

**Titel:**

**Neuer Vortrag in der Berufungsinstanz bei Zustellungsfragen**

**Normenkette:**

ZPO § 139, § 531

**Leitsatz:**

**Eine Partei kann nicht erstmals in der Berufungsinstanz neuen Vortrag zur behaupteten fehlerhaften Zustellung eines Versäumnisurteils halten. (Rn. 16 – 19) (redaktioneller Leitsatz)**

**Schlagworte:**

Zustellung, neuer Vortrag, Berufung

**Vorinstanz:**

LG München I, Endurteil vom 24.10.2022 – 34 O 16305/21

**Rechtsmittelinstanz:**

BGH, Beschluss vom 21.02.2024 – XII ZR 65/23

**Tenor**

1. Die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts München I vom 24.10.2022, Aktenzeichen 34 O 16305/21, wird zurückgewiesen.
2. Der Beklagte hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.
3. Das in Ziffer 1 genannte Urteil des Landgerichts München I und der vorliegende Beschluss sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Der Beklagte kann die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 Prozent des vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die Kläger vor der Zwangsvollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 Prozent des jeweils zu vollstreckenden Betrags leisten.
4. Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 60.000,00 € festgesetzt.

**Gründe**

I.

1

Die Berufung des Beklagten richtet sich gegen ein Endurteil des Landgerichts München I vom 29.08.2022, mit dem der Einspruch des Beklagten gegen das Versäumnisurteil vom 02.05.2022 als unzulässig verworfen wurde.

2

1. Mit der im Urkundenprozess erhobenen Klage machen die Kläger auch als Erben Ansprüche aus einer zwischen dem verstorbenen Erblasser und dem Beklagten geschlossenen Vereinbarung über die Überlassung einer Gaststätte geltend. Der Erblasser hatte aufgrund der Vereinbarung eine Anzahlung in Höhe von 50.000,- € an den Beklagten bezahlt, die Kläger haben nach dem Versterben des Erblassers selbst weitere 10.000,- € an den Beklagten bezahlt. Die Kläger erheben Anspruch auf Rückzahlung der 60.000,- €, da der Beklagte seine Verpflichtung aus der Vereinbarung, eine Umschreibung des Mietvertrages über die Gaststättenräume auf den Erblasser bzw. die Kläger zu erwirken, nicht erfüllt habe.

3

2. Das Landgericht hat die Klage mit Verfügung vom 21.02.2022 dem Beklagten zugestellt, ihn gleichzeitig zur Verteidigungsanzeige und zur Klageerwiderung aufgefordert und Termin zur Güteverhandlung und anschließenden frühen ersten Termin für den 02.05.2022 bestimmt. Die Zustellung erfolgte ausweislich der Postzustellungsurkunde am 26.02.2022 durch Einlegung in den zur Wohnung gehörenden Briefkasten unter der Adressierung „Herrn V. Nxx, ...Straße x, ... ..“. Der Beklagte ist unter dieser Anschrift wohnhaft, in

seinem Personalausweis sind als Nachname „N...“ und als Vornamen „Vxx Bxx“ angegeben. Es erfolgte keine Verteidigungsanzeige und im Termin vom 02.05.2022 erschien der Beklagte unentschuldig nicht, woraufhin das Landgericht auf Antrag der Kläger ein Versäumnisurteil gegen den Beklagten erließ.

**4**

2. Das Versäumnisurteil wurde nachweislich der Postzustellungsurkunde wiederum unter der Adressierung „Herrn V. Nxx, ...Straße x, ... ..“ am 14.05.2022 durch Einlegung in den zur Wohnung gehörenden Briefkasten an den Beklagten zugestellt.

**5**

3. Gegen das Versäumnisurteil hat der Beklagte mit anwaltlichem Schriftsatz vom 01.06.2022 Einspruch eingelegt. Er hat vorgetragen, das Zustellkuvert erst am 29.05.2022 in seinem Briefkasten gefunden zu haben. Dieses könne frühestens am 28.05.2022 eingelegt worden sein, da der Briefkasten zuvor regelmäßig geleert worden sei. In dem Haus des Beklagten gebe es drei Parteien mit dem Nachnamen „N...“. Auf seinem Briefkasten befinde sich die schlecht leserliche Aufschrift „Pxx/Bxx Nxx/Txx/Hxx“. Der direkt daneben liegende Briefkasten trage die Aufschrift „Nxx/Kxx“ und ein weiterer Briefkasten die Aufschrift „Txx/Nxx“. Bei der Adressierung habe sein Vorname Bxx gefehlt. Vermutlich sei das Zustellkuvert zunächst in einen anderen Briefkasten mit dem Namen Nxx gesteckt worden und erst am 28./29.05.2022 bei ihm eingelegt worden. Auch die Klageschrift sei ihm nicht zugestellt worden, er habe erstmals am 29.05.2022 Kenntnis von dem Verfahren erlangt. Zur Glaubhaftmachung hat er eidesstattliche Versicherungen von seiner Lebensgefährtin und ihm sowie Lichtbilder der Briefkastensituation vorgelegt. Sodann hat er sich auch inhaltlich gegen die Klage verteidigt.

**6**

4. Die Kläger haben vorgetragen, der Einspruch gegen das Versäumnisurteil sei verfristet, da der Nachweis der Zustellung über die Postzustellungsurkunde ausreichend geführt sei. Der Gegenbeweis bedürfe der vollständigen Entkräftung der Beweiskraft der Urkunde, der mit den Ausführungen in der Einspruchsschrift nicht erbracht sei. Erforderlich wäre die substantiierte Darlegung eines anderen als des beurkundeten Geschehens.

**7**

5. Für den weiteren Vortrag der Parteien wird auf die Feststellungen im Urteil Bezug genommen.

**8**

6. Das Landgericht hat nach mündlicher Verhandlung über den Einspruch diesen unter Zugrundelegung einer Zustellung am 14.05.2022 als verspätet angesehen und durch Endurteil vom 24.10.2022 als unzulässig verworfen. Der Beklagte habe auch bei der vorgetragenen Zustellung am 29.05.2022 noch – fristgemäß – am 30.05.2022 Einspruch einlegen können und nicht vorgetragen, weshalb dies unterblieben sei. Zudem wäre für den Fall, dass das Versäumnisurteil tatsächlich in einen falschen Briefkasten eingelegt worden sei, dies aufgrund der unzureichenden Beschriftung des Briefkastens vom Beklagten zumindest fahrlässig mit verursacht worden.

**9**

7. Hiergegen richtet sich die Berufung der Beklagten, mit der er weiter eine Zustellung am 14.05.2022 bestreitet. Er rügt, das Erstgericht habe sich nicht ausreichend mit der unzureichenden Bezeichnung des Beklagten bei der Zustellung unter Weglassung des Vornamens „Bxx“ auseinandergesetzt. Zudem habe es die Frage der Beweiskraft der Postzustellungsurkunde und deren Entkräftung nicht geprüft. Tatsächlich könne die Postzustellungsurkunde aufgrund der unvollständigen Bezeichnung des Beklagten und des Umstandes, dass am Wohnhaus des Beklagten kein einziger Briefkasten den in der Urkunde verwendeten Namen „Vxx Nxx“ enthalte, gleichzeitig aber drei Briefkästen mit dem Nachnamen „Nxx“ versehen seien, eine Zustellung am 14.05.2022 nicht beweisen.

**10**

Der Beklagte beantragt im Berufungsverfahren:

I. Das Urteil des Landgerichts München I vom 24.10.2022, zugestellt am 24.10.2022, Az.: 34 O 16305/21, wird aufgehoben.

II. Die Klage wird abgewiesen.

Hilfsweise: Das Verfahren wird ans Landgericht München I zurückverwiesen.

11

8. Die Kläger beantragen weiterhin

die Zurückweisung der Berufung.

12

9. Der Senat hat mit Beschluss vom 14.02.2023 einen Hinweis nach § 522 Abs. 2 Satz 2 ZPO erteilt, auf den der Beklagte mit Schriftsatz vom 20.03.2023 erwidert hat. Er trägt nun unter Beweisangeboten ergänzend vor, der Nachbar, dessen Briefkasten mit „Nxx/Kxx“ beschriftet ist, heiße mit Vornamen „Vxx Vxx“. Dessen Mitbewohnerin Txx Txx Kxx habe Mitte Mai 2022 einen an Vxx Nxx adressierten Brief mit gelbem Umschlag vorgefunden und habe Herrn V. Vxx Nxx aufgefordert, diesen in Empfang zu nehmen. Dies habe er Ende Mai getan, dabei festgestellt dass der Brief nicht für ihn bestimmt sei und ihn auf einen auf dem Briefkasten befindlichen Stapel mit Zeitungen und Werbeprospekten gelegt. Dort habe ihn ein anderer Mitbewohner gefunden und in den Briefkasten des Beklagten eingeworfen. Dieser Vortrag sei nicht verspätet, da erstmalig durch den Senatsbeschluss vom 14.02.2023 darauf hingewiesen worden sei, dass die Befragung der Mitbewohner ein wesentlicher Gesichtspunkt sei.

II.

13

Die Berufung gegen das Urteil des Landgerichts München I vom 24.10.2022, Aktenzeichen 34 O 16305/21, ist gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen, weil nach einstimmiger Auffassung des Senats das Rechtsmittel offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat, der Rechtssache auch keine grundsätzliche Bedeutung zukommt, weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts erfordert und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung über die Berufung nicht geboten ist.

14

Zur Begründung wird auf den vorausgegangenen Hinweis des Senats Bezug genommen.

15

Auch die Ausführungen in der Gegenerklärung geben zu einer Änderung keinen Anlass.

16

Zwar wurden nun Umstände vorgetragen, die zur Entkräftung der Beweiskraft der Postzustellungsurkunde genügen könnten, da nicht lediglich die Möglichkeit eines anderen Ablaufs, sondern ein konkretes Geschehen dargelegt wird, das im Widerspruch zu den in der Postzustellungsurkunde dokumentierten Umständen steht. Insoweit handelt es sich aber um neuen Vortrag, der gem. §§ 529, 531 ZPO nicht berücksichtigt werden kann, insbesondere liegt kein Zulassungsgrund nach § 531 Abs. 2 ZPO vor.

17

1. Entgegen der Auffassung der Berufung handelt es sich bei dem Vortrag zu den Feststellungen und Handlungen der Mitbewohner um neuen Vortrag im Sinne des § 531 ZPO. Zwar ist es zutreffend, dass ein in zweiter Instanz konkretisiertes Vorbringen dann nicht neu ist, wenn ein bereits schlüssiges Vorbringen aus erster Instanz durch weitere Tatsachenbehauptungen zusätzlich konkretisiert, verdeutlicht oder erläutert wird (BGH, Beschluss vom 6.5.2015 – VII ZR 53/13). Hier lag aber erstinstanzlich gerade noch kein schlüssiger Vortrag vor, da das dortige Vorbringen, wonach der Beklagte das Versäumnisurteil erst am 29.05.2022 erhalten hat und aufgrund der Briefkastensituation eine Einlegung in einen falschen Briefkasten vermutet hat, gerade nicht für eine Entkräftung der Beweiskraft der Zustellungsurkunde genügt hat. Dafür war die Darlegung eines konkreten, den von der Postzustellungsurkunde „bewiesenen“ Ablauf widerlegenden, Geschehens erforderlich. Dies ist erst durch den neuen Vortrag erfolgt.

18

2. Der neue Vortrag ist nicht nach § 531 Abs. 2 Nr. 1 ZPO zuzulassen. Er ist zur Entkräftung der Beweiskraft der Zustellungsurkunde erfolgt. Dass es sich dabei um einen auch erstinstanzlich erheblichen Gesichtspunkt gehandelt hat, ergibt sich schon aus dem landgerichtlichen Beschluss vom 11.07.2022, in dem auf die „formell wirksame Postzustellungsurkunde“ verwiesen wird und darauf hingewiesen wird, dass eine evtl. fehlerhafte Zustellung an einen anderen Bewohner nicht ersichtlich ist. Zudem haben beide Parteien erstinstanzlich zur Beweiskraft der Zustellungsurkunde nach § 418 Abs. 1 ZPO und deren Entkräftung vorgetragen. Die Kläger hatten auch ausdrücklich darauf verwiesen, dass die Beweiskraft der

Postzustellungsurkunde nur durch die substantiierte Darlegung eines anderen als des beurkundeten Geschehens entkräftet werden kann. Es handelt sich daher bei diesem Gesichtspunkt nicht um einen vom Gericht des ersten Rechtszugs übersehenen oder für unerheblich gehaltenen Gesichtspunkt.

#### **19**

3. Auch liegt keine Berücksichtigungsfähigkeit nach § 531 Abs. 2 Nr. 2 ZPO vor. Der Vortrag ist nicht aufgrund eines Verfahrensmangels unterblieben, da keine Pflicht des Landgerichts nach § 139 ZPO bestand, auf möglichen weiteren Vortrag zu dem Zustellvorgang unter Einbeziehung der Mitbewohner hinzuweisen. Die Pflicht nach § 139 Abs. 2 ZPO, auf entscheidungserhebliche Gesichtspunkte hinzuweisen, dient vor allem der Vermeidung von Überraschungsentscheidungen und konkretisiert damit den Anspruch auf rechtliches Gehör und erstreckt sich auf rechtliche und tatsächliche Gesichtspunkte (Greger in Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2022, Rz. 5 zu § 139 ZPO mwN). Hinzuweisen ist insoweit bei der Prüfung der Wahrung von Fristen auch, wenn ein benanntes Beweismittel als nicht ausreichend angesehen wird (vgl. BGH, Beschluss vom 8. 5. 2007 – VI ZB 80/06 und BGH, Beschluss vom 28.1.2020 – VI ZB 38/17). Vorliegend scheiterte die Entkräftung der Beweiskraft der Urkunde aber nicht an dem für den Vortrag benannten Beweismittel, sondern an dem nicht ausreichenden Vortrag. Es handelt sich bei dem Zustellvorgang auch nicht um einen gerichtsweginternen Vorgang, für den das Gericht eine Aufklärungspflicht hat. Vielmehr spielten sich die nun vorgetragenen Umstände vollständig in der Sphäre des Beklagten an und hätten ohne weiteres von diesem in der ersten Instanz vorgetragen werden können. Die Möglichkeit des -nun erfolgten – weiteren Vortrags konnte und musste vom Landgericht nicht antizipiert werden. Soweit der Senat im Beschluss vom 14.02.2023 auf die Möglichkeit der Befragung der Hausbewohner hingewiesen hat, handelte es sich auch nicht um einen Hinweis auf ergänzungswürdigen Vortrag, sondern um die Darlegung, weshalb der Beklagte sich nicht in Beweisnot befand. Aus diesem Grund waren die Anforderungen an die volle Überzeugung des Gerichts nicht herabgesetzt, eine Hinweispflicht folgt daraus aber nicht.

#### **20**

4. Ebenso wenig ist ersichtlich, weshalb es dem Beklagten nicht möglich gewesen wäre, den neuen Vortrag schon in erster Instanz vorzubringen, auch ein Zulassungsgrund nach § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO liegt daher nicht vor.

#### **21**

5. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

#### **22**

6. Die Feststellung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit des angefochtenen Urteils erfolgte gemäß § 708 Nr. 10 ZPO.

#### **23**

7. Der Streitwert für das Berufungsverfahren wurde in Anwendung der §§ 47, 48 GKG bestimmt.