göbel

Laube

Grau

Schmidt

Vorinstanzen:

AG Tirschenreuth, Entscheidung vom 29.09.2022 - 1 C 329/21 WEG -

LG Nürnberg-Fürth, Entscheidung vom 28.03.2023 - 14 S 6062/22 WEG -